



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Felicia Åberg

AB 04 kap. 5 § 5 och processuella bördor

Den processrättsliga innebörden av entreprenörens garantiansvar i utförandeentreprenad

JURM02 Examensarbete

Examensarbete på juristprogrammet
30 högskolepoäng

Handledare: Alexander Hardenberger

Termin för examen: Period 1 VT2021

Innehåll

SUMMARY	1
SAMMANFATTNING	3
FÖRORD	5
FÖRKORTNINGAR	6
1 INLEDNING	7
1.1 Ämnet	7
1.2 Syfte och frågeställningar	8
1.3 Avgränsningar	8
1.4 Metod och material	10
1.5 Forskningsläge	13
1.6 Disposition	14
2 PROCESSUELLA UTGÅNGSPUNKTER	15
2.1 Inledande kommentar	15
2.2 Rättsfakta och åberopsbörda	17
2.3 Bevisbörda och beviskrav	21
2.3.1 Föremålet för bevisbördan	22
2.3.2 Bevisbördeprinciper	24
2.3.3 Bevispresumtioner	25
2.4 Avtalad åberops- och bevisbörda	27
3 REGLERINGEN I AB 04	30
3.1 Entreprenörens åtagande	30
3.2 Felbegreppet	33
3.3 Entreprenörens felansvar	35
3.3.1 Ansvar <i>under</i> garantitiden	36
3.3.2 Ansvar <i>efter</i> garantitiden	38
3.4 Besiktning av entreprenaden och rättsverkan av denna	39

3.5	Sammanfattning	43
4	TOLKNINGSFRÅGOR	44
4.1	Kommentaren till kap. 5 § 5	44
4.2	Rättstillämpningen – två hovrättsfall	47
4.3	Metod för tolkning av AB-avtalen och betydelsen av dispositiv rätt	50
4.4	Vad utgör dispositiv entreprenadrätt?	54
4.5	Sammanfattning	56
5	GARANTIER I DISPOSITIV RÄTT	57
5.1	KöpL – Alméngarantier och funktionsgarantier	57
5.2	Särskilt om konsumentförhållanden	62
5.3	Sammanfattning och reflektion av innehållet i dispositiv rätt	65
5.4	Analys av bestämmelsen i kap. 5 § 5 mot bakgrund av dispositiv rätt	68
6	AVSLUTANDE DIKUSSION	71
6.1	Det förevarande problemet	71
6.2	Innebär kap. 5 § 5 en reglering av åberops- och bevisbördan?	72
	KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	76
	RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	80

Summary

There is no legislation regulating B2B-construction contracts in Sweden. Such contracts are regulated by standard agreements, called General Regulations. The latest version of General Regulations for construction contracts is named AB 04.

Under the provision in AB 04 chapter 5 § 5 the contractor is responsible for errors appearing during the warranty period. The purpose of this thesis is to examine whether the provision in chapter 5 § 5 regulates the placement of procedural burdens between the parties.

The provision is followed by the following comment. “If the contractor is of the opinion that it is not responsible for the alleged error the contractor has to prove that the construction is performed in accordance with the contract or that the alleged error on probable grounds is due to incorrect planning by the buyer, mismanagement, misuse or anything else attributable to the buyer.”

The provision in chapter 5 § 5 and the comment causes problems as for the interpretation and application. According to recent case law from the Swedish Supreme Court, the Swedish Sale of Goods Act and general principles of contract law play a certain role in interpretation of construction contracts. Under the Sale of Goods Act the seller bears the burden of proving discharge from liability. In legal literature this is described as being a “reversed burden of proof” due to a presumption. If the buyer succeeds in proving the existence of an error, this will be presumed to have existed at the time of the risk transfer.

The difference between the legal concept “error” in AB 04 and the corresponding legal concept in the Sale of Goods Act provides that a presumption like the one that reverses the burden of proof is not applicable to the current provision in AB 04. Under general principles in Swedish procedural law, the burden of proof can be placed on one or the other party based on whether facts establish liability or discharge from liability.

In the thesis, it is proposed that the burden of proof for the occurrence of an alleged error is placed on the buyer during the warranty period. The term “prove” in the comment to chapter 5 § 5 is not to be interpreted as a rule of evidentiary requirement, meaning that the burden of proving that the construction is performed in accordance with the contract is placed on the contractor.

The contractor bears the burden of proving circumstances discharging it from liability. In order to not be held liable, the contractor must refer to and prove that any error is caused by incorrect planning by the buyer, mismanagement, misuse or anything else attributable to the buyer. The contractor can also refute that the contract is not performed in accordance with the contract. However, from a procedural perspective, this does not imply any new facts. The buyer bears the burden of proving the existence of alleged error, i.e. that the construction is not performed in accordance with the contract. This interpretation of the provision in chapter 5 § 5 is neither obvious nor is it unproblematic.

The validity of agreements on the burden of proof is also discussed in the thesis. In Swedish procedural law, procedural agreements are invalid without legal support. There is no legal support for agreements on the burden of proof. However, agreements on the burden of proof are to be considered as civil law agreements and thus valid. This is especially true in cases such as the present, where the agreement does not connect to any civil law rule.

Sammanfattning

Det saknas lagstiftning som reglerar entreprenader. Istället regleras entreprenader av standardavtal. Den senaste versionen av de etablerade ”allmänna bestämmelserna” för utförandentreprenader heter Allmänna bestämmelser för byggnads-, anläggnings- och installationsentreprenader (AB 04).

Bestämmelsen i kap. 5 § 5 undersöks i uppsatsen. Enligt denna ansvarar entreprenören för fel i entreprenaden som framträder under garantitiden. Syftet med uppsatsen är att utreda om och i så fall hur bestämmelsen i AB 04 kap. 5 § 5 reglerar åberops- och bevisbördans placering vid tvist om fel i entreprenad.

Till bestämmelsen finns följande kommentar tillfogad: ”Om entreprenören har uppfattningen att denne inte ansvarar för påtalat fel åligger det entreprenören att visa, att denne utfört entreprenaden kontraktsevenligt eller göra sannolikt att det påtalade felet beror på felaktig projektering, vanvård, onormalt brukande eller annat som kan hänföras till beställaren.”

Bestämmelsen i kap. 5 § 5 med kommentar ger upphov till tolknings- och tillämpningsproblem. HD har i senare års praxis utvecklat en metod för tolkning av AB-avtalen, enligt vilken dispositiv rätt tillmäts stor betydelse. I den dispositiva rätt som gäller för entreprenadavtal bär säljaren åberops- och bevisbörda för ansvarsbefriande omständigheter. Det beskrivs i doktrinen som en omkastad bevisbörda till följd av en presumtion, där det av köparen påstådda felet presumeras föreligga vid tidpunkten för riskövergången, om köparen lyckas bevisa förekomsten av omständigheter som medför fel.

I uppsatsen konstateras att felbegreppet i AB 04 och felbegreppet i dispositiv rätt skiljer sig åt på ett sådant sätt att den presumtion som gäller i dispositiv rätt inte bör vara tillämplig på entreprenadavtal. Det finns därför anledning att falla tillbaka på allmänna processrättsliga principer för åberops- och bevisbördans placering, som att käranden har åberopsbörda för rättsgrundande omständigheter.

I uppsatsen föreslås att åberops- och bevisbördan för omständigheter som medför att entreprenaden är behäftad med fel placeras på beställaren även under garantitiden. Begreppet ”visa” i kommentaren till kap. 5 § 5 ska alltså inte tolkas som en beviskravsregel, med innebörden att bevisbördan för att entreprenaden är kontraktsevenligt utförd ligger på entreprenören.

Entreprenören bär emellertid bevisbördan för ansvarsbefriande omständigheter och har att göra sannolikt att ett påstått fel beror på felaktig projektering, vanvård, onormalt brukande eller annat som kan hänföras till beställaren. Entreprenören kan också lägga fram bevisning som talar mot att entreprenaden är kontraktsevenligt utförd. En slutsats i uppsatsen är att ett sådant åberopande dock inte medför åberopande av nya rättsfakta. Det är beställaren som bär åberops- och bevisbördan för de omständigheter som medför fel, dvs. att entreprenaden inte är kontraktsevenligt utförd. Denna tolkning av bestämmelsen i kap. 5 § 5 är inte självklar och inte heller oproblematiserbar.

I uppsatsen diskuteras också giltigheten hos avtal om åberops- och bevisbördans placering. I svensk processrätt är processuella överenskommelser ogiltiga utan stöd i lag. Emellertid är avtal om åberops- och bevisbördans placering att betrakta som civilrättsliga och således giltiga. Det gäller särskilt i fall som det förevarande, där avtalet inte ansluter till någon civilrättsregel.

Förord

Tack till min familj, som alltid har stöttat mig, inte minst under juristprogrammet. Tack till mina studiekamrater, som har förgyllt min studietid.

Tack till min handledare Alexander Hardenberger, för givande diskussioner och värdefulla synpunkter.

Tack till min fina Ludvig för att du har tagit dig tid att korrekturläsa min uppsats.

Tack till min bästa vän Moa för trevligt sällskap under uppsatsskrivandet.

Malmö i maj 2021

Förkortningar

AB	Allmänna bestämmelser för byggnads-, anläggnings- och installationsentreprenader
ABT	Allmänna bestämmelser för totalentreprenader avseende byggnads-, anläggnings- och installationsentreprenader
AMA	Allmän material- och arbetsbeskrivning
BKK	Byggandets Kontraktskommitté
HD	Högsta domstolen
JT	Juridisk Tidskrift
KKL	Konsumentköplag (1990:932)
KtjL	Konsumenttjänstlag (1985:716)
KöpL	Köplag (1990:931)
LOU	Lag (2016:1145) om offentlig upphandling
NJA	Nytt Juridiskt Arkiv
PBL	Plan- och bygglag (2010:900)
RB	Rättegångsbalk (1942:740)
SOU	Statens offentliga utredningar
SvJT	Svensk Juristtidning

1 Inledning

1.1 Ämnet

I ett tvistemål kan bevisbördans placering få avgörande betydelse för målets utgång. Bevisbördefrågor behandlas i stor utsträckning i doktrin och praxis, men någon allmängiltig princip som styr bevisbördans placering är svår att urskönja. Bevisbördans placering framgår sällan av de materiella reglerna. När så inte är fallet placeras bevisbördan efter principer som utvecklats i doktrin och praxis.

För att kunna placera bevisbördan för en viss omständighet på en av parterna måste det fastslås vem av parterna som har åberopsbördan. De tillämpliga materiella reglerna får betydelse för denna placering. I den föreliggande uppsatsen utreds hur åberops- och bevisbördan bör placeras i en tvist om garantifel där 2004 års Allmänna bestämmelser för byggnadsanläggnings- och installationsentreprenader (AB 04) äger tillämpning. När beställaren gör gällande fel och ansvar för fel enligt AB 04 bygger denne sin talan på en eller flera bestämmelser i avtalet, istället för lagstiftade (offentligt bildade) rättsnormer. Beställarens eventuella rätt till felavhjälpande eller prisavdrag är således avtalsbaserad.

Föremål för uppsatsen är bestämmelsen i AB 04 kap. 5 § 5. Enligt bestämmelsen ansvarar entreprenören för fel som framträder under garantitid. Enligt kommentaren till bestämmelsen åligger det entreprenören att *visa* att entreprenaden är kontraktsevenligt utförd eller *göra sannolikt* att det påtalade felet beror på felaktig projektering, vanvård, onormalt brukande eller annat som kan hänföras till beställaren. Uppsatsens huvudsakliga fokus är frågorna om och hur bestämmelsen påverkar processuella bördor såsom åberops- och bevisbördan.

1.2 Syfte och frågeställningar

Syftet med uppsatsen är att utreda om och hur bestämmelsen i AB 04 kap. 5 § 5 reglerar åberops- och bevisbördans placering vid tvist om garantifel i entreprenad.

För att syftet med uppsatsen ska uppnås besvaras följande frågeställning:

- Innefattar kap. 5 § 5 i AB 04 en reglering av åberops- och bevisbördan?

För att besvara frågeställningen måste bl.a. undersökas vilka omständigheter som åligger respektive part att åberopa och bevisa vid tvist om fel av angiven typ. En förståelse för bestämmelsen erfordrar att dess ordalydelse analyseras och att begreppet ”garanti” undersöks.

1.3 Avgränsningar

Vissa avgränsningar är nödvändiga för att uppsatsens syfte ska kunna uppnås och för att dess omfång ska bli adekvat. I uppsatsen behandlas därför endast kommersiella entreprenader och utanför uppsatsen faller konsument-entreprenader. Utredningen begränsas vidare till att endast avse bestämmelsen om entreprenörens ansvar i utförandeentreprenader för vilka AB 04 gäller. En likalydande bestämmelse gäller vid totalentreprenader¹ för vilka 2006 års Allmänna bestämmelser för totalentreprenader avseende byggnads-, anläggnings- och installationsentreprenader (ABT 06) gäller och definitionen av fel är i begreppsbestämningarna densamma. Entreprenörens ansvar för fel i AB 04 skiljer sig emellertid från det i ABT 06. I ABT 06 ansvarar entreprenören för projektering och funktion. Den dispositiva rätt som studeras ger eventuellt ett annat resultat när ansvaret även omfattar projektering och funktion. Bestämmelserna i AB 04 och ABT 06 ska därför inte behandlas tillsammans i uppsatsen, utan uppsatsen är begränsad till fel och ansvar för fel i AB 04.

¹ ABT 06 kap. 5 § 5.

Beställaren kan tänkas göra gällande fel och ansvar för fel vid olika tidpunkter. Den för uppsatsen relevanta bestämmelsen tar sikte på fel som framträder under den i AB 04 bestämda garantitiden. Fel som uppträder under denna tid regleras av kap. 5 § 5 och benämns garantifel. Fel och ansvar för fel efter garantitiden behandlas i begränsad utsträckning i uppsatsen. De särskilda rekvisit som kap. 5 § 6 ställer upp behandlas endast i jämförelse med de i kap. 5 § 5.

Som förtydligas i uppsatsen kan tvist om fel avse skilda faktorer. Utanför undersökningen faller frågor om åberops- och bevisbörda när parterna är oense om vad som är avtalat. Fel frågan som utreds i uppsatsen avser istället huruvida entreprenaden avviker från avtalet på det sätt som beställaren gör gällande. I uppsatsen behandlas också huruvida kap. 5 § 5 reglerar åberops- och bevisbördan för tidpunkten för och orsaken till felets uppkomst.

Mot bakgrund av den omfattande diskussion som finns rörande bevisbördans placering redogörs i avsnitt 2 endast översiktligt för de principer som ligger till grund för åberops- och bevisbördans placering. Bara två bevisbördeprinciper behandlas – ändamålsstyrd placering av bevisbördan och principen om bevissäkringsansvar. I avsnittet behandlas vissa begrepp, bl.a. presumtioner, omkastad bevisbörda och falsk bevisbörda, vilka är av betydelse för den senare analysen av garantier i dispositiv rätt och bestämmelsen i kap. 5 § 5.

Tolkningen av bestämmelsen utgår från en metod för tolkning av entreprenadavtal som har utvecklats i HD:s praxis på senare år. Urvalet av praxis som behandlar tolkning av entreprenadavtal avgränsas i tiden till domar från år 2012 och framåt. Enligt HD:s praxis är dispositiv rätt relevant vid tolkning av entreprenadavtal. Vad som utgör dispositiv entreprenadrätt är inte självklart. Den diskussionen förbises inte. I uppsatsen begränsas dock undersökningen till garantier i köplagen (KöpL) och konsumenttjänstlagen (KtjL).

Det finns olika typer av garantier. I uppsatsen görs ingen ansats att på ett heltäckande sätt beskriva vilka olika typer av garantier som finns. Innebörden av en garanti beror ytterst på parternas egna avtal. I uppsatsen behandlas huvudsakligen två typer av garantier – Alméngarantier och funktions-

garantier. Dessa har valts eftersom de är frekvent förekommande i köprättslig doktrin och i förarbetena till KöpL, konsumentköplagen (KKL) och KtjL. Entreprenörens garantiansvar under kap. 5 § 5 analyseras utifrån dessa två typer av garantier.

1.4 Metod och material

Syftet med uppsatsen är att utreda och beskriva gällande rätt. En avtalsbestämmelse är inte gällande rätt i strikt mening. AB 04 är likväl intressant att studera p.g.a. dess starka ställning i byggbranschen.

En stor del av arbetet har gått ut på att tolka och tillämpa processrättsliga principer för åberops- och bevisbördans placering på olika typsituationer. För att bestämma vilka fakta som är relevanta tolkas den aktuella bestämmelsen i AB 04 kap. 5 § 5. Vid tolkning av bestämmelsen i kap. 5 § 5 är dispositiv rätt betydelsefull. Den metod som används för att uppfylla uppsatsens syfte kan betecknas som rättsdogmatisk, förstådd som att via (1) tolkning och (2) tillämpning av rättskällorna försöka lösa ett specifikt problem.² Lagtext, förarbeten, praxis och doktrin utgör traditionella rättskällor.³

Teorier och allmänna principer används för att för att placera åberops- och bevisbördan. I avsnitt 2 behandlas rättskällorna för att utreda vad dessa teorier och principer säger om åberops- och bevisbördans placering. Mot bakgrund av att någon ledning inte har gått att finna i lagtext eller förarbeten består denna del primärt av en studie av rättspraxis och doktrin. Urvalet av doktrin har gjorts utifrån styrkan i författarnas argumentation. Det hänvisas till rättsvetare som Westberg, Ekelöf och Heuman. För att uppfylla syftet med uppsatsen är det inte nödvändigt att utreda och på ett heltäckande sätt redogöra för de teorier och allmänna principer som gäller för åberops- och bevisbördans placering. Någon sådan ansats görs inte heller.

I avsnitt 3, om regleringen i AB 04, används entreprenadrättsliga källor. Det saknas relevant lagstiftning på den kommersiella entreprenadrättens

² Kleineman (2018) s. 21 ff.

³ Angående rättskällorna och rättskällehierarkin se t.ex. Peczenik (1995) s. 35.

område.⁴ Istället präglas området av standardavtal. AB 04 är det nu gällande standardavtalet för utförandeentreprenader. Detta har en ställning i byggbranschen som gör att det i vissa avseenden kan jämföras med lagstiftning.⁵ Likväl är avtalet inte lagstiftning och det kan härvid vara nödvändigt att uppmärksamma några viktiga skillnader.

Standardavtal är inte att betraktas som en del av den offentliga normbildningen, utan de är privata rättskällor.⁶ Till skillnad från lag gäller avtalet bara parterna emellan och bara såvida parterna har gjort det tillämpligt, t.ex. genom hänvisning till standardavtalet i det egna avtalet.⁷ Om så inte skett ska dispositiv rätt gälla.⁸ Som utvecklas i uppsatsen är ett avtalsvillkor ett rättsfaktum, som måste åberopas av part för att rätten ska kunna beakta det i sitt dömmande. Ett rättstillämpningsfaktum får tillämpas av rätten ex officio.⁹ Principen om jura novit curia gäller alltså inte på samma sätt för avtalsvillkor som för lagregler.

En annan skillnad mellan avtal och lag är att avtal måste tolkas efter de principer som gäller för avtalstolkning, inte lagtolkning. Enligt Ramberg och Ramberg liknar emellertid fastställande av avtalsinnehåll, dvs. avtalstolkning, på många sätt tillämpning av offentligt bildade rättsnormer.¹⁰ Både vid avtalstolkning och lagtolkning är ordalydelsen en viktig utgångspunkt. När ordalydelsen är oklar kan t.ex. förarbetena vara av betydelse.

Till två äldre versioner av Allmänna bestämmelser¹¹ (65 och 72) fanns en slags förarbeten/motiv skrivna av företrädare för Byggandets Kontraktskommitté (BKK), samma kommitté som har utarbetat AB-avtalen. I förordet till Motiv AB 65 uttalades förhoppningen att den skulle bli vägledande för parternas bedömning av rättsläget. Samma förhoppning uttalades i förordet

⁴ Naturligtvis kan viss lagstiftning få betydelse i entreprenadprojekt t.ex. lagen om offentlig upphandling (LOU) och plan- och bygglagen (PBL).

⁵ Ingvarsson och Utterström (2015) s. 258; Hellner, Hager och Persson (2019) s. 147.

⁶ Ramberg och Ramberg (2019) s. 20.

⁷ Ibid s. 171 f. med hänvisning till NJA 1980 s. 46. Se även Hellner, Hager och Persson (2019) s. 150 f.

⁸ Willborg (2016-17) s. 866.

⁹ Ett rättstillämpningsfaktum rör frågan hur lagen ska tolkas och tillämpas. Som exempel kan nämnas ett prejudikat, ett uttalande i lagmotiven eller i doktrinen, Westberg (2004) s. 734.

¹⁰ Ramberg och Ramberg (2019) s. 179.

¹¹ AB 04 föregicks av AB 92, som föregicks av AB 72, AB 65 och AB 54.

till Motiv AB 72.¹² Historiskt har motiven varit av stor betydelse vid tolkning av entreprenadavtal.¹³ En ny – av HD utvecklad – metod för tolkning av entreprenadavtal, som redovisas i uppsatsen, har medfört att BKK:s avsikt (och motiven för att fastställa denna) har getts mindre betydelse.¹⁴

Enligt Bernitz har förarbeten till standardavtal normalt ringa betydelse vid avtalstolkning. Skälet är att förarbeten till standardavtal sällan är tillräckligt genomarbetade eller att de har upprättats av enskilda parter eller branschorganisationer i eget partsintresse. Bernitz verkar dock öppna upp för att förarbetena till AB-avtalen (dvs. motiven) kan ges betydelse vid tolkning av oklarheter i AB 04, då det rör sig om ett gemensamt upprättat standardavtal (*agreed document*) av kvalificerad natur.¹⁵

I de delar av uppsatsen som rör tolkning av AB 04 och tolkning av kommentarstexterna har motiven och entreprenadrättslig doktrin använts. AB 04 kompletteras av kommentarer och begreppsbestämningar. I förordet till AB 04 anges att kommentarstexterna ska vara vägledande vid tillämpning och tolkning av bestämmelserna. Förordet kan enligt Ingvarsson och Utterström förstås som att kommentarstexterna utgör *tolkningsdata* vid tolkning av bestämmelserna i AB 04.¹⁶ Att kommentarer och anmärkningar är vägledande innebär, enligt Samuelsson, att deras verkningar i det enskilda fallet förutsätts kunna underkastas lämplighetsöverbäganden.¹⁷

Vid tolkning av bestämmelserna i AB-avtalen får även dispositiv rätt betydelse. Dispositiv rätt undersöks i två steg i uppsatsen. I ett första steg, i avsnitt 4, behandlas vad som utgör ”dispositiv entreprenadrätt”. Förutom HD:s praxis används entreprenadrättslig doktrin. Det hänvisas till bl.a. Ingvarsson och Utterströms bok *Tolkning av entreprenadavtal*. I doktrinen har framförts blandad kritik mot att tillmäta den dispositiva entreprenadrätten betydelse.

¹² Motiv AB 72 s. 18.

¹³ Hagman m.fl. (2017) s. 179 f.

¹⁴ Se Ingvarsson och Utterström (2015) s. 277 f.; Willborg (2016-17) s. 866.

¹⁵ Bernitz (2018) s. 99.

¹⁶ Ingvarsson och Utterström (2020) s. 43.

¹⁷ Samuelsson (2020) s. 23 f.

I ett andra steg, i avsnitt 5, behandlas vad som gäller enligt dispositiv rätt i fråga om åberops- och bevisbörda för fakta när en försåld vara eller utförd tjänst påstås vara behäftad med fel. I avsnittet behandlas särskilt åberops- och bevisbördans placering när säljaren har åtagit sig ett garantiansvar. I denna del har framförallt lagstiftning och förarbeten använts, men även rättspraxis och doktrin av bl.a. Johansson, Ramberg och Herre.

1.5 Forskningsläge

Beträffande bevisbördan för fel¹⁸ återfinns riktlinjer i kommentaren till kap. 5 § 5. Därutöver finns uttalanden om bevisbördans placering i entreprenadrättslig doktrin. Dessa uttalanden är vaga och förefaller i många fall utgå från kommentarstexten. Det är inte självklart hur kommentaren ska förstås. Detta påvisas i uppsatsen bl.a. genom att två avgöranden från Svea hovrätt refereras, i vilka bestämmelsen tolkades på olika sätt. Det finns ett utredningsbehov och denna uppsatsen tjänar alltså ett syfte.

Det är inte klart om avsikten har varit att med bestämmelsen i kap. 5 § 5 reglera frågor som åberops- och bevisbördans placering. Bestämmelsen i kap. 5 § 5 med kommentar kan också vara otydlig för att medlemmarna i BKK inte har kunnat nå någon överenskommelse i frågan. Betydelsen av att AB-avtalen bygger på förhandlingar och kompromisslösningar ska inte underskattas i sammanhanget. Förhållandet mellan bestämmelsen i kap. 5 § 5 och garantier i dispositiv rätt är oklart. Det är vidare oklart om avsikten varit att garantibegreppet i AB 04 ska spegla det i dispositiv rätt.

Westberg har kommenterat parternas möjlighet att genom avtal reglera åberops- och bevisbördan i *Konflikt och kontrakt*.¹⁹ Med utgångspunkt i Westbergs bedömning, som presenteras i avsnitt 2.4, analyseras bestämmelsen i kap. 5 § 5 utifrån uppsatsens frågeställning.

¹⁸ Det ska härvid noteras att fel består av olika beståndsdelar, se NJA 2015 s. 233 p. 14 och nedan i avsnitt 2.1.

¹⁹ Det har även Heuman (2005) och Lindell (2017) gjort, se avsnitt 2.4.

1.6 Disposition

För uppsatsen har valts en disposition där processuella utgångpunkter presenteras i ett inledande avsnitt, *avsnitt 2*. Här ligger fokus på vissa valda delar av processrätten, bl.a. vad det innebär för åberopsbördan att part bygger sin talan på ett avtalsvillkor istället för lagstiftade rättsnormer, innebörden av presumtioner och giltigheten av en avtalad åberops- och bevisbörda. Syftet är att klargöra delar av processrätten som bedöms vara relevanta för besvarande av den valda frågeställningen i en senare analys.

I *avsnitt 3*, om regleringen i AB 04, behandlas de bestämmelser i entreprenadrätten som är centrala för uppsatsens ämne, entreprenörens garantiansvar och felbegreppet.

I *avsnitt 4* identifieras de tolkningsfrågor som bestämmelsen i kap. 5 § 5 och kommentaren till denna aktualiserar. I detta avsnitt beskrivs också den metod som gäller vid tolkning av entreprenadavtal.

I *avsnitt 5* behandlas garantier i den dispositiva entreprenadrätten. De garantier som finns i den dispositiva rätten appliceras på bestämmelsen i kap. 5 § 5.

I det *sjätte och sista avsnittet* presenteras några avslutande reflektioner och de svar som undersökningen givit anges i en mer samlad form.

2 Processuella utgångspunkter

Syftet med uppsatsen är att utreda om och hur bestämmelsen i AB 04 kap. 5 § 5 reglerar åberops- och bevisbördans placering. I det följande avsnittet redovisas de processrättsliga utgångspunkterna vad beträffar åberops- och bevisbörda samt beviskrav.

I avsnittet utreds även möjligheten att med bindande verkan avtala om åberops- och bevisbördan. För det fall att bestämmelsen innebär en placering av åberops- och bevisbördan och denna avviker från vad som annars gäller finns anledning att beakta giltigheten av ett sådant avtal och om det har någon betydelse att AB 04 är ett standardavtal.

2.1 Inledande kommentar

Ibland uttrycks i praxis och doktrin att det är köparen eller den som gör gällande visst fel, som har bevisbördan för felet. En tvist huruvida fel föreligger i vara eller tjänst aktualiserar flera bevis- och rättsfrågor i anslutning till felbedömningen. Fel kan röra skilda faktorer. Det kan vara fråga om t.ex. vad som avtalats mellan parterna, ett faktiskt skick, tidpunkten för och orsaken till felets uppkomst. Samtliga dessa faktorer ingår i felbedömningen. Det är inte givet att bevisbörda och beviskrav är desamma för de olika faktorerna.²⁰

Låt säga att köparen väcker talan mot säljaren med yrkande om t.ex. prisavdrag som påföljd för fel. Till grund för sitt yrkande påstår köparen att varans skick inte överensstämmer med vad som avtalats och att fel således föreligger, vilket ger köparen en rätt till prisavdrag. Det som köparen påstår är att det avtalade skicket är något annat än det faktiska skicket. Låt säga att säljaren invänder att fel inte föreligger och att vad parterna har avtalat är något annat än det som köparen påstår, antingen att det finns en annan avtalshandling, av vilken ett annat avtalsinnehåll framgår, eller att avtalet inte ska tolkas på det sätt som köparen påstår. Med en sådan invändning är den

²⁰ NJA 2015 s. 233 p. 14. Se även Ekelöf, Edelstam och Heuman (2009) s. 119 f.

tvistiga frågan vad parterna har avtalat. Säljaren kan också invända att fel inte föreligger av någon annan anledning, t.ex. att varans faktiska skick är annorlunda än vad köparen påstår eller att varans skick är som köparen påstår och avviker från avtalet på det sätt som köparen påstår, men att varans skick var avtalsenligt vid tidpunkten för riskövergången.

Det kan sålunda göras skillnad på när säljaren å ena sidan invänder att det avtal som köparen åberopar ska tolkas på ett annat sätt än det köparen gör gällande och å andra sidan invänder att de faktiska omständigheterna som köparen påstår är för handen inte föreligger. Inom denna senare kategori av invändningar är det möjligt att skilja invändningen om att varan har ett annat faktiskt skick än det som köparen påstår från den om när ett visst fel har uppstått. För att kunna placera åberops- och bevisbördan på rätt part är det en förutsättning att förstå parternas respektive positionering i tvisten.

Bestämmelsen i kap. 5 § 5 skulle vara tillämplig i en tvist som illustreras i följande exempel.

Ett entreprenadavtal (med hänvisning till AB 04) om uppförande av en gräsmatta har ingåtts mellan beställaren B och entreprenören E. Ett halvår efter att bygget av gräsmattan är klart är gräsytan ojämn och gropig och gräset är gulaktigt. B underrättar E om gräsmattans skick och begär avhjälpande, men E bistår inte med något avhjälpande. B väcker därför talan mot E med yrkande om ersättning för avhjälpandekostnader.

Enligt B har E ett ansvar under kap. 5 § 5 i AB 04. E bestrider B:s yrkande om rätt till ersättning. Det föreligger enligt E inget fel på gräsmattan. Att gräsytan har blivit ojämn och gropig och att gräset är gulaktigt är enligt E ett resultat av att gräsmattan efter riskövergången inte har skötts på rätt sätt.²¹

I den följande framställningen används exemplet för att illustrera en rad svåra åberops- och bevisbördefrågor, vilka kan uppkomma i anslutning till en tillämpning av AB 04:s regler om garantifel.

²¹ Inspiration till exemplet har hämtats från omständigheterna i hovrättsfallet T 11570-17, med vissa ändringar och förenklingar.

Ett påstående om fel kan också aktualiseras i en tvist rörande betalning, där entreprenören uppträder som kärke. Det måste alltså inte vara beställaren som inleder processen. Ponera följande exempel.

Det dröjer en tid sedan bygget av grasmattan är klart och E saknar fortfarande slutbetalning för arbetena. E framställer krav på betalning, men betalning uteblir. Då väcker E talan mot B med yrkande om betalning. B bestrider att E har rätt till betalning med yrkat belopp. Enligt B har E inte byggt grasmattan enligt de anvisningar som följer av parternas avtal, varigenom den är behäftad med fel. B åberopar som ett motfaktum att jordlagren inte motsvarar avtalet vad gäller jordlagrens tjocklek och sammansättning, vilket konstituerar ett fel. Det är enligt B fråga om fel som E svarar för enligt AB 04 kap. 5 § 5.

Det första exemplet är utgångspunkten för den fortsatta undersökningen och analysen om hur parternas påståenden ska förstås och hur bevisbördan ska placeras för olika påståenden. Det är dock värt att hålla i åtanke att det studerade avtalsvillkoret även kan dyka upp invändningsvis, i linje med det andra exemplet ovan.

2.2 Rättsfakta och åberopsbörda

Parternas respektive talan sätter ramen för domstolens prövning. Käranden framställer ett yrkande och de påståenden om fakta som ligger till grund för en rätt till yrkandet. Det första exemplet ovan avser rätt till prisavdrag. Låt säga att parterna har avtalat om prisavdrag som felpåföljd och att beställaren förklarar på vilket sätt entreprenaden är behäftad med fel. Vi utgår från att entreprenören inte vill betala till beställaren och bestrider dennes yrkande. Härtill anger entreprenören de skäl som ligger till grund för bestridandet, t.ex. att orsaken till att gräsyten har blivit ojämn och gropig och att gräset är gulaktigt är att den inte har skötts.

Domstolen får endast beakta omständigheter som har åberopats av part till grund för dennes talan. Detta följer av 17 kap. 3 § andra meningen rättegångsbalken (RB). Bestämmelsen ger uttryck för dispositionsprincipen och innebär en begränsning av vilka omständigheter som domstolen får lov

att beakta. Bestämmelsen implicerar även krav på parternas processföring.²² Eftersom domstolen är bunden av parts åberopande av fakta, åligger det parterna att åberopa sådana fakta som enligt tillämplig materiell regel är nödvändiga för bifall (käranden) eller ogillande (svaranden) av käromålet.

De omständigheter som käranden måste åberopa för att vinna framgång med sin talan benämns *rättsfakta* och utgörs av alla de faktiska omständigheter som enligt en rättsregel är omedelbart relevanta för den yrkade rättsföljden. När käranden bygger sin talan på ett avtalsvillkor är villkoret avgörande för vilka omständigheter som måste åberopas av part.²³

Vilka rättsfakta som käranden måste åberopa för att vinna framgång med sin talan beror alltså på den regel som parten bygger sin talan på. En rättsregel utgör en villkorssats med ett antal bifallsvillkor som leder till en föreskriven rättsföljd.²⁴ Ibland kallas de förutsättningar som en rättsregel uppställer för rekvisit, ibland abstrakta rättsfakta. När käranden bygger sin talan på ett avtalsvillkor är det istället villkoret som bestämmer vilka rättsfakta som part måste åberopa. Käranden måste för att vinna framgång med sitt anspråk åberopa de faktiska omständigheter som medför att villkoret blir tillämpligt. Till skillnad från lagregler förväntas domstolen inte känna till innehållet i privata normer, som avtalsvillkor eller standardavtal. Normer som hör till den privata normbildningen utgör således rättsfakta och måste åberopas av part.²⁵

Kärandens åberopanden av rättsfakta kan ställas upp i två ”nivåer”. I den övre nivån ska part åberopa avtalsvillkoret med dess angivna bifallsförutsättningar (och därtill anknuten rättsföljd) såsom abstrakta rättsfakta (avtalsvillkorsrekvisit). I den undre nivån ska part åberopa de påståenden om konkreta rättsfakta vilka enligt part uppfyller rekvisiten i avtalsvillkoret och i sin tur ska leda till den i avtalsvillkoret angivna rättsföljden.²⁶ Domstolens rättstillämpande uppgift går ut på att jämföra

²² Fitger m.fl.: Rättegångsbalken m.m. (2020-10-01, version 89, JUNO, www.juno-nj.se), kommentaren till 17 kap. 3 §.

²³ Westberg (2021) s. 151.

²⁴ Ibid s. 343.

²⁵ Ibid s. 361 f. Även HD har uttalat att avtalsvillkor är att betrakta som rättsfakta som måste åberopas av part, se NJA 1996 s. 52.

²⁶ Westberg (2020) s. 431 f.

åberopade konkreta rättsfakta med den övre nivån av rättsfakta. Om det finns överensstämmelse är villkoret tillämpligt på det sätt att rättsföljden ska inträda.²⁷

I exempelsituationen ovan gör beställaren gällande fel i gräsmatta. Beställaren påstår att fel föreligger. Frågan om fel föreligger förutsätter en rättslig bedömning.²⁸ Det åligger beställaren att åberopa de omständigheter som denne menar medför att fel föreligger. Vilka omständigheter som blir relevanta att åberopa beror på hur felbegreppet är konstruerat. Med ett yrkande om ersättning för avhjälpandekostnader måste beställaren även åberopa enligt vilka villkor som beställaren har en rätt enligt framställt yrkande samt de omständigheter som uppfyller förutsättningarna för att beställaren i den aktuella situationen ska ha en sådan rätt. Beroende på de tillämpliga bestämmelserna kan det t.ex. vara att beställaren har underrättat entreprenören om felet och att entreprenören inte har avhjälpit inom skälig tid.

För att vinna framgång med sin talan måste käranden normalt åberopa omständigheter som svarar mot samtliga rekvisit i den civilrättsliga regeln eller, när käranden bygger sin talan på ett avtalsvillkor, villkoret.²⁹ Om käranden missar att åberopa ett relevant rättsfaktum ska domstolen ogilla käromålet, med anledning av att domstolen inte får döma över rättsfakta som part inte har åberopat.³⁰ Risken för att det saknas ett åberopande av rättsfakta som omöjliggör bifall till kärandens talan ligger på käranden. Denna risk, eller börda, kallas *åberopsbörda*.³¹

Att en av parterna bär åberopsbördan innebär också att ett rättsfaktum bara får läggas till grund för domen om det har åberopats av ”rätt” part, dvs. den part som har åberopsbördan för det rättsfaktum det gäller.³² Om domstolen

²⁷ Westberg (2021) s. 363; Lindell (2017) s. 120.

²⁸ Se avsnitt 2.3.1.

²⁹ Det gäller såvida käranden har åberopsbörda för samtliga rekvisit i den tillämpliga regeln.

³⁰ Domstolen kan dock processleda parterna genom frågor och påpekanden, 42 kap. 8 § andra stycket (under förberedelse) och 43 kap. 4 § andra stycket (vid huvudförhandling) RB.

³¹ Westberg (2021) s. 344.

³² NJA 1980 s. 352.

skulle grunda dom på ett rättsfaktum som inte åberopats av den part som har åberopsbördan föreligger ett grovt rättegångsfel.³³

Det finns inga allmänna anvisningar i lag om vem av parterna som åberopsbördan ska placeras på beträffande olika omständigheter. Den praxis som finns kan ge vägledning i vissa konkreta fall, men är inte heltäckande för alla civilrättens rättsområden. När vägledning för åberopsbördans placering inte kan hämtas från praxis kan åberopsbördan placeras utifrån om omständigheten i fråga är rättsgrundande, rättsändrande eller rättsupphävande. Enligt denna teori har käranden åberopsbördan för rättsgrundande omständigheter, medan svaranden har åberopsbördan för rättsändrande och rättsupphävande omständigheter.³⁴ Denna åtskillnad kan i sin tur knytas till en distinktion mellan ansvarsbärande och ansvarsbefriande normer, oavsett om dessa normer utgör rättsregler eller avtalsvillkor.³⁵

Med utgångspunkt i teorin om rättsgrundande, rättsändrande och rättsupphävande omständigheter åligger det beställaren att åberopa de omständigheter som medför ett ansvar för fel. En förutsättning för ansvar är att fel föreligger. Beställaren behöver som rättsgrundande omständigheter åberopa sådana omständigheter som enligt beställaren medför att fel föreligger. Eventuella ytterligare omständigheter som måste föreligga för ansvar följer av avtalet och undersöks i avsnitt 3.

Noterbart är att teorin om rättsgrundande, rättsändrande och rättsupphävande omständigheter inte alltid ger klart besked om åberopsbördan ska placeras på den ena eller andra parten. I doktrin har föreslagits en hjälpregel till idén om rättsgrundande, rättsändrande och rättsupphävande omständigheter, som handlar om att placera åberopsbördan på ett sätt som minimerar antalet onödiga åberopanden. Syftet är processekonomiskt. Enligt denna s.k. frekvensteori ska domaren placera åberopsbördan så att det finns goda skäl att tro att omständigheten bara kommer att åberopas om den är tvistig.³⁶

³³ NJA 2019 s. 802.

³⁴ Westberg (2021) s. 345 f.

³⁵ Westberg (2020) s. 482.

³⁶ Boman (1964) s. 198 f.

Det förekommer att åberopsbördan och bevisbördan sammanfaller på så sätt att den part som bär åberopsbördan för ett visst rättsfaktum även har bevisbördan för detta.³⁷ Bevisbördans placering bestäms emellertid av andra skäl än de som bestämmer åberopsbördans placering och åberopsbördan och bevisbördan kan därför placeras på olika parter för ett och samma rättsfaktum.

2.3 Bevisbörda och beviskrav

För att åberopade omständigheter ska läggas till grund för domen krävs att de anses vara klarlagda. En del omständigheter kommer parterna att vara ense om, andra omständigheter är tvistiga. I en tvist om fel kan parterna t.ex. vara ense om att avtalet har ett visst innehåll, men oense om varans faktiska skick eller om felets uppkomst. Det kan förutsättas att båda parter lägger fram faktaunderlag till stöd för sin respektive sak. Domstolen ska utifrån det faktaunderlag som parterna lägger fram avgöra målets utgång genom att antingen bifalla eller ogilla käromålet.³⁸

Domstolen måste avgöra målet, även vid otillräckligt faktaunderlag.³⁹ En av parterna får bära risken av att fakta inte anses tillräckligt klarlagda eller osäkerhet föreligger och fakta därför inte kan ligga till grund för domen. Det heter att part bär *bevisbörda* för ett visst rättsfaktum. Den part som inte lyckas fullgöra sin bevisbörda förlorar målet.⁴⁰

Westberg har anfört att en bevisbörderegeln anger vem av parterna som bär bevisbördan för att ett visst rättsfaktum föreligger och hur stark bevisning som ska krävas (beviskrav) för aktuellt rättsfaktum.⁴¹ Enligt Ekelöf, Edelstam och Heuman anger en bevisbörderegeln dock endast vem av parterna som är beviskyldig, medan en beviskravsregel anger hur stark bevisning en part måste lägga fram för att fullgöra sin bevisbörda. Av en sådan regel framgår emellertid också vem som är beviskyldig.⁴²

³⁷ Ekelöf, Edelstam och Heuman (2009) s. 94.

³⁸ Detta följer av 35 kap. 1 § första stycket RB och kallas för den fria bevisprövningens princip.

³⁹ Principen *non liquet* innebär att en domstol inte får lämna yrkande obesvarade på grund av svårigheter att avgöra hur en rättsfråga ska lösas.

⁴⁰ Ekelöf, Edelstam och Heuman (2009) s. 78 f.

⁴¹ Westberg (2021) s. 392.

⁴² Ekelöf, Edelstam och Heuman (2009) s. 81.

I dispositiva tvistemål gäller som huvudregel det höga sannolikhetskravet *styrkt* eller, annorlunda uttryckt, *visat*.⁴³ Om bevissvårigheter föreligger, t.ex. att det typiskt sett saknas möjligheter att skaffa tillförlitlig bevisning, kan det bli aktuellt att göra en bevislättning för den part som har bevisbördan. Detta för att skapa bättre förutsättningar för att tvisten ska få en riktig utgång.⁴⁴ Bevislättningar kan åstadkommas på flera olika sätt. Att domstolen bestämmer beviskravet till en lägre sannolikhetsgrad, t.ex. sannolikt eller antagligt, är en form av bevislättning. En annan form av bevislättning är att domstolen tillämpar en presumtionsregel.⁴⁵

I exemplet anser beställaren att fel föreligger, medan entreprenören anser att fel inte föreligger. När frågan huruvida fel föreligger är tvistig mellan parterna kan det vara avgörande för målets utgång vem av parterna som bär bevisbördan. Ofta, men inte alltid, sammanfaller åberops- och bevisbördan på så sätt att den part som har åberopsbördan för en viss omständighet också ska bevisa omständigheten.⁴⁶ Det innebär att åberopsbördan råkar sammanfalla med bevisbördan snarare än att åberopsbördan ska placeras utifrån bevisbördan eller vice versa.⁴⁷ I efterföljande avsnitt behandlas föremålet för bevisbördan, följt av hur bevisbördan ska placeras enligt allmänna principer.

2.3.1 Föremålet för bevisbördan

Bevisbördan kan bara avse rättsfakta, inte rättsliga bedömningar och inte bevisfakta, dvs. faktiska omständigheter av indirekt betydelse för om ett rättsfaktum föreligger.⁴⁸ Frågan om fel föreligger eller inte är en rättslig bedömning som domstolen har att ta ställning till utifrån presenterade fakta. Föremålet för bevisbördan är de faktiska omständigheter som part påstår medför att fel föreligger, eller att fel inte föreligger, beroende på vem som bär

⁴³ NJA 1993 s. 764. Se även Ekelöf, Edelman och Heuman (2009) s. 82.

⁴⁴ Ekelöf, Edelman och Heuman (2009) s. 105 ff. Emellertid är det inte bara beviskravteorin som ger stöd för att beviskravet ska sänkas. Vid tillämpning av den materiella teorin kan intresseavvägningar tala för ett lindrigare beviskrav, Heuman (2005) s. 63.

⁴⁵ Westberg (2021) s. 409 f.

⁴⁶ Fitger m.fl.: Rättegångsbalken m.m. (2020-10-01, version 89, JUNO, www.juno-nj.se), kommentaren till 17 kap. 3 §. Se även Ekelöf, Edelman och Heuman (2009) s. 94.

⁴⁷ Åberopsbördans placering bestäms av andra skäl än bevisbördans placering.

⁴⁸ Westberg (2004) s. 734; (2021) s. 397 f.; Ekelöf, Edelman och Heuman (2009) s. 77 f. och 83.

bevisbördan. För läsvänligheten benämns ibland i uppsatsen föremålet för bevisbördan vara ”fel”. Med detta avses alltså de faktiska omständigheter som part påstår medför att fel föreligger.

En bevisbörderegeln tar sikte på osäkerhet om ett visst rättsfaktum föreligger och det är bara när ett rättsfaktum är stridigt mellan parterna som en bevisbörderegeln blir aktuell att tillämpa.⁴⁹ Det kan t.ex. vara ett faktiskt skick som är stridigt, tidpunkten för eller orsaken till felets uppkomst.

Den regel som käranden bygger sin talan på, i förening med idén om rättsgrundande, rättsändrande och rättsupphävande omständigheter, avgör vilka rättsfakta som käranden har åberopsbörda för. Efter att käranden har åberopat samtliga nödvändiga omständigheter till stöd för käromålet kan svaranden antingen erkänna⁵⁰ eller förneka existensen av de rättsfakta som åberopats av käranden.

Alternativt kan svaranden genom en rättsinvändning göra gällande att av käranden åberopade rättsfakta inte har den rättsliga betydelse som käranden har påstått. Varken ett förnekande eller en rättsinvändning innebär åberopande av nya rättsfakta och kan därmed inte bli föremål för en bevisbörda. Svaranden kan däremot åberopa rättsfakta som motfakta. Ett sådant påstående blir, eftersom det innebär åberopande av nya rättsfakta, föremål för bevisbörda, om det är stridigt. Till varje påstående om rättsfakta (även motfakta) är det knutet en specifik bevisbörderegeln.⁵¹

Boman har benämnt motfakta gentemot grunden som svarsfakta, motfakta mot svarsfakta som replikfakta, motfakta mot replikfakta som duplikfakta och vidare följer triplikfakta, quadrublikfakta, quintuplikfakta och sextublikfakta.⁵² I uppsatsen begränsas analysen av exemplet till rättsfakta i grunden för käromålet, för vilka käranden har åberopsbördan, och motfakta gentemot grunden, dvs. svarsfakta, som svaranden har åberopsbörda för. Eftersom exemplet begränsas på detta sätt är det inte nödvändigt att skilja

⁴⁹ Westberg (2021) s. 397 f.

⁵⁰ Ett erkännande har rättsverkan, 35 kap. 3 § första stycket första meningen RB.

⁵¹ Westberg (2020) s. 476.

⁵² Boman (1964) s. 10 f.

mellan motfakta med olika begrepp, utan svarandens återopande av rättsfakta benämns bara motfakta i uppsatsen.

2.3.2 Bevisbördeprinciper

Någon regel om hur bevisbördan ska placeras framgår sällan av den tillämpliga materiella regeln eller i avtalsvillkoret. Istället har i doktrin och praxis utvecklats principer för placeringen av bevisbördan.

I doktrin har under lång tid dominerat en uppfattning om att bevisbördans placering ska vara *ändamålsstyrd*, innebärande att bevisbördan ska placeras så att den aktuella civilrättsliga regelns syfte får bästa möjliga praktiska genomslag. Denna teori går ut på att placera bevisbördan så att den civilrättsliga regelns ändamål förverkligas.⁵³ Placeringen av bevisbördan utifrån den tillämpliga regelns syfte ska styra medborgarnas rättshandlande. Den tillämpliga regeln kan på motsvarande sätt bestämma beviskravets höjd.⁵⁴ Kritik mot teorin har framförts i doktrinen, framförallt av Heuman. Han har bl.a. uppmärksammat att teorin blir svårtillämplig när den tillämpliga regeln saknar ett tydligt syfte eller har flera olika syften.⁵⁵

När käranden till stöd för sin talan återopar ett avtalsvillkor eller en bestämmelse i ett standardavtal, blir istället ändamålet med avtalet eller det aktuella avtalsvillkoret av betydelse för bevisbördans placering.⁵⁶ Bevisbördan ska med hänsyn till det aktuella villkoret placeras så att den främjar genomslaget av den ansvars- och riskfördelning som parterna i det enskilda fallet har eftersträvat.⁵⁷ Ibland framgår syftet direkt i bestämmelsen eller indirekt genom avtalets struktur. Det kan också framgå genom den riskfördelning som avtalsvillkoret ensamt eller i förening med andra villkor uttrycker.⁵⁸ Huruvida ett avtalsvillkor är ansvarsgrundande eller ansvars-

⁵³ Westberg (2021) s. 399; Ekelöf, Edelstam och Heuman (2009) s. 95.

⁵⁴ NJA 1991 s. 481.

⁵⁵ Heuman (2005) s. 48 ff.

⁵⁶ Westberg kallar denna variant av den ändamålsstyrda bevisbördeteorin för en *avtalskonform* eller *kontraktstyrd* bevisbördeprincip, (2020) s. 558 ff.

⁵⁷ *Ibid* s. 559.

⁵⁸ Westberg (2004) s. 747; (2020) s. 561.

befriande kan vara en avgörande faktor för frågan om bevisbördans placering vid tillämpning av det aktuella villkoret.⁵⁹

Den kritik som Heuman har riktat mot den ändamålsstyrda bevisbördeprincipen kan riktas mot den avtalsinriktade bevisbördeprincipen. Principen blir t.ex. svårtillämplig när villkoret varken direkt eller indirekt ger besked om syfte eller riskfördelning.

En annan teori, som under senare år har dominerat i praxis, är den om *bevissäkring*. Teorin går ut på att bevisbördan som utgångspunkt ska placeras på den av parterna som enklast och billigast kan säkra bevisning avseende ett omtvistat rättsfaktum.⁶⁰ Det anses t.ex. vara lättare för den part som har ett föremål i sin besittning att säkra bevisning.⁶¹

Bevisbördan för ett faktiskt skick vid tvist som fel ligger normalt på den av parterna som har varan eller resultatet av en tjänst i sin besittning. I många fall är det oklart om en defekt förelåg före tidpunkten för riskövergången eller om den uppkommit senare. En defekt kan bero på att varan var felaktig redan innan den avlämnades, köparens vanvård eller att varan skadats p.g.a. en olyckshändelse efter riskövergången. Besittning skapar mindre goda bevissäkringsmöjligheter när tvist gäller förhållanden som förelåg innan besittningsövergången.⁶²

2.3.3 Bevispresumtioner

En presumtionsregel innebär att om en omständighet bevisas eller annars kan anses ligga till grund för domen (den presumerande omständigheten), så presumeras en annan omständighet vara för handen (den presumerade omständigheten).⁶³ Domstolen kommer att grunda sin dom på den presumerade omständigheten, om den inte motbevisas av motparten. Bevisbördan kastas om så att motparten har att bevisa icke-existensen av den presumerade omständigheten, om den positiva sidan (existensen) presumeras.

⁵⁹ Beträffande försäkringsavtal har HD bestämt att försäkringstagaren har bevisbördan för de fakta som gör en ansvarsgrundande klausul tillämplig. NJA 1986 s. 470 och 1994 s. 449.

⁶⁰ Westberg (2021) s. 399; Ekelöf, Edelstam och Heuman (2009) s. 95 och 105.

⁶¹ Ekelöf, Edelstam och Heuman (2009) s. 117 f.

⁶² Heuman (2005) s. 306.

⁶³ *Ibid* s. 113.

En presumtionsregel medför en bevislättnad för den part som annars skulle bevisa den presumerade omständigheten.⁶⁴

Det ska föreligga ett visst samband mellan den presumerande omständigheten och det presumerade förhållandet för att en presumtionsregel ska vara motiverad. En presumtionsregel kan vara motiverad med stöd i bevissäkringsresonemang, ursprungsannolikhet, strävan att skärpa ett ansvar eller att verka för att en civilrättslig regel eller ett avtalsvillkor får genomslagskraft.⁶⁵

I det för uppsatsen använda exemplet gör beställaren gällande fel i gräsmatta med åberopande av alla de omständigheter som medför ett ansvar för fel, inbegripet de omständigheter som påstås medföra att fel föreligger. Den tillämpliga felbestämmelsen är AB 04 kap. 5 § 5, som lyder enligt följande.

Entreprenören ansvarar för fel som framträder under garantitid.

Och till bestämmelsen finns följande kommentar.

Om entreprenören har uppfattningen att han inte ansvarar för påtalat fel åligger det entreprenören att visa, att han utfört entreprenaden kontraktsevenligt eller göra sannolikt att det påtalade felet beror på felaktig projektering, vanvård, onormalt brukande eller annat som kan hänföras till beställaren.

Det är möjligt att bestämmelsen i kap. 5 § 5 öppnar upp för en bevislättnad och omkastad bevisbörda p.g.a. en presumtion. Frågan är i så fall vilken omständighet som är presumtionsgrundande och medför att en annan omständighet kan presumeras. För att besvara denna fråga krävs att det garantiåtagande som bestämmelsen föreskriver analyseras närmare.

Om beställaren lägger fram tillräcklig bevisning som motsvarar beviskravet måste entreprenören lägga fram egen bevisning som talar i annan riktning för att inte förlora målet och därmed förpliktigas att avhjälpa felet,

⁶⁴ Westberg (2021) s. 410.

⁶⁵ Ekelöf, Edelstam och Heuman (2009) s. 89.

betala prisavdrag eller fullgörande av annan yrkad felpåföljd. Det skulle emellertid inte innebära att entreprenören bär någon äkta bevisbörda för icke-förekomsten av fel.⁶⁶ Entreprenörens skyldighet att föra bevisning om icke-förekomsten av fel grundar sig i så fall inte i en omkastad bevisbörda. Begreppet falsk bevisbörda förekommer.⁶⁷ Heuman har påpekat att begreppet är obehövligt.⁶⁸

Det finns anledning att skilja mellan bevispresumtioner och bevisning som har ett högt bevisvärde, s.k. standardbevisning. En bevisvärderingsanvisning som bestämmer att viss bevisning ska tillmätas ett högt bevisvärde får i stort samma verkan som en presumtion. Skillnaden består i att en presumerande omständighet får större bevisbetydelse än vad som följer av vanlig fri bevisvärdering.⁶⁹

2.4 Avtalad åberops- och bevisbörda

Syftet med uppsatsen är att utreda om bestämmelsen i AB 04 kap. 5 § 5 reglerar åberops- och bevisbördan. I det följande avsnittet utreds parternas möjlighet att reglera placeringen av åberops- och bevisbördan i avtal. En sådan utredning är helt nödvändig för att kunna avgöra om parterna genom stadgandet i kap. 5 § 5 reglerar dessa processuella frågor.

En etablerad uppfattning i svensk processrätt är att processuella överenskommelser är ogiltiga utan stöd i lag.⁷⁰ Något lagstöd för att avtal om åberops- eller bevisbördans placering skulle ha bindande verkan verkar inte finnas. Ett avtal om åberops- och bevisbördans placering kan därför vara giltigt och bindande endast om det är att betrakta som ett avtal om parternas civilrättsliga mellanhavanden, men inte om det är ett försök att reglera processuella frågor i avtalsrelationen.

⁶⁶ Det skulle vara oförenligt med att båda parter inte kan bära bevisbördan för samma rättsfaktum, eller förekomsten och icke-förekomsten av ett och samma rättsfaktum.

⁶⁷ Se t.ex. Lindell (2017) s. 619 f.; Ekelöf, Edelstam och Heuman (2009) s. 87 f.

⁶⁸ Heuman (2021) s. 26.

⁶⁹ *Ibid* s. 39.

⁷⁰ Lagrådet i förarbetena till RB, prop. 1942:5 s. 233, om överklagandeförbudet i nuvarande 49 kap. 2 § RB. Exempel på andra överenskommelser med lagstöd är derogations- och prorogationsavtal (10 kap. 16 § RB) och skiljeavtal (10 kap. 17 a § RB och 4 § LSF).

Westberg har påpekat att bevisbördan inte handlar om i vad mån parterna får vidta processhandlingar i rättegång, utan snarare om vem av parterna som står risken att förlora målet när ett visst rättsfaktum inte är tillräckligt klarlagt, jämförbart med materiell riskfördelning. En överenskommelse om materiell riskfördelning är normalt att betrakta som ett bindande avtal.⁷¹ Förr uppfattades frågor om bevisbördans placering höra till processrätten, men numera betraktas de som civilrättsliga med avtalsfriheten som utgångspunkt.⁷²

En uppfattning är att åberops- och bevisbördans placering är en konsekvens av rättstillämpning, vilken parterna inte förfogar över.⁷³ Som bekant förväntas domstolen dock inte känna till innehållet i privata normer, avtalsvillkor eller standardavtal. Detta innebär att överenskommelser om åberops- och bevisbördan som inte ansluter till någon civilrättsregel inte är ogiltiga av den anledningen.

Förutsatt att avtal som reglerar åberops- och bevisbördan bär giltighet är frågan om det uppställs något krav på hur ett sådant avtal ska formuleras. Det kan finnas anledning att inte utläsa en reglering i avtalet som föreskriver att åberops- och bevisbördans placering avviker från vad som annars gäller, om denna inte framgår direkt av avtalstexten. En implicit tolkning av avtalet ska bara medföra en omfördelning av risken om denna är förklarlig och försvarlig ur materiell synpunkt.⁷⁴ Enligt Heuman krävs klart stöd i avtalstexten, t.ex. att viss omständighet ska styrkas, bevisas eller göras sannolik av en av parterna. När en sådan uttrycklig reglering saknas är det tveksamt om avtalet kan tolkas med innebörden att det ger uttryck för en reglering av bevisbördans placering.⁷⁵

Det anses sakna betydelse för placeringen av bevisbördan om ett avtalsvillkor avser ansvarsförutsättningar, undantag eller ansvarsbegränsningar. Däremot kan den materiella regleringen vara sådan att denna

⁷¹ Westberg (2020) s. 546.

⁷² Westberg (2004) s. 744; (2020) s. 545 f. Se även Heuman (2005) s. 56 f., som verkar utgå från att bevisbördefrågor är strikt civilrättsliga, och Lindell (2017) s. 144 f.

⁷³ Se t.ex. Mellqvist (2012/13) s. 152.

⁷⁴ Westberg (2020) s. 483.

⁷⁵ Heuman (2005) s. 57. Se även Westberg (2004) s. 747 ff.

motiverar att bevisbördan åläggs den ena eller andra parten. Så anses exempelvis vara fallet vid ett garantiåtagande. Den materiella regleringen kan också motivera att bevisbördan placeras motsatsvis på den part som gynnas av ett utomordentligt förmånligt avtalsvillkor, i syfte att skapa en rimlig balans mellan parterna.⁷⁶

⁷⁶ Heuman (2005) s. 57.

3 Regleringen i AB 04

Att studera den civilrättsliga regleringen, avtalet, är nödvändigt för att förstå vad beställaren kan göra gällande som fel i entreprenad och vilken rätt beställaren har när fel har konstaterats. Det är avtalet som bestämmer vilka rekvisit som part måste åberopa som abstrakta rättsfakta och dessa ska alltså bedömas överensstämma med de omständigheter som part åberopar som konkreta rättsfakta för att rättsföljden ska inträda. Beträffande svarandens invändning är det också avtalet som bestämmer vilka omständigheter som är relevanta att åberopa för att undkomma ansvar.

Central i uppsatsen är bestämmelsen i AB 04 kap. 5 § 5 om entreprenörens *garantiansvar*. I detta avsnitt undersöks innebörden av detta ansvar och särskilt innebörden av begreppet fel. Relevant för uppsatsen är också hur felbedömningen görs vid besiktning och besiktningens rättsverkan, som också behandlas i detta avsnitt.

3.1 Entreprenörens åtagande

AB 04 innehåller regler som gäller för en s.k. *utförandeentreprenad*.⁷⁷ I en utförandeentreprenad omfattar entreprenörens åtagande endast utförande av arbeten. Beställaren svarar för projektering och entreprenören svarar för utförande. Detta skiljer en utförandeentreprenad från en *totalentreprenad*, som är en annan form av entreprenad, där entreprenören i förhållande till beställaren svarar för såväl projektering som utförande.⁷⁸ I praktiken förekommer en mängd olika typer av blandningar av utförande- och totalentreprenader.⁷⁹

I en utförandeentreprenad ska entreprenören åstadkomma det arbetsresultat som parterna kommit överens om. Omfattningen av entreprenörens åtagande bestäms av *kontraktshandlingarna*, enligt AB 04 kap. 1 § 1. Med

⁷⁷ AB 04 inleds med ett förord där detta framgår.

⁷⁸ Detta följer av begreppsbestämningarna i AB/ABT. Med anledning av denna skillnad i ansvar begränsas uppsatsen till en utredning av relevanta bestämmelser bara i AB.

⁷⁹ Se Deli (2017) s. 20 och 22 f.

kontraktshandlingar avses, enligt begreppsbestämningarna, kontrakt jämte handlingar som är fogade till detta eller som i någon av dessa är angivna som gällande för kontraktsarbetena. Arbeten som inte redovisas i kontraktshandlingarna omfattas inte av entreprenörens åtagande.⁸⁰ Entreprenören kan ha fullgjort sitt åtagande trots att byggnaden inte är färdigställd eller funktionsduglig. Det kan t.ex. vara en fullt kontraktsevenlig prestation att leverera ett bostadshus utan golvbeläggning eller fönster.⁸¹

Omfattningen av entreprenörens åtagande kan komma att ändras genom s.k. ÄTA-arbeten⁸², som ska utföras utöver eller istället för den ursprungliga överenskommelsen. Bestämmelsen i kap. 1 § 1 ska läsas tillsammans med kap. 2 § 1, på så sätt att entreprenörens åtagande även omfattar de arbeten som beskrivs i *entreprenadhandlingarna*⁸³, dvs. kontraktshandlingarna jämte handlingar som tillkommer (rörande ändringar eller tillägg) från kontraktets undertecknande till garantitidens början.⁸⁴

I kap. 2 § 1 ställs vissa krav på entreprenadens utförande. Entreprenaden ska enligt nämnda bestämmelse utföras i överensstämmelse med entreprenadhandlingarna. Att entreprenaden ska utföras i överensstämmelse med entreprenadhandlingarna innebär att entreprenören ska uppfylla alla i dessa handlingar specificerade krav för utförandet. I exemplet med avtalet om anläggande av en gräsmatta skulle beställarens tekniska anvisningar kunna föreskriva att det ska finnas 200 mm mineraljord i ett första skikt och 100 mm växtjord i ett andra skikt. Entreprenörens åtagande är att bygga gräsmattan så att jordlagren har den anvisade tjockleken.

Entreprenaden ska vidare, enligt bestämmelsens andra stycke, utföras fackmässigt. Detta gäller utöver de krav på entreprenadens utförande som gäller enligt avtalet. Vad begreppet ”fackmässigt utförande” innebär är inte helt lätt att förstå. Någon definition av begreppet finns inte i

⁸⁰ Kommentaren till AB 04 kap. 1 § 1.

⁸¹ Exempel från Liman m.fl. (2016) s. 86. Här finns anledning att igen peka på skillnaden mellan en utförandeentreprenad och en totalentreprenad, där entreprenören ansvarar för projektering, utförande och att önskad funktion uppnås, ett s.k. funktionsansvar.

⁸² ÄTA står för Ä = ändring, T = tillägg och A = avgående.

⁸³ Samuelsson (2020) s. 52 f.

⁸⁴ Definition av entreprenadhandlingar enligt begreppsbestämningarna.

begreppsbestämningarna. AB saknar också kommentar till kravet på fackmässigt utförande. Förvisso har motsvarande bestämmelse i ABT⁸⁵ försetts med en kommentar, men endast avseende entreprenörens projekteringsansvar och inte avseende utförandet.⁸⁶

Begreppet ”fackmässighet” förekommer i flera bestämmelser i AB 04, men utan enhetlig innebörd. I NJA 2015 s. 3 har HD gjort vissa allmänna uttalanden om begreppet. Domen handlar främst om hur fackmässighetsbegreppet i AB 04 kap. 1 § 8 ska förstås. Eftersom begreppet inte kan ges någon enhetlig innebörd måste enligt HD vad som är fackmässigt avgöras mot bakgrund av den aktuella bestämmelsens syfte och de krav som kan ställas på den berörda parten. HD konstaterade i domen att den närmare innebörden av vad som kan anses fackmässigt avgörs slutligt av omständigheterna i det enskilda fallet.⁸⁷

Arvidsson och Samuelsson har kommenterat domen i en artikel. Beträffande att fackmässighet slutligt avgörs av omständigheterna i det enskilda fallet har författarna påpekat att vad som är avgörande är om omständigheterna i det enskilda fallet uppfyller det tillämpliga fackmässighetsrekvisitet. Det är inte så att omständigheterna i det enskilda fallet kan upphäva kravet på fackmässighet.⁸⁸

Fackmässighet har sagts vara ett minimikrav för utförandet.⁸⁹ Att entreprenaden ska utföras fackmässigt innebär att entreprenaden ska utföras i enlighet med de krav eller den standard som gäller i aktuell bransch. De krav som ställs på arbetets utförande⁹⁰ beror alltså på det fackområde eller den bransch som de aktuella arbetena är hänförliga till.⁹¹ Här kan också Allmän material- och arbetsbeskrivning (AMA) få betydelse. AMA kan i vissa

⁸⁵ ABT kap. 2 § 1.

⁸⁶ Som nämnt avser AB inte projektering, till skillnad från ABT.

⁸⁷ NJA 2015 s. 3 p. 12.

⁸⁸ Arvidsson och Samuelsson (2015) s. 12 f.

⁸⁹ Hellner, Hager och Persson (2019) s. 153. Se även NJA 2015 s. 110 p. 14 och Johansson (2020) s. 143.

⁹⁰ Ingvarsson och Utterström (2020) tolkar kravet på fackmässighet gälla såväl arbetsutförandet som arbetsresultatet, s. 26.

⁹¹ Deli (2017) s. 89 f.; Hellner, Hager och Persson (2019) s. 153.

hänseenden sägas representera en allmänt accepterad standard för fackmässigt utförande.⁹²

3.2 Felbegreppet

Av begreppsbestämningarna till AB framgår att fel är en avvikelse som innebär att en del av en entreprenad inte utförts alls eller inte utförts på ett kontraktsevenligt sätt. Som konstaterats i avsnittet ovan svarar beställaren för projektering i en utförandeentreprenad. Beställaren är ansvarig för sina konstruktioner och tekniska lösningar.⁹³ En avvikelse från avtalet till följd av beställarens felaktiga projektering utgör inte något fel enligt definitionen, såvida utförandet har gjorts i enlighet med beställarens krav.

AB skiljer mellan ansvar för fel och ansvar för skada, och mellan fel och skada. Begreppet skada är, till skillnad från fel, inte definierat i begreppsbestämningarna. Begreppet förutsätter inte en bedömning av utförandet och huruvida detta är kontraktsevenligt eller inte. En skada är något som förorsakats utförda arbeten genom en viss händelse eller omständighet som medför att de därefter inte är kontraktsevenliga.⁹⁴ Det gäller som utgångspunkt oberoende av om arbetena var felaktigt eller kontraktsevenligt utförda.

Entreprenören ansvarar för skada på ej avlämnad del av entreprenaden under entreprenadtiden.⁹⁵ Om entreprenaden skadas under entreprenadtiden kan entreprenören inte åberopa händelsen som ett skäl för att inte avlämna ett kontraktsevenligt resultat.⁹⁶ Ett fel kan leda till en skada, t.ex. kan ett fel på en vattenledning leda till läckage, som skadar en del av en byggnad.⁹⁷ Skillnaden mellan fel och skada blir tydlig genom kap. 5 § 8. Av kap. 5 § 8 framgår att om entreprenören är ansvarig för fel, ansvarar denne också för skada på entreprenaden på grund av fel. För ansvar enligt nämnda bestämmelse ska det

⁹² Samuelsson (2020) s. 118 f.

⁹³ AB 04 kap. 1 § 6.

⁹⁴ Samuelsson (2020) s. 334.

⁹⁵ AB 04 kap. 5 § 1 första stycket.

⁹⁶ Samuelsson (2020) s. 272.

⁹⁷ Liman m.fl. (2016) s. 178 f.

föreligga ett orsakssamband mellan felet och skadan.⁹⁸ Entreprenören blir skyldig att avhjälpa felet, men följdskadan ska ersättas som ett skadestånd. Entreprenörens *ansvar* för fel behandlas nedan, i avsnitt 3.3.

Fel föreligger när en del av en entreprenad inte utförts på kontraktsevenligt sätt, dvs. inte uppfyller de krav på utförandet som gäller enligt avtalet. Det finns inget generellt felbegrepp, utan fel i AB:s mening beror på vad som får anses avtalat mellan parterna. Bedömningen av om fel föreligger förutsätter en *jämförelse mellan avtalet och det faktiska utförandet*. Det är beställarens tekniska anvisningar som framförallt är relevanta för att bestämma avtalsinnehållet, vilket följer av att det är beställaren som ansvarar för projektering i en utförandeentreprenad. För att kunna avgöra om fel föreligger behöver prestationen vara så tydligt beskriven i avtalet att man kan utläsa vad som är kontraktsevenligt. Ansvaret för att åstadkomma denna resultatbeskrivning får anses åvila beställaren.

En avvikelse från kravet på fackmässigt utförande i kap. 2 § 1 andra stycket kan också utgöra fel.⁹⁹ Fackmässighetskravet kan tänkas komma i konflikt med kravet på utförande i överensstämmelse med kontraktshandlingarna.¹⁰⁰ Om beställaren har föreskrivit ett utförande som kan anses strida mot föreskrifter om fackmässighet, t.ex. AMA, är frågan om entreprenören ska utföra arbetet enligt beställarens anvisningar eller, med hänvisning till kravet på fackmässigt utförande, välja ett annat utförande. Om entreprenören väljer ett annat utförande riskerar entreprenören att beställaren gör gällande fel i entreprenaden med hänvisning till att entreprenaden inte är kontraktsevenligt utförd. Om entreprenören istället väljer att utföra entreprenaden enligt beställarens anvisningar, riskerar entreprenören att beställaren gör gällande fel p.g.a. bristande fackmässighet.¹⁰¹

⁹⁸ Hedberg (2011) s. 79.

⁹⁹ Samuelsson (2020) s. 119. Se även Arvidsson och Samuelsson (2015) s. 10.

¹⁰⁰ Deli (2017) s. 90.

¹⁰¹ Lösningen får vid tillämpning av kap. 2 § 9 bli att entreprenören hänskjuter frågan till beställarens bedömning, Munukka (2007) s. 391 f.

3.3 Entreprenörens felansvar

Entreprenören ansvarar gentemot beställaren för fel i entreprenaden. Ansvar uttrycks i AB 04 kap. 5 § 17 så att entreprenören är skyldig att avhjälpa vad som i besiktningsutlåtandet antecknats utgöra fel. Entreprenören är också skyldig att avhjälpa fel som beställaren har upptäckt efter att entreprenaden tagits i bruk och skriftligen underrättat entreprenören om.¹⁰² Entreprenören är, enligt bestämmelsens lydelse, inte bara skyldig utan även berättigad att avhjälpa felet. Andra påföljder än avhjälpande kan bli aktuella, även om avhjälpande är den primära felpåföljden.

Entreprenörens avhjälpandeskuldighet avser fel som antecknats i besiktningsutlåtandet, dvs. avvikelser som *enligt besiktningsmannen* utgör fel. Beställarens rätt att göra gällande fel utöver de fel som antecknats i besiktningsutlåtandet är begränsad till fel som förelåg vid besiktningen men som då inte märkts och inte heller bort märkas (dolda fel), fel som beställaren anmäler inom sex månader från entreprenadtidens utgång och väsentliga fel som beställaren anmäler inom 18 månader från entreprenadtidens utgång.¹⁰³ Avseende fel som inte antecknats i besiktningsutlåtandet, för vilka beställaren kräver avhjälpande av entreprenören, kan påkallas särskild besiktning enligt kap. 7 § 4, om t.ex. entreprenören inte anser sig vara ansvarig för felet och vägrar avhjälpande.

Entreprenören behöver inte avhjälpa fel som inte i väsentlig grad påverkar entreprenadens bestånd, utseende eller möjligheten att använda den på ändamålsenligt sätt, om sådant avhjälpande skulle vara oskäligt med hänsyn till avhjälpandekostnader och andra omständigheter. I sådant fall är beställaren istället berättigad till prisavdrag på entreprenadsumman med ett belopp som motsvarar skillnaden mellan värdet på entreprenaden i kontraktsenligt respektive felaktigt skick.¹⁰⁴ Avhjälpande och prisavdrag är alternativa felpåföljder.¹⁰⁵

¹⁰² AB 04 kap. 5 § 15.

¹⁰³ AB 04 kap. 7 § 11 andra stycket. Mer om nämnda bestämmelse i avsnitt 3.4.

¹⁰⁴ AB 04 kap. 5 § 18.

¹⁰⁵ Deli (2017) s. 94. Se också NJA 1999 s. 520, där HD konstaterade att en lagakraftvunnen dom utgör hinder för en alternativ rättsföljd i en ny rättegång.

Entreprenörens ansvar för fel är tidsbegränsat. Ansvarstiden är enligt AB 04 kap. 4 § 7 tio år räknat från entreprenadens godkännande och inleds med en garantitid. Garantitiden är, om inte annat följer av kontraktshandlingarna, fem år för entreprenörens arbetsprestation och två år för material och varor. Denna uppdelning är inte helt lyckad ur praktisk synpunkt eftersom det inte alltid är enkelt att fastställa felets ursprung.¹⁰⁶ Följande exempel är illustrativt i detta avseende.

E har på entreprenad byggt en tillbyggnad till ett hus. B upptäcker en spricka i den putsade fasaden ett år efter att bygget av huset blivit färdigt. Det faller inom garantitiden oberoende av om felet är hänförligt till entreprenörens arbetsprestation eller till det material som använts och infogats i entreprenaden. E ansvarar för felet som ett garantifel. Skulle B istället upptäcka sprickan två år senare måste felet vara hänförligt till entreprenörens arbetsprestation för att omfattas av något garantiansvar. Om sprickan är hänförlig till material eller varor som infogats i entreprenaden är det inte fråga om ett garantiansvar, utan om ansvar efter garantitiden.

Att föra bevisning om anledningen till felets uppkomst kan vara mycket svårt för båda parter, inte minst gäller det för distinktionen mellan arbetsprestation och material och varor.

3.3.1 Ansvar under garantitiden

Entreprenören är ansvarig för *fel som framträder under garantitiden*, enligt kap. 5 § 5. Sådana fel kommer i den fortsatta framställningen att benämnas garantifel. Kommentaren till bestämmelsen förtydligar att entreprenören är skyldig att avhjälpa fel som framträder under garantitiden. Entreprenören ansvarar dock inte, enligt kommentaren, för fel som beror på felaktig projektering, bristande underhåll, felaktig skötsel eller förslitning. Om entreprenören har utfört entreprenaden enligt kraven i avtalet kan t.ex. beställarens felaktiga projektering inte medföra att fel föreligger.

En förutsättning för entreprenörens garantiansvar är att felet *framträder* under garantitiden. Detta innebär att felet blir synligt under garantitiden. En

¹⁰⁶ Deli (2017) s. 92.

etablerad uppfattning i doktrinen är att garantifel förvisso framträder under garantitiden, men *uppkommer* under entreprenadtiden, dvs. under utförande av entreprenaden, genom entreprenörens arbetsprestation eller fel i det material som infogas i entreprenaden. På så sätt är felet ”inbyggt” i entreprenaden. För att entreprenören ska ansvara för ett fel som framträder under garantitiden som ett garantifel krävs att det är fråga om ett sådant dolt fel som beställaren får göra gällande enligt kap. 7 § 11.¹⁰⁷ Enligt kap. 7 § 11 får felet göras gällande av beställaren vid en senare tidpunkt om det inte märkts och såvida det inte heller bort märkas vid besiktningen.

Samuelsson har häremot argumenterat för att bestämmelsen i kap. 7 § 11 saknar någon självständig funktion om garantifel kan föreligga vid besiktningen. Ett dolt fel som förelåg vid besiktningen, men som framträder först under garantitiden kan, enligt Samuelsson, inte utgöra sådant fel som entreprenören ansvarar för under garantitiden enligt kap. 5 § 5. Om felet har förelegat vid besiktningen avgörs frågan om beställaren har rätt till felpåföljder exklusivt av kap. 7 § 11 och innebär ett ställningstagande till om felet märkts eller bort märkas vid besiktningen.¹⁰⁸

Entreprenörens ansvar under garantitiden har av vissa benämnts presumerande. Bl.a. Hedberg menar att entreprenörens ansvar under garantitiden kan betecknas som ett presumtionsansvar och att det följer av begreppet ”garanti”.¹⁰⁹ Om det under garantitiden framträder ett förhållande som kan uppfattas som ett fel, t.ex. att väggen spricker, vattenledningen läcker, huset inte är tillräckligt varmt etc. så presumeras, enligt Hedberg, fel föreligga. Det är oklart om Hedberg med ”fel” avser förekomsten av en viss omständighet, orsaken till ett visst förhållande eller den rättsliga bedömningen att förhållandet konstituerar ett fel.

Det kan ifrågasättas om varje bristförhållande som framträder i entreprenaden under garantitiden ska presumeras vara fel. Ett förhållande som kan uppfattas som ett fel, t.ex. att väggen spricker eller att gräsytan är gropig,

¹⁰⁷ Se Hedberg (2011) s. 42; Johansson (2007) s. 246. Se även *BKK:s handledning för besiktning enligt AB 04 och ABT 06* (2009) s. 17.

¹⁰⁸ Samuelsson (2020) s. 301 f.

¹⁰⁹ Hedberg (2011) s. 45.

kan ju bero på beställarens projektering. För beställarens projektering svarar inte entreprenören, utan dennes ansvar är i en utförandeentreprenad begränsat till utförandet.

3.3.2 Ansvar efter garantitiden

Entreprenörens ansvar för fel som framträder efter garantitidens slut gäller i tio år räknat från entreprenadens godkännande vid slutbesiktning. Efter garantitidens slut fram till ansvarstidens slut ansvarar entreprenören bara för fel som är väsentliga och som har sin grund i entreprenörens vårdslöshet, enligt AB 04 kap. 5 § 6. Entreprenörens ansvar efter garantitiden är begränsat jämfört med ansvaret för garantifel under garantitiden genom kravet på väsentlighet och vårdslöshet.

Det är i normalfallet en besiktningsman som vid en särskild besiktning enligt kap. 7 § 4 har att pröva inte bara förekomsten av fel, utan också frågan om väsentlighet och vårdslöshet.¹¹⁰ Fel som med relativt enkla medel kan åtgärdas faller, enligt kommentaren till kap. 5 § 6, utanför entreprenörens ansvar, under förutsättning att entreprenörens särskilda fackkunskaper inte är erforderliga för att felet ska kunna avhjälpas.

Det är enligt kommentaren vidare en förutsättning att felet till sin karaktär innebär en påtaglig olägenhet för beställaren. Som exempel på fel som är att betrakta som väsentliga kan nämnas fel med skadebringande effekt, fel som medför frekventa och långvariga avbrott i tekniska system, fel som medför stora kostnader för beställaren, seriefel, fel som inverkar på användning och bestånd och fel som inverkar på hälsa och säkerhet.¹¹¹

Ansvar kan utkrävas om felet har sin grund i vårdslöshet. Utgången av en vårdslöshetsbedömning kan, enligt kommentaren, i det enskilda fallet bli beroende av om entreprenören har frångått anvisningar som beställaren lämnat. Detsamma gäller om entreprenören förfarit på ett sätt som strider mot kravet på fackmässighet. En sådan avvikelse kan förutsättas vara ett vårdslöst handlande.

¹¹⁰ Hedberg (2011) s. 49.

¹¹¹ Samuelsson (2020) s. 305.

Det felansvar som efter garantitidens utgång åvilar entreprenören är, enligt Hedberg, inte presummande likt det presumtionsansvar som Hedberg menar åvilar entreprenören för fel som framträder under garantitiden.¹¹² Det är enligt Hedberg inte längre fråga om ett garantiansvar, utan om en reklamationsrätt.¹¹³ Beställaren ska styrka felets väsentlighet, entreprenörens vårdslöshet samt att det finns ett adekvat orsaksförhållande mellan vårdslösheten och felet.¹¹⁴

Entreprenörens felansvar upphör efter ansvarstidens utgång, dvs. tio år från entreprenadens godkännande. Entreprenören har inget ansvar för fel som framträder efter ansvarstidens utgång. Fel som framträder efter ansvarstidens utgång är fel i AB 04:s mening, men eftersom entreprenörens ansvar är tidsbegränsat kan beställaren inte vinna framgång med ett yrkande om felavhjälpande som framställs efter ansvarstidens utgång.

3.4 Besiktning av entreprenaden och rättsverkan av denna

Genom besiktning konstateras i vad mån fel föreligger i entreprenaden. Besiktningsförfarandet regleras i AB 04 kap. 7. Det finns ett antal olika besiktningsformer. Gemensamt för dessa olika former är att alla har till syfte att undersöka och bedöma om entreprenaden uppfyller kontraktensliga fordringar, men vid olika tidpunkter. Detta kommer till uttryck i kap. 7 § 11, som stadgar att besiktningsmannen med noggrant iakttagande av parternas rätt ska undersöka i vad mån entreprenaden uppfyller kontraktensliga fordringar.

Eventuella fel som besiktningsmannen finner föreligger i entreprenaden ska antecknas i ett besiktningsutlåtande.¹¹⁵ Här ska utöver de fel som besiktningsmannen finner föreligger även antecknas eventuella anmärkningar som beställaren har påtalat, även om dessa enligt besiktningsmannens mening inte utgör fel. Om besiktningsmannen anser att entreprenaden i något

¹¹² Hedberg (2011) s. 48.

¹¹³ Hedberg (2010a) s. 95.

¹¹⁴ Samuelsson (2020) s. 307.

¹¹⁵ AB 04 kap. 7 § 13.

avseende är bristfällig trots att den är kontraktsevenligt utförd ska han också anteckna detta i besiktningsutlåtandet. Det kan t.ex. vara ett projekteringsfel, som inte utgör ett fel i AB 04:s mening och för vilket entreprenören inte ansvarar. Entreprenaden kan också vara bristfällig genom att det som entreprenören byggt i enlighet med sitt åtagande inte kommer att fungera, eller strider mot gällande normer.

Av alla besiktningsformer är slutbesiktningen, som genomförs vid kontraktstidens utgång¹¹⁶, den viktigaste. Det är vid slutbesiktning som besiktningsmannen avgör om entreprenaden är godkänd eller inte. Det är en fråga som besiktningsmannen vid slutbesiktningen måste besvara. Antingen är entreprenaden godkänd eller så är den inte det.¹¹⁷ Om entreprenaden inte är behäftad med fel, eller om fel förekommer endast i begränsad omfattning, ska entreprenaden godkännas, enligt kap. 7 § 12. Till godkännandet är en rad rättsföljder knutna: ansvars- och garantitiden börjar, entreprenadtiden är slut, objektansvaret upphör, entreprenaden är avlämnad och entreprenören blir skyldig att utan dröjsmål avhjälpa fel.

En godkänd slutbesiktning innebär en begränsning och har ”avklippande verkan” av beställarens rätt att göra gällande fel i entreprenaden.¹¹⁸ Som utgångspunkt har beställaren rätt att göra gällande fel som framgår av besiktningsutlåtandet. Endast i besiktningsutlåtandet antecknade fel återstår för entreprenören att avhjälpa.¹¹⁹ Beställarens rätt är begränsad på så sätt att beställaren, utöver fel som framgår av besiktningsutlåtandet, bara får göra gällande fel som vid besiktningen inte märkts och inte heller bort märkas samt fel som beställaren skriftligen anmält till entreprenören inom sex månader efter entreprenadtidens utgång eller, om felet är väsentligt, inom 18 månader efter entreprenadtidens utgång.¹²⁰

¹¹⁶ AB 04 kap. 7 § 2. För det fall att entreprenaden färdigställs senare ska slutbesiktningen genomföras utan dröjsmål efter det att entreprenaden anmälts vara färdigställd.

¹¹⁷ Hedberg (2010b) s. 76.

¹¹⁸ Deli (2017) s. 127; Liman m.fl. (2016) s. 170.

¹¹⁹ Johansson (2007) s. 345 f.

¹²⁰ AB 04 kap. 7 § 11 andra stycket. Samuelssons uppfattning att garantifel är något annat än dolt fel är oförenlig med att slutbesiktningen har en avklippande verkan.

Före utgången av den kortaste garantitiden¹²¹ kan en garantibesiktning enligt AB 04 kap. 7 § 3 genomföras för att undersöka förekomsten av fel som framträtt under garantitiden. Efter garantitiden kan beställaren endast göra gällande fel som är väsentliga och som har sin grund i entreprenörens vårdslöshet.¹²² På så sätt har också garantibesiktningen en ”avklippande verkan” av beställarens rätt att göra gällande fel.

Den första avklippningen är slutbesiktningen, efter vilken beställaren har rätt att göra gällande dolda fel.¹²³ Den andra avklippningen är garantibesiktningen, efter vilken beställaren har rätt att göra gällande väsentliga fel med grund i vårdslöshet. För garantifel som framträder under garantitiden gäller inget krav på väsentlighet eller vårdslöshet.

Garantibesiktning påkallas av beställaren. Det ligger i beställarens intresse att en garantibesiktning genomförs. Entreprenörens ansvar för garantifel gäller även om någon garantibesiktning inte genomförs, men beställaren måste på annat sätt bevisa att felet *framträtt* under garantitiden.¹²⁴

Efter garantitidens utgång kan fel konstateras vid en särskild besiktning enligt kap. 7 § 4. Särskild besiktning kan påkallas av endera parten avseende fel som beställaren har påtalat. Låt säga att beställaren åtta år efter godkänd slutbesiktning upptäcker ett förhållande som kan uppfattas som ett fel, t.ex. en spricka i en vägg, men entreprenören bestrider ansvar. Beställaren kan då påkalla särskild besiktning för att få en bedömning av om fel föreligger och om felet uppfyller rekvisiten väsentlighet och vårdslöshet, och därmed ansvar föreligger.¹²⁵ Entreprenören kan också påkalla särskild besiktning för att få konstaterat att fel inte föreligger efter att beställaren har reklamerat ett fel och kräver avhjälpande.

¹²¹ Enligt AB gäller en garantitid för entreprenörens arbetsprestation, en annan för material och varor. Emellertid kan parterna i det egna avtalet komma överens om en garantitid för entreprenörens arbetsprestation och material och varor.

¹²² Se avsnitt 3.3.2.

¹²³ Noterbart är att Samuelsson (2020) skiljer mellan garantifel och dolda fel, se avsnitt 3.3.1.

¹²⁴ BKK:s handledning för besiktning enligt AB 04 och ABT 06 (2009) s. 18.

¹²⁵ Ibid s. 19. Se även Hedberg (2011) s. 49.

Besiktningens bedömning, vad avser samtliga olika former av besiktningar, är som utgångspunkt inte bindande för parterna¹²⁶ och kan överprövas genom översbesiktning eller i den ordning som enligt entreprenadavtalet gäller för tvister.¹²⁷ Besiktningens bedömning är varken bindande vad gäller förekomsten av fel eller ansvaret för fel. Ingen besiktning, inte ens överbekiktning, avgör frågan om fel föreligger slutligt. Det är alltid möjligt för part att få fel frågan prövad i allmän domstol eller skiljenämnd.

Besiktningen har tidigare (före AB 92) betraktats som ett exklusivt bevismedel för vad som utgör fel med den innebörden att bevisning rörande förekomsten av fel inte får föras genom vittnen.¹²⁸ Numera har man frångått detta synsätt.¹²⁹ Inget hindrar parterna att i en tvist inför domstol eller skiljenämnd använda sig av annan bevisning, t.ex. vittnen eller experter.

Parterna kan, om de vill, upprätthålla exklusiviteten i besiktningens utlåtandet som bevis, genom att avstå från att åberopa annan bevisning.¹³⁰ En överenskommelse om att inte åberopa annan bevisning är emellertid inte bindande för domstolen. Om en av parterna, ett sådant exklusivt avtal till trots, åberopar annan bevisning än besiktningens utlåtandet kan inte motparten genom åberopande av avtalet hindra domstolen från att beakta framlagd bevisning.

Besiktningens utlåtandet är ett viktigt bevis, men inte för att det är ett exklusivt bevismedel, utan för att en besiktningensman med tekniskt kunnande och med noggrant iakttagande av båda parter rätt undersöker och bedömer entreprenaden. Besiktningens bedömning inbegriper avtalstolkning, för att avgöra om fel föreligger, och rättsliga bedömningar av fel, väsentlighet och vårdslöshet.¹³¹

¹²⁶ Situationen är en annan om parterna har avtalat om att besiktningens bedömning ska vara bindande. Besiktningens bedömning blir då bindande, som ett avtal, och kan vara ogiltigt enligt 3 kap. avtalslagen eller jämkas enligt 36 § avtalslagen. Se Håstad (1991) s. 595.

¹²⁷ AB 04 kap. 7 §§ 6 och 16.

¹²⁸ Motiv AB 72 s. 228. Detta gällde alla olika former av besiktningar.

¹²⁹ Liman m.fl. (2016) s. 171.

¹³⁰ Jfr Lindell (2017) s. 144.

¹³¹ *BKK:s handledning för besiktning enligt AB 04 och ABT 06* (2009) s. 28.

3.5 Sammanfattning

Felbegreppet i AB 04 tar sikte på utförandet. Fel är definierat som en avvikelse som innebär att en del av en entreprenad inte utförts alls eller inte utförts på ett kontraktsevenligt sätt. Entreprenörens ansvar i en utförandeentreprenad är begränsat till utförandet, som alltså ska vara kontraktsevenligt, men också fackmässigt.

Bedömningen av om fel föreligger är en jämförelse mellan det avtalade utförandet och på vilket sätt entreprenören faktiskt utfört eller inte utfört arbetena. För det fall att de utförda arbetena i fråga om utförandet avviker från avtalet föreligger fel. Om inget fel finns synligt vid slutbesiktningen ska entreprenaden godkännas med den avklippande verkan att fel kan göras gällande senare endast om det var dolt vid besiktningen.

En beställare som gör gällande ansvar för fel bygger sin talan inte bara på kap. 5 § 5. En rätt till avhjälpande följer av kap. 5 § 17 och rätt till prisavdrag av kap. 5 § 18. Fel som visar sig under garantitiden, som beställarna vill göra gällande mot entreprenören aktualiserar således inte bara kap. 5 § 5, utan även kap. 5 § 17 vid yrkande om avhjälpande och kap. 5 § 18 vid yrkande om prisavdrag. Beställaren har att för domstolen förklara att avhjälpande respektive prisavdrag är aktuellt som felpåföljd.

Beroende på tidpunkten när felet visar sig aktualiseras olika bestämmelser i AB 04. Indelningen i fel under respektive efter garantitiden innebär en skillnad i materiellt och processuellt hänseende. Efter garantitiden är beställarens rätt att göra gällande fel begränsad till fel som är väsentligt och har sin grund i entreprenörens vårdslöshet. Det åligger beställaren att efter garantitiden bevisa att det föreligger ett fel som entreprenören ansvarar för, dvs. fel som är väsentligt och beror på vårdslöshet.

En annan lösning har valts för garantifel, dvs. fel som framträder under garantitiden. För sådana fel ställs det varken något krav på väsentlighet eller vårdslöshet. Bestämmelsen om garantifel och kommentaren till denna studeras närmare i det följande avsnittet.

4 Tolkningsfrågor

Bestämmelsen i kap. 5 § 5 ger upphov till vissa frågor, bl.a. huruvida entreprenörens garantiåtagande påverkar åberops- och bevisbördans placering. Av bestämmelsen framgår inte hur åberops- och bevisbördan ska placeras. Emellertid föreskriver kommentaren att entreprenören ska *visa* att entreprenaden är kontraktsenligt utförd eller *göra sannolikt* att det påtalade felet beror på felaktig projektering, vanvård, onormalt brukande eller annat som kan hänföras till beställaren. Även kommentarens lydelse ger upphov till frågor. Det följande avsnittet tar utgångspunkt i kommentaren till bestämmelsen och de tolkningsmöjligheter som denna ger upphov till.

4.1 Kommentaren till kap. 5 § 5

Enligt kommentaren till kap. 5 § 5 innebär en garanti i AB 04:s bemärkelse en skyldighet för entreprenören att avhjälpa fel som framträder under garantitiden. Entreprenören ansvarar dock inte för sådant som beror på felaktig projektering, bristande underhåll, felaktig skötsel eller förslitning. Hedberg har i detta avseende anfört att entreprenören, för att slippa avhjälpandeskyldigheten, måste bevisa att denne inte är ansvarig eller att fel inte föreligger.¹³² Det är alltså enligt Hedberg entreprenören som, med hänsyn till avhjälpandeskyldigheten som följer av AB 04 kap. 5 § 17, har att visa att entreprenaden är kontraktsenligt utförd.

Entreprenörens ansvar är också enligt Hedberg presummande på så sätt att ett förhållande som kan uppfattas som ett fel och som framträder under garantitiden medför en presumtion för att entreprenören inte har utfört entreprenaden kontraktsenligt.¹³³ En första fråga med anledning av kommentaren och den tolkning av kommentaren som Hedberg har gjort är hur åberops- och bevisbördans placering påverkas. Det är som bekant beställaren som bär bevisbördan avseende förekomsten av sådana

¹³² Hedberg (2011) s. 45.

¹³³ Detta kan uppfattas som en presumtion av rättsfrågan.

sakförhållanden som påstås utgöra fel efter garantitidens utgång, enligt kommentaren till kap. 5 § 6. Har beställaren att åberopa och bevisa motsvarande förhållanden under kap. 5 § 5 (men med undantag för vårdslöshet och väsentlighet)? Hur sammanfaller det med att entreprenören enligt kommentaren har att ”visa” att entreprenaden är kontraktsevenligt utförd? Ska begreppet ”visa” förstås som en beviskravsregel, som placerar bevisbördan på entreprenören? Följer det av en presumtion?

När ett avtalsvillkor inte ger något klart besked om hur åberops- och bevisbördan ska fördelas mellan parterna kan det finnas anledning för domstolen att falla tillbaka på idén om rättsgrundande, rättsändrande och rättsupphävande omständigheter. Låt säga att beställaren gör gällande fel och yrkar avhjälpande eller prisavdrag som alternativ till avhjälpande enligt kap. 5 § 17 (om rätt till avhjälpande) eller kap. 5 § 18 (om rätt till prisavdrag). Ett ansvar för fel förutsätter att fel föreligger. Beställaren behöver åberopa de omständigheter som medför ett ansvar, däribland de omständigheter som medför att fel föreligger. Det är beställaren som enligt teorin om rättsgrundande, rättsändrande och rättsupphävande omständigheter har åberops- och bevisbörda för sådana omständigheter som grundar ett ansvar, i förekommande fall att fel föreligger, och rätt till felpåföljd.

Samtidigt ska entreprenören enligt kommentaren ”visa” att entreprenaden är kontraktsevenligt utförd. Om beställaren bär bevisbördan för förekomsten av fel så kan inte ”visa” i kommentaren förstås som en placering av bevisbördan på entreprenören för att entreprenaden är kontraktsevenligt utförd.¹³⁴ Om beställaren bär bevisbördan för att fel föreligger kan inte också entreprenören ha att ”visa” att entreprenaden är kontraktsevenligt utförd, eftersom fel i AB 04 konstitueras av ett icke-kontraktsevenligt utförande. Det skulle innebära att beställaren och entreprenören bär varsin bevisbörda för samma bevisstema, ett rättsfaktum och dess kontradiktoriska motsats. Det saknar betydelse om felet består i att en del av entreprenaden inte utförts alls eller inte utförts på ett kontraktsevenligt sätt, eftersom också ett icke-utförande inte är kontraktsevenligt.

¹³⁴ Huruvida entreprenaden är kontraktsevenligt utförd är en rättslig bedömning. Denna skrivelse har valts för läsbarheten, jfr om fel i avsnitt 2.3.1.

Entreprenören kan också enligt kommentaren till kap. 5 § 5 göra sannolikt att det påtalade felet beror på felaktig projektering, vanvård, onormalt brukande eller annat som kan hänföras till beställaren. Att bevisbördan för ansvarsbefriande omständigheter åligger entreprenören bekräftas av flera uttalanden i doktrin. Om beställaren gör gällande att entreprenaden är behäftad med ett fel och att detta framträtt under garantitiden, är det, enligt Samuelsson, entreprenören som har åberops- och bevisbörda för *sådana omständigheter som kan verka ansvarsbefriande*.¹³⁵

Enligt Hellner, Hager och Persson är det, på samma sätt som annars vid andra kontraktsförhållanden, entreprenören som har bevisbördan för att fel inte beror på denne, utan att det beror på beställarens felaktiga projektering eller vanvård.¹³⁶ Författarna har inte förklarat vilka andra situationer som motsvarar den i AB 04 kap. 5 § 5, utan bara att det ”annars vid andra kontraktsförhållanden” åligger entreprenören att bevisa de omständigheter som är ansvarsbefriande. Sådana omständigheter får i förhållande till kap. 5 § 5 anses vara felaktig projektering, vanvård, onormalt brukande eller annat som kan hänföras till beställaren.

En andra fråga som kommentaren ger upphov till är om även kontraktsenligt utförande är ansvarsbefriande på så sätt att åberops- och bevisbördan ska placeras på entreprenören. Med en sådan tolkning skulle fel inte vara att betrakta som ansvarsgrundande, och inte behöva åberopas av beställaren i grunden. Om inte fel är ansvarsgrundande är frågan vilka omständigheter som är det och som aktualiserar tillämpningen av kap. 5 § 5.

Är det tillräckligt att beställaren åberopar ett förhållande som kan uppfattas som ett fel, t.ex. att väggen spricker, för att fel ska presumeras föreligga? Som konstaterades i avsnittet 3.3.1 kan ifrågasättas om varje bristförhållande i entreprenaden som framträder under garantitiden ska presumeras vara fel. Entreprenören svarar ju inte för beställarens projektering i en utförandeentreprenad. Det kan vidare ifrågasättas om det ens är möjligt att

¹³⁵ Samuelsson (2020) s. 299.

¹³⁶ Hellner, Hager och Persson (2019) s. 160.

avtala om att en rättsfråga ska presumeras när vissa omständigheter är för handen.

Begreppet ”visa” i kommentaren kan tolkas innebära ett tydliggörande av att det är fråga om en presumtion som kan motbevisas. Det kan också tolkas som att det ger uttryck för ett krav på bevisningens styrka. Att meningen är uppbyggd så att entreprenören antingen kan ”visa” att entreprenaden är kontraktsevenligt utförd eller ”göra sannolikt” att det påtalade felet beror på felaktig projektering, vanvård e.d. skulle kunna tala för att ”visa” i kommentaren syftar till att ange ett preciserat beviskrav.

Begreppet ”visa”, om det tolkas med innebörden att det föreskriver ett beviskrav och en placering av bevisbördan på entreprenören, medför följande fråga. Följer av bestämmelsen i kap. 5 § 5 en omkastad bevisbörda p.g.a. en presumtion? En annan fråga som uppkommer med anledning av denna tolkning är vad som motiverar en presumptionsregel i förevarande fall. Följer det av entreprenörens garantiåtagande?

4.2 Rättstillämpningen – två hovrättsfall

Kommentaren till kap. 5 § 5 har inneburit svårigheter i rättstillämpningen. Följande två rättsfall, båda från Svea hovrätt, illustrerar hur kommentaren medför tillämpningssvårigheter. I båda hovrättsfallen behandlas bevisbördans placering avseende garantifel.

I ett tvistemål mellan HSB och Peab¹³⁷ om fel i entreprenad gjorde HSB (beställare) gällande att uppbyggnaden av en gräsmatta inte utförts i enlighet med de tekniska anvisningar som följde av parternas entreprenadkontrakt, avseende jordlagrens tjocklek, jordlagrens sammansättning och näringsinnehåll. Peab (entreprenör) skulle enligt avtalet anlägga en gräsmatta på 100 mm växtjord och 200 mm fukthållande mineraljord. Därefter skulle färdig grästorv rullas ut. Vad avtalet föreskrev i fråga om utförandet var ostridigt mellan parterna.

¹³⁷ Svea hovrätts dom i mål nr T 11570-17.

I samband med slutbesiktningarna noterades anmärkningar mot gräsmattan. Peab vidtog vissa åtgärder. Ett halvår efter att HSB övertagit skötseln för gräsmattan var denna fortfarande inte i godtagbart skick. Gräsytan var ojämn och gropig, gräset var gulaktigt och vid nederbörd bildades stora vattenansamlingar som fanns kvar på gräsmattan över tid. HSB lät utreda orsaken till problemen, varvid man fann att jorden var näringsfattig och att gräsmattan inte var korrekt uppbyggd. HSB lät avhjälpa felet, vilket medförde kostnader.

Peab invände att gräsmattan var byggd i enlighet med de tekniska anvisningarna, med 100 mm växtjord och 200 mm fukthållande mineraljord, och att en avvikelse från kontraktshandlingarna (fel) således inte förelåg. Gräsmattans skick var ostridigt sådant som HSB gjorde gällande, men enligt Peab minskar växtbäddens tjocklek naturligt med tiden till följd av att mullhalt och näringsinnehåll sjunker. Felbedömningen ska, enligt Peab, göras vid tidpunkten för slutbesiktningen. Det som hänt därefter saknar betydelse. En gräsyta varierar över tid, beroende av årstider, skötsel och slitage.

Hovrättens prövning avsåg bl.a. om fel förekommit. Beträffande vem av parterna som har bevisbördan för förekomsten av fel konstaterade hovrätten att det är av avgörande betydelse när de fel som görs gällande i målet visar sig. I enlighet med kommentaren till nuvarande kap. 5 § 5 uttalade hovrätten att det åligger entreprenören att visa att entreprenaden är kontraktsevenligt utförd eller göra sannolik att felet beror på felaktig projektering, vanvård, onormalt brukande eller annat som kan hänföras till beställaren. Hovrätten uttalade vidare att en omvänd bevisbörda endast gäller under garantitiden och att hela bevisskyldigheten därefter övergår på beställaren, som har att visa såväl att fel föreligger som att det har sin grund i vårdslöshet av entreprenören. Ett besiktningsutlåtande blir ett bevismedel för konstaterande av fel. Det är enligt hovrätten entreprenören som har bevisbördan för att fel inte föreligger när det rör sig om fel som noterats av besiktningsmannen.

I enlighet med kommentaren och doktrinuttalanden om kommentaren gäller enligt hovrätten i det ovan refererade rättsfallet en omvänd, eller omkastad, bevisbörda under garantitiden. Det är bara under garantitiden som beställaren åtnjuter denna bevislättning, enligt hovrätten. Efter garantitidens

utgång övergår hela beviskyldigheten på beställaren, vilket också framgår av kommentaren till kap. 5 § 6. En omvänd bevisbörda får antas bygga på en presumtion. Emellertid uttalade hovrätten inte att så var fallet, inte heller vilken omständighet som skulle vara presumtionsgrundande.

Hovrätten tog i det ovan refererade rättsfallet inte tydligt ställning till om besiktningsutlåtandet har presumtionsverkan. Beträffande besiktningsutlåtandet uttalade hovrätten enbart att det är ett bevismedel för fel. Det är oklart om utlåtandet är presumtionsgrundande eller bara ett bevis med ett högt bevisvärde. För det fall att utlåtandet är ett bevis som har ett högt bevisvärde saknar det betydelse för bevisbördans placering.¹³⁸

I ett senare hovrättsfall¹³⁹, också från Svea hovrätt, ansåg hovrätten att en placering av bevisbördan på entreprenören avviker från vad som generellt gäller vid tvist om huruvida en vara eller tjänst motsvarar vad som avtalats. En omkastad bevisbörda kräver, enligt hovrätten, normalt en uttrycklig bestämmelse om presumtionsansvar. Enligt hovrätten har beställaren som huvudregel bevisbördan för sitt felpåstående. Ett besiktningsutlåtande har, enligt hovrätten, vanligen ett så högt bevisvärde att det kan vara tillräckligt för att styrka förekomsten av sådana fel som noterats, men har ingen formell presumtionsverkan. I litteraturen har detta ibland behandlats som en presumtion som medför en ”falsk” bevisbörda för den entreprenör som ifrågasätter besiktningsutlåtandet. Det är emellertid, enligt hovrätten, inte fråga om någon ”äkta” bevisbörda.

I det förra avgörandet från Svea hovrätt placerade hovrätten bevisbördan på entreprenören för att fel som noterats i besiktningsutlåtandet inte föreligger. Enligt det senare avgörandet har entreprenören inte någon bevisbörda för förekomsten av omständigheter som medför att entreprenaden är kontraktsevenligt utförd. Ett besiktningsutlåtande medför ingen omkastad bevisbörda. Enligt hovrätten har ett besiktningsutlåtande ett högt bevisvärde, men är inte presumtionsgrundande. Entreprenören har enligt hovrätten en ”falsk” bevisbörda. Om beställaren uppfyller sin ”äkta” bevisbörda kan

¹³⁸ Se avsnitt 2.3.3.

¹³⁹ Svea hovrätt dom mål nr T 4005-16.

entreprenören lägga fram bevisning som talar i annan riktning. Det innebär emellertid inte att entreprenören bär bevisbördan i egentlig mening.

Till skillnad från det förra hovrättsavgörandet återger hovrätten inte kommentarstexten i det senare avgörandet. Det kan tänkas bero på att hovrättens uppfattning att entreprenören inte har någon ”äkta” bevisbörda avviker från kommentarstexten. Naturligt är då att hovrätten inte återger kommentarstexten som stöd för placeringen av bevisbördan på beställaren. Hovrätten beskriver inte alls hur bevisbördans placering förhåller sig till kommentarstexten. Däremot beskriver hovrätten förhållandet mellan placeringen av bevisbördan i det förra avgörandet, som ju bygger på kommentarstexten, och det senare avgörandet. Hovrätten konstaterade att placeringen av bevisbördan i mål T 11570-17 avviker från vad som annars gäller vid tvist om fel i vara eller tjänst. Eftersom hovrätten i mål T 11570-17 placerade bevisbördan efter kommentarstexten får det senare avgörandet anses avvika från kommentarstexten.

Frågan är om bestämmelsen i kap. 5 § 5 ska tolkas enligt kommentarstexten och det förra hovrättsavgörandet, enligt det senare hovrättsavgörandet eller på något annat sätt.

4.3 Metod för tolkning av AB-avtalen och betydelsen av dispositiv rätt

Som konstaterats ovan ger kommentaren inte någon tydlig ledning i fråga om bevisbördans placering rörande förekomsten av fel. Bevisbördans placering i de två ovan refererade hovrättsfallen och hovrättens resonemang därom får anses illustrativa i detta hänseende. En närmare undersökning av begreppet garanti är nödvändig för förståelsen för kap. 5 § 5, för garantiansvarets betydelse och bestämmelsen som sådan.

AB 04 blir föremål för avtalstolkning, som är den verksamhet genom vilken avtalets innehåll och rättsverkningar fastställs.¹⁴⁰ AB 04 är ett

¹⁴⁰ Lehrberg (2020) s. 19.

standardavtal. Vid tolkning av bestämmelser i AB 04 framstår det därför som nödvändigt att ta hänsyn till allmänna regler om tolkning av standardavtal.

Bernitz har om tolkning av standardavtal uttalat att andra tolkningsprinciper måste användas än de som gäller vid avtalstolkning generellt. Det gäller t.ex. fastställande av en gemensam partsavsikt. Eftersom standardavtal inte är framförhandlade mellan avtalsparterna, är fastställande av en gemensam partsavsikt av mindre relevans vid tolkning av standardavtal än andra avtal.¹⁴¹

HD har i flera avgöranden under 2010-talet uttalat sig om de principer som gäller vid tolkning av just AB-avtalen. Genom praxis har utvecklats en slags steg för steg-metod för tolkningen.¹⁴² I NJA 2015 s. 862 sammanfattar HD de principer som utvecklats i praxis enligt följande.

”Om någon gemensam partsavsikt inte kan anses föreligga och det inte heller finns några omständigheter vid sidan av avtalstexten som kan klargöra hur parterna uppfattat ett omtvistat avtalsvillkor, bör tolkningen inriktas på villkorets ordalydelse. När villkorets innebörd ska bedömas kan ledning hämtas från systematiken och de övriga villkoren i avtalet, då bestämmelserna är avsedda att utgöra ett sammanhängande system. Vid tolkning av vissa villkor kan det finnas anledning att särskilt beakta entreprenadavtalets speciella drag. När inte heller avtalets systematik ger någon ledning är det därför naturligt att tolka villkoren i ljuset av den dispositiva rätt som annars skulle ha tillämpats, varav en del kommit till uttryck i köplagen. [...] Ytterst och sist måste en mer övergripande rimlighetsbedömning göras.”¹⁴³

HD:s tolkningsmetod avviker från den tolkning som traditionellt har gällt inom entreprenadrätten. Den traditionella tolkningen har varit fokuserad på BKK:s avsikt vid författandet av AB 04 och dess föregångare (som bl.a. kommer till uttryck i motiven) och fäst stor vikt vid standardavtalets systematik och historik.¹⁴⁴ Den metod för tolkning som traditionellt har gällt

¹⁴¹ Bernitz (2018) s. 99.

¹⁴² Se t.ex. NJA 2013 s. 271, NJA 2014 s. 960. För en genomgång av de mer centrala rättsfallen se Ingvarsson och Utterström (2020) s. 60-69.

¹⁴³ NJA 2015 s. 862 p. 12.

¹⁴⁴ Ingvarsson och Utterström (2015) s. 259. Se även Willborg (2016-17) s. 875.

utgör ett avsteg från den tolkning av standardavtal som annars gäller.¹⁴⁵ HD:s tolkningsmetod är istället fokuserad på ordalydelsen och den dispositiva rätten. Den traditionella tolkningen är med anledning av HD:s ”nya” tolkningsmetod obsolet.

I enlighet med vad Bernitz har uttalat kan vid tolkning av standardavtal någon gemensam partsavsikt normalt inte anses föreligga. Tolkning av standardavtal får istället bygga på objektiva grunder med utgångspunkt i ordalydelsen. Av ordalydelsen i kap. 5 § 5 framgår inte att åberops- och/eller bevisbördan ska placeras på den ena eller andra parten. Det kan ifrågasättas om en bestämmelse kan ha en sådan innebörd utan att denna kommer till klart uttryck i ordalydelsen.

Möjligen kan avtalets systematik och övriga bestämmelser i AB 04 ge klarhet i hur bestämmelsen i kap. 5 § 5 ska tolkas. Vid en jämförelse mellan kap. 5 § 5 om entreprenörens ansvar under garantitiden och kap. 5 § 6 om ansvar efter garantitiden blir det tydligt att kap. 5 § 5 har en annan eller ytterligare innebörd än att reglera åberops- och/eller bevisbördan för fel.

Entreprenören svarar för fel som framträder under garantitiden och är skyldig till avhjälpande, utan krav på att felet ska vara väsentligt och oberoende av vårdslöshet. För fel som framkommer efter garantitidens utgång och under återstående ansvarstid svarar entreprenören, som bekant, endast om felet är väsentligt och har sin grund i entreprenörens vårdslöshet. Det framgår emellertid inte om garantiåtagandet innebär någon ytterligare lättnad för beställaren ur processuellt hänseende.

När varken ordalydelsen eller avtalets systematik ger tillräcklig ledning i tolkningen av en bestämmelse är det enligt HD naturligt att tolka bestämmelsen i ljuset av den dispositiva rätt som gäller för entreprenadavtal. Vad HD menar med att ”tolka i ljuset av” dispositiv rätt är oklart. Ramberg och Ramberg har påpekat att det är lönlöst att göra en strikt skillnad mellan tolkning (tydning av text) och utfyllning (hur luckor i avtalet ska fyllas).¹⁴⁶

¹⁴⁵ Ingvarsson och Utterström (2015) s. 262 f.

¹⁴⁶ Ramberg och Ramberg (2019) s. 179. Se även Bernitz (2018) s. 96 f.

Enligt Bernitz kan dispositiv rätt fungera som komplement (bakgrunds rätt) vid tolkning av standardavtal.¹⁴⁷

Samuelsson har anfört att entreprenadavtal inte kan klassificeras som en särskild avtalstyp och att det inte finns några givna normer att falla tillbaka på. De rättsnormer som finns att tillgå är, enligt Samuelsson, diskvalificerade som utfyllande rätt, åtminstone för en s.k. bunden utfyllning.¹⁴⁸ Häremot har HD i NJA 2014 s. 960 konstaterat att entreprenadavtal är en icke lagreglerad *särskild avtalstyp*.¹⁴⁹ När det gäller att fastställa innehållet i dispositiv rätt får, enligt HD, ledning sökas i allmänna obligationsrättsliga principer och vad som gäller för närliggande avtalstyper.¹⁵⁰

Ett annat problem är att det är oklart vilka regler som utgör dispositiv rätt. Det finns ingen för entreprenadavtal direkt tillämplig lag, om inte beställaren är konsument. Det är enligt Willborg en tänkbar anledning till att otydligheter i avtalen traditionellt inte har fyllts ut med dispositiv rätt.¹⁵¹ HD menar att det är naturligt att tolka AB-avtalen i ljuset av dispositiv rätt, eftersom standardavtalen från början är utsprungna ur allmänna obligationsrättsliga principer. I bl.a. NJA 2015 s. 862 (ovan cit.) ansåg HD att KöpL:s regler kunde tillämpas analogiskt.

Vid tolkning av bestämmelser i AB-avtalen – och kanske särskilt vid tolkning i ljuset av den dispositiva rätten – finns, enligt HD, skäl att *beakta entreprenadavtalets speciella drag*.¹⁵² De speciella drag som uttryckligen lyfts fram av HD är att entreprenadavtal ofta avser ett omfattande, komplicerat och långsiktigt arbete med flera inblandade parter.

Emellertid är inte alla entreprenader omfattande, komplicerade och långsiktiga eller sådana att flera parter är inblandade. Som Ingvarsson och Utterström har påpekat kan entreprenadavtal avse entreprenader av väldigt olika komplexitet, varför beaktandet av de ”speciella dragen”, enligt

¹⁴⁷ Bernitz (2018) s. 103.

¹⁴⁸ Samuelsson (2011) s. 47. Möjligen skulle de kunna användas inom ramen för en fri utfyllning.

¹⁴⁹ Denna uppfattning delar bl.a. Mellqvist (2013) s. 236 f.

¹⁵⁰ NJA 2014 s. 960 p. 24.

¹⁵¹ Willborg (2016-17) s. 876.

¹⁵² Se t.ex. NJA 2014 s. 960 p. 24 och NJA 2018 s. 653 p. 21.

Ingvarsson och Utterström, inte borde bli gällande för alla entreprenadavtal och i vart fall inte med samma styrka.¹⁵³

4.4 Vad utgör dispositiv entreprenadrätt?

Som konstaterats är oklart vad som utgör dispositiv rätt vid tolkning av entreprenadavtal.

AB-avtalen har förhandlats fram mot bakgrund av allmänna obligationsrättsliga principer och KöpL:s regler. Enligt HD är avtalen ”utsprungna” ur allmänna obligationsrättsliga principer. När det gäller att fastställa innehållet i dispositiv rätt får, enligt HD, ledning sökas i allmänna obligationsrättsliga principer och vad som gäller för närliggande avtalstyper. En del av dessa principer anses komma till uttryck i KöpL.¹⁵⁴

Entreprenadavtal kan påminna om vissa slag av köp, framförallt när entreprenörens arbetsprestation utgör ett mindre inslag i åtagandet. En skillnad mellan entreprenadavtal och köp, som HD särskilt har pekat på, är att entreprenadavtal ofta avser omfattande, komplicerat och långsiktigt arbete med flera inblandade parter. För entreprenadavtal är särskilt värdet av att arbetet inte i onödan rubbas och att avtalsförhållandet inte lättvindigt kan upplösas med stora omställningssvårigheter som följd.

Huruvida KöpL:s regler passar i entreprenadsituationer kan diskuteras, särskilt mot bakgrund av att entreprenadavtal, ”avtal om uppförande av byggnad eller annan fast anläggning på mark eller i vatten”, uttryckligen undantas från KöpL:s tillämpningsområde.¹⁵⁵ Entreprenadavtal var undantagna redan i 1905 års lag. I propositionen till den nuvarande KöpL motiverades undantaget för entreprenader med att KöpL:s regler på flera punkter, t.ex. vad gäller hävning, är dåligt lämpade att hantera entreprenadrättsliga konflikter.¹⁵⁶

¹⁵³ Ingvarsson och Utterström (2020) s. 116.

¹⁵⁴ Se NJA 2013 s. 271 p. 7, NJA 2014 s. 960 p. 24 och NJA 2015 s. 862 p. 12.

¹⁵⁵ 2 § första stycket andra meningen KöpL.

¹⁵⁶ Prop. 1988/89:76 s. 63.

HD har också i ett fall, NJA 2013 s. 1174, resonerat om analogier till KtjL. KtjL saknar direkt tillämplighet i avtal mellan näringsidkande parter.¹⁵⁷ Enligt förarbetena bygger lagen på vad som kan antas utgöra generellt gällande oskriven rätt inom tjänsteområdet och kan tillämpas analogt i partförhållanden som faller utanför det i lagen angivna tillämpningsområdet. Det blir naturligt att i sådana partsförhållanden helt eller delvis använda reglerna i lagen ”som dispositiv rätt, dvs. som utfyllande regler i frågor som inte har reglerats genom avtalet mellan parterna”.¹⁵⁸

Enligt HD förefaller en analogisk tillämpning vara möjlig i den utsträckning lagen kan antas ge uttryck för allmänna obligationsrättsliga principer tillämpliga inom tjänsteområdet.¹⁵⁹ Jämfört med AB 04 är KtjL betydligt mer gynnsam för en beställare. Vid en analogisk tillämpning är det därför nödvändigt att beakta att lagens regler utformats med syftet att tillgodose den svagare partens, dvs. konsumentens, behov av skydd. Det uttalade konsumentskyddssyftet kan begränsa omfattningen av möjliga analogislut.

Det finns avtalsrelationer som inte på ett avgörande sätt skiljer sig från den mellan näringsidkare och konsument. Som exempel nämns i förarbetena att en näringsidkare anlitar en entreprenör för arbeten på en mindre byggnad, t.ex. en butik eller verkstad, eller att en näringsidkare lämnar in en bil för reparation. KtjL kan i sådana situationer i stor utsträckning tillämpas analogt som dispositiv rätt. För avtalsrelationer av mer utpräglat kommersiell karaktär och när det rör sig om större värden får analogier göras med större försiktighet.¹⁶⁰

I NJA 2018 s. 653 öppnade HD t.o.m. upp för att entreprenadrättsliga frågor kan besvaras med beaktande av vad som gäller i Norge och Danmark. När KöpL inte kunde ge tillräcklig vägledning hänvisade HD till bestämmelser i danska och norska motsvarigheterna till AB-avtalen samt till dansk och norsk doktrin. HD uttalade i domskälen att det finns en nordisk

¹⁵⁷ 1 § KtjL.

¹⁵⁸ SOU 1979:36 s. 121 och prop. 1984/85:110 s. 142.

¹⁵⁹ NJA 2013 s. 1174 p. 9.

¹⁶⁰ SOU 1979:36 s. 121.

rättsgemenskapen på området.¹⁶¹ I uppsatsen görs emellertid ingen internationell utblick, inte ens till de nordiska grannländerna.

4.5 Sammanfattning

Kommentaren till kap. 5 § 5 får anses vara svårtolkad. Som redogjorts för i avsnitt 4.1 kan begreppet ”visa” i kommentaren ställa till vissa tolkningsproblem. Begreppet skulle kunna tolkas som en beviskravsregel, som placerar bevisbördan på entreprenören för att entreprenaden är kontraktsevenligt utförd. Det skulle medföra att beställaren inte kan bära bevisbördan för sitt påstående om fel.

I ett avgörande från Svea hovrätt uttalade hovrätten att kap. 5 § 5 medför en omkastad bevisbörda och att entreprenören har att visa att entreprenaden är kontraktsevenligt utförd eller göra sannolik att felet beror på felaktig projektering, vanvård, onormalt brukande eller annat som kan hänföras till beställaren. I ett senare avgörande från samma hovrätt placerades bevisbördan för fel på beställaren. Hovrätten uttalade att en placering av bevisbördan på entreprenören, som i det förra hovrättsavgörandet, avviker från vad som generellt gäller vid tvist om fel i en försåld vara eller utförd tjänst.

Av ordalydelsen i kap. 5 § 5 framgår inte hur åberops- och bevisbördan ska placeras. Enligt senare års HD-praxis tillmäts dispositiv rätt betydelse vid tolkningen av entreprenadavtal. En förståelse av bestämmelsen erfordrar en undersökning av begreppet ”garanti” i dispositiv rätt.

¹⁶¹ NJA 2018 s. 653 p. 40.

5 Garantier i dispositiv rätt

I det följande avsnittet undersöks åberops- och bevisbördans placering för omständigheter som är av relevans för bedömningen av om ett garantifel föreligger. Mot bakgrund av den ”nya” metod för tolkning av entreprenadavtal som framgår av senare års praxis ska bestämmelsen i kap. 5 § 5, och begreppet garanti, tolkas i ljuset av dispositiv rätt.

Avsnittet tar utgångspunkt i den dispositiva rätten. Det utreds om ett garantiåtagande har någon processrättslig betydelse i hänseendet att åtagandet kastar om eller på annat sätt påverkar åberops- och bevisbördan vid tvist om fel i en försåld vara eller i en utförd tjänst. Förutom i KöpL undersöks garantier i KtjL.

Slutligen undersöks garantier i dispositiv rätt i relation till bestämmelsen i AB 04 kap. 5 § 5 och om någon slutsats kan dras om åberops- och bevisbördans placering utifrån vad som gäller vid garantier i KöpL och KtjL.

5.1 KöpL – Alméngarantier och funktionsgarantier

Som bekant undantas entreprenadavtal, ”avtal om uppförande av byggnad eller annan fast anläggning på mark eller i vatten”, från KöpL:s tillämpningsområde. KöpL:s regler utgör oaktat detta i vissa fall s.k. dispositiv entreprenadrätt.¹⁶²

KöpL reglerar köp av lös egendom.¹⁶³ Den följande framställningen kommer därför att utgå från vad som gäller vid köp av en vara. Fel i en försåld vara bedöms med utgångspunkt i parternas avtal och varans skick. Enligt 17 § KöpL ska varan i fråga om art, mängd, kvalitet och andra egenskaper stämma överens med vad som följer av parternas avtal. I den mån varan

¹⁶² Se avsnitt 4.4.

¹⁶³ 1 § första stycket KöpL.

avviker från vad köparen *med fog kunnat förutsätta* med anledning av avtalet, är varan att anse som felaktig.¹⁶⁴

En köpare som gör gällande att fel föreligger behöver bevisa för domstolen vad parterna har avtalat i fråga om t.ex. kvalitet (om det är i fråga om kvalitet som köparen menar att varan avviker från avtalet) och vilken kvalitet som varan har. Bevisbördan för att fel föreligger anses åligga den av parterna som har varan i sin besittning. Bevisbördans placering kan motiveras utifrån principen om bevissäkringsansvar. Den som har varan i sin besittning anses normalt enklast kunna säkra bevisning.¹⁶⁵

Frågan om tidpunkten för felets uppkomst ska skiljas från den om förekomsten av fel. Felbedömningen ska göras med hänsyn till varans beskaffenhet när risken går över på köparen.¹⁶⁶ Att felet förelåg vid tidpunkten för riskövergången kan betraktas som en förutsättning för ansvar för fel, tillika en förutsättning för bifall till yrkande om felpåföljd.¹⁶⁷ Betraktad som en förutsättning, eller rättsgrundande omständighet, är det en omständighet som köparen har åberopsbörda för.¹⁶⁸

Alternativt kan det anses vara en ansvarsbefriande omständighet att det åberopade sakförhållandet uppkommit vid en senare tidpunkt (och alltså inte förelåg vid riskens övergång). Betraktad som en ansvarsbefriande omständighet bär säljaren åberopsbördan. Det skulle då bli relevant för säljaren att göra gällande att felet inte förelåg vid riskövergången, utan att det har uppkommit vid en senare tidpunkt, som ett motfaktum. Denna placering av åberopsbördan vinner även stöd i frekvensteorin.¹⁶⁹ Med åberopsbördan placerad på säljaren finns goda skäl att tro att tidpunkten bara kommer att åberopas om den är tvistig.

¹⁶⁴ Utgångspunkten för felbedömningen är köparens befogade förväntningar, Ramberg och Herre (2019b) s. 187. Detsamma gäller vid konsumentköp, 16 § tredje stycket 3 KKL. Se om köparens fog vid konsumentköp prop. 1989/90:89 s. 100.

¹⁶⁵ Heuman (2005) s. 306.

¹⁶⁶ 21 § första stycket första meningen KöpL. Detsamma gäller vid konsumentköp, 8 § andra stycket och 20 § första stycket KKL.

¹⁶⁷ Ramberg och Herre (2019b) s. 67; Heuman (2005) s. 308. Detta har även bekräftats i praxis, se t.ex. NJA 2013 s. 524.

¹⁶⁸ Enligt Almén (1960) är en förutsättning för bifall till köparens talan att felet förelåg in nuce vid tiden för avlämnandet (riskövergången), s. 625.

¹⁶⁹ Se om frekvensteorin i avsnitt 2.2.

Ett fel kan vara mer eller mindre upptäckbart vid riskövergången. Säljaren svarar för fel som funnits vid tidpunkten för riskövergången även om felet visar sig först senare.¹⁷⁰ Rätten att göra gällande fel vid en senare tidpunkt är emellertid begränsad till dolda fel, genom 20 § KöpL. I uppsatsen undersöks inte den närmare innebörden och omfattningen av köparens undersökningsplikt. Ett dolt fel har inte märkts och inte heller bort märkas vid tidpunkten för riskövergången. Att uppfylla en bevisbörda för att felet förelåg vid tidpunkten för riskövergången får anses vara svår att uppfylla, eftersom felet vid tidpunkten var dolt.

En försämring av varan som uppkommer efter att risken har gått över på köparen medför dock att varan ska betraktas som felaktig, om säljaren genom en garanti har åtagit sig att under en viss tid svara för varans användbarhet eller andra egenskaper och det uppkommer en försämring som avser en egenskap som omfattas av åtagandet.¹⁷¹ Härmed avses att säljaren åtagit sig att svara för att varan under garantitiden ska bibehålla funktion och hållbarhet vid avsedd användning.¹⁷² Alla tidsbestämda garantier är inte av denna typ. Ramberg och Herre har anfört att vanligen förekommande garantier inte är av denna typ, utan endast avser ansvar för avsaknad av ursprungligt fel.¹⁷³

Skillnad görs mellan s.k. Alméngarantier och funktionsgarantier.¹⁷⁴ Alméngarantier tar sikte på fel som har sin grund i godsets egen beskaffenhet. Det som garanteras är avsaknad av ursprungligt fel. Bevisbördan kastas om med avseende på frågan om ett påstått fel i varan förelegat vid tidpunkten för riskövergången. Ett fel som visar sig under garantitiden och som har sin grund i godsets beskaffenhet presumeras ha funnits vid tiden för riskens övergång på köparen.¹⁷⁵ Köparen bär bevisbördan för sitt påstående att fel föreligger, också under garantitiden.¹⁷⁶ Det är endast tiden som presumeras vara för handen, och endast under garantitiden.

¹⁷⁰ 21 § första stycket andra meningen KöpL.

¹⁷¹ 21 § andra stycket KöpL.

¹⁷² Se prop. 1988/89:76 s. 96.

¹⁷³ Ramberg och Herre (2019a) s. 80; (2019b) s. 62.

¹⁷⁴ Distinktionen blir framförallt relevant i KöpL.

¹⁷⁵ Almén (1960) s. 625 f. not 7a.

¹⁷⁶ Ekelöf, Edelstam och Heuman (2009) s. 120; Heuman (2005) s. 310.

Genom denna presumtion ankommer det på säljaren att motbevisa att felet förelåg vid riskövergången.¹⁷⁷ Det är enligt förarbetena tillräckligt att säljaren ”gör sannolikt” att felet inte fanns när risken övergick på köparen, för att undkomma felansvar.¹⁷⁸ Bevisbördan benämns i detta sammanhang som ”omkastad”.¹⁷⁹ Efter garantitiden, eller i avsaknad av en garanti, bär köparen bevisbördan för att felet förelåg vid tidpunkten för riskövergången. Det får anses vara den huvudregel som presumtionen utgör undantag från.

Beträffande vem som har åberopsbördan för omständigheten att felet förelåg (eller inte förelåg) vid riskövergången är oklart. Det är vidare oklart om en garanti ska anses medföra en åberopslättnad såtillvida att köparen (om köparen bär åberopsbördan när presumtionen inte är tillämplig) slipper att åberopa det presumerade förhållandet, dvs. att felet förelåg vid tidpunkten för riskövergången.

Enligt idén om rättsgrundande, rättsändrande och rättsupphävande omständigheter skulle köparen (i avsaknad av en garanti) bära åberopsbördan för att felet förelåg vid tiden för riskövergången, som en ansvarsgrundande omständighet. Det andra sättet att se på frågan om felet förelåg vid riskövergången är att det är en ansvarsbefriande omständighet att felet inte förelåg vid tidpunkten för riskövergången, vilket säljaren bär åberopsbörda för.

Om fel anses föreligga i likhet med vad köparen gör gällande så presumeras det vara ursprungligt, vid tillämpningen av en garanti om avsaknad av ursprungligt fel. Med anledning av att ett fel som framträder under garantitiden presumeras vara ursprungligt behöver köparen inte åberopa att felet förelåg vid riskövergången. Eftersom förhållandet presumeras skulle domstolen kunna bifalla ett krav på felpåföljd utan att uttala sig om varans skick vid den relevanta tidpunkten för felbedömningen, dvs. riskövergången. Det blir således säljaren som under garantitiden måste föra tidpunkten på tal och åberopa att varan var felfri vid riskövergången, som en ansvarsbefriande omständighet.

¹⁷⁷ SOU 1972:28 s. 70.

¹⁷⁸ Prop. 1988/89:76 s. 96.

¹⁷⁹ Se t.ex. Ramberg och Herre (2019b) s. 67 f.

Således ges köparen ett lättare åberops- och bevisläge genom att denne slipper att åberopa och bevisa att den påstådda avvikelser förelåg vid tiden för riskens övergång. Samtidigt ges säljaren ett tuffare åberops- och bevisläge genom att denne, för att undkomma ansvar, måste åberopa och bevisa att avvikelsern uppkommit efter riskövergången.

När tvist gäller förhållanden som förelåg innan besittningsövergången anses besittning inte skapa några bättre bevissäkringsmöjligheter och bevisbördan kan lika gärna placeras på säljaren som på köparen. Att bevisbördan placeras på säljaren motiveras emellertid inte med bevis-säkringsteorin, utan genom en tolkning av det materiella avtalsvillkoret.¹⁸⁰ Heuman har noterat att bevisbördans placering på säljaren är implicit avtalad.¹⁸¹ Det kan enligt Agell ifrågasättas om det i en garanti kan läsas in en villighet från säljaren att överta köparens bevisbörda. Den naturliga och närliggande tolkningen av en tidsbestämd garanti är enligt Agell att den är en funktionsgaranti.¹⁸²

En funktionsgaranti avser varans funktionsduglighet eller hållbarhet under viss angiven tid. För att felet ska omfattas av garantin förutsätts att felet inte beror på köparens vanvård eller en olyckshändelse, utan på att varans egenskaper inte tillåtit en större uthållighet vid normal användning. Prövningen måste göras genom dels en fristående, materiell bedömning av vilken hållbarhet eller uthållighet som en vara bör ha, dels bevisning om att felet inte berott på vanvård eller en olyckshändelse. Det saknar betydelse att varan var avtalsenlig vid tidpunkten för riskövergången.¹⁸³

Vilka rättsverkningar som följer av en garanti eller likande utfästelse beror på dess innehåll.¹⁸⁴ De flesta garantier innebär inget annat än att säljaren garanterar avsaknad av ursprungligt fel, som anses medföra en omkastning av bevisbördan med avseende på förekomsten av ursprungligt fel. Det har blivit

¹⁸⁰ Almén (1964) s. 625 f. not 7a.

¹⁸¹ Heuman (2005) s. 311.

¹⁸² Se Agell (1991) s. 416 f.

¹⁸³ Ibid.

¹⁸⁴ Prop. 1988/89:76 s. 96.

en hävdvunnen uppfattning att garantier som sådana är Alméngarantier och medför en omkastning av bevisbördan.¹⁸⁵

5.2 Särskilt om konsumentförhållanden

Som konstaterats i avsnitt 4.4 är KtjL tillämplig på avtal om tjänster mellan näringsidkare och konsument.¹⁸⁶ Lagen omfattar enligt 1 § första stycket 2 arbete på fast egendom, på byggnader eller andra anläggningar på mark eller i vatten eller på andra fasta saker. Tjänster som avser uppförande eller tillbyggnad av en- eller tvåbostadshus kallas i lagen för småhusentreprenader och regleras särskilt i 51-61 §§.¹⁸⁷

KtjL kan, enligt motiven, tillämpas analogt i partsförhållanden som faller utanför det i lagen angivna tillämpningsområdet (näringsidkare-konsument), med anledning av att lagen bygger på oskriven rätt inom tjänsteområdet.¹⁸⁸ HD har i ett avgörande uttalat att KtjL utgör dispositiv entreprenadrätt. I det följande avsnittet undersöks därför garantier i KtjL.¹⁸⁹ KKL behandlas i den mån KtjL avviker från vad som gäller enligt KöpL, för att utesluta att skillnaden beror på partsförhållandet.¹⁹⁰

Fel i utförd tjänst föreligger om resultatet avviker från vad som får anses avtalat¹⁹¹, genom att den inte motsvarar konsumentens befogade förväntningar.¹⁹² Precis som vid köp är det som huvudregel konsumenten som efter besittningsövergången ska bevisa de omständigheter som medför att fel föreligger.¹⁹³ I förhållande till felbegreppet i KtjL har konsumenten att åberopa och bevisa dels vad parterna har avtalat, dels resultatet.

¹⁸⁵ Denna uppfattning kan tänkas ha sin grund i en oanalyserad reflexverkan av Alméns åsikt, Agell (1991) s. 417. Se även Heuman (2005) s. 311.

¹⁸⁶ 1 § KtjL.

¹⁸⁷ I 1 § andra stycket finns dels en definition av småhusentreprenader, dels en hänvisning till de särskilda reglerna.

¹⁸⁸ SOU 1979:36 s. 121 och prop. 1984/85:110 s. 142. Se avsnitt 4.4.

¹⁸⁹ Förvisso har konsumententreprenader avgränsats bort. En underökning av garantier i KtjL görs i syfte att nå klarhet i huruvida garantier får en annan verkan på tjänsteområdet än köpområdet.

¹⁹⁰ Mellan varor och tjänster föreligger viktiga skillnader, se SOU 1979:36 s. 114.

¹⁹¹ 9 § första stycket 3 KtjL.

¹⁹² Detta framgår av NJA 2013 s. 1174 p. 11, där HD gjorde en laganalogi till 17 § tredje stycket KöpL och 16 § tredje stycket 3 KKL.

¹⁹³ SOU 1979:36 s. 269 och prop. 1984/85:110 s. 56.

Likt AB 04 uppställer KtjL krav på att utförandet ska vara fackmässigt. Fel föreligger om näringsidkaren vid utförandet inte har iakttagit fackmässighet och omsorg.¹⁹⁴ Det är konsumenten som bär bevisbördan för sitt påstående att fel föreligger p.g.a. bristande fackmässighet.¹⁹⁵ En bedömning av om tjänsten har utförts i enlighet med fackmässighetskravet förutsätter en jämförelse mellan den fackmässiga standarden och det faktiska utförandet. För att uppfylla sin bevisbörda måste konsumenten bevisa dels den fackmässiga standarden, dels det faktiska utförandet.

Frågan om tjänsten är felaktig ska enligt 12 § KtjL bedömas med hänsyn till förhållandena när uppdraget avslutades, även om felet visar sig först senare.¹⁹⁶ Konsumenten har inte bara bevisbördan för åberopade fel. Det framgår av förarbetena till lagen att det även åligger konsumenten att visa att felet förelåg när uppdraget avslutades.¹⁹⁷ Det är en ansvarsgrundande omständighet. Detsamma gäller alltså enligt KtjL som vid påstående om fel i köprätten.

Har näringsidkaren genom en garanti åtagit sig att under en viss tid svara för resultatet av tjänsten och resultatet försämras under den angivna tiden ska tjänsten anses som felaktig, enligt 14 § KtjL. Näringsidkaren bär bevisbördan för sådana ansvarsbefriande omständigheter som att försämringen beror på en olyckshändelse eller på vanvård, onormalt brukande eller liknande förhållande på konsumentens sida.¹⁹⁸ I NJA 2013 s. 524 konstaterade HD att näringsidkaren kan bryta presumtionen genom att bevisa att försämringen beror på en olyckshändelse eller på vanvård, onormalt brukande eller liknande förhållande på konsumentens sida.¹⁹⁹ I KöpL saknas en motsvarighet

¹⁹⁴ 9 § första stycket 1 med hänvisning till 4 § KtjL.

¹⁹⁵ Johansson (2020) s. 158 f. och 227; Arvidsson och Samuelsson (2018) s. 192.

¹⁹⁶ För småhusentreprenad vid vilken slutbesiktning genomförts gäller istället, enligt 58 § första och andra stycket KtjL, tidpunkten då entreprenaden godkändes vid slutbesiktning.

¹⁹⁷ Prop. 1984/85:110 s. 56.

¹⁹⁸ Det motsvarande gäller vid konsumentköp, 21 § KKL.

¹⁹⁹ NJA 2013 s. 524 p. 22. Det är irrelevant att rättsfallet handlar om konsumentköp. I domskälen hänvisade HD till 59 § KtjL, som stadgar samma undantag som 14 § andra stycket KtjL.

till det uttryckliga undantag för olyckshändelse, vanvård, onormalt brukande och liknande förhållande som gäller enligt både KtjL och KKL.²⁰⁰

Det kan ofta vara svårt för näringsidkaren att lägga fram utredning om vad som har inträffat under en tid när köparen har haft varan i sin besittning. Det har därför ansetts vara tillräckligt att säljaren, för att undgå ansvar, gör sannolikt att felet beror på en olyckshändelse eller på vanvård, onormalt brukande eller liknande förhållande på konsumentens sida.²⁰¹

De två typer av tidsbestämda garantier inom köprätten som redogjorts för i avsnittet ovan, dvs. Alméngarantier och funktionsgarantier, diskuterades i förarbetena till KtjL i förhållande till konsumenttjänster. Enligt den ena typen av garantier åtar sig näringsidkaren ett ansvar enbart för att resultatet är utan fel när uppdraget avslutades. Enligt den andra typen åtar sig näringsidkaren ett ansvar för att resultatet är felfritt under hela garantitiden.²⁰²

Båda dessa typer av garantier medför enligt förarbetena en omkastad bevisbörda till konsumentens fördel. I förarbetena uttrycks också att en garanti alltid ska anses innebära att näringsidkaren har garanterat att resultatet av tjänsten ska bestå under hela garantitiden. Det motiveras av att konsumenten vanligen uppfattar en tidsbestämd garanti så.²⁰³ Precis som vid konsumenttjänster görs ingen skillnad mellan olika garantier vid konsumentköp. Alla garantier behandlas som funktionsgarantier.²⁰⁴

För småhusentreprenader gäller en legal garanti om två år räknat från att entreprenaden godkändes vid slutbesiktning. Denna garanti gäller oberoende av vad parterna har avtalat enligt 59 § KtjL. Näringsidkaren bär bevisbördan för den ansvarsbefriande omständigheten att felet beror på en olyckshändelse eller på vanvård, onormalt brukande eller något annat förhållande på konsumentens sida. Det är tillräckligt att näringsidkaren gör sannolikt att förhållandet beror på en olyckshändelse eller på vanvård, onormalt brukande eller liknande förhållande, för att undkomma felansvar.

²⁰⁰ Det motsvarande gäller antagligen i kommersiella förhållanden, jfr prop. 1988/89:76 s. 96.

²⁰¹ Prop. 1984/85 110 s. 57.

²⁰² Ibid s. 57 f.

²⁰³ Ibid s. 58. Se även Johansson (2020) s. 271.

²⁰⁴ Herre (2019) s. 269.

I förarbetena till småhusbestämmelserna förtydligades att 59 § KtjL inte syftar till att begränsa näringsidkarens ansvar för fel som framträder efter garantitidens utgång. Emellertid är det konsumenten som efter garantitiden bär bevisbördan för att felet förelåg redan vid slutbesiktningen.²⁰⁵

5.3 Sammanfattning och reflektion av innehållet i dispositiv rätt

I dispositiv rätt förekommer två typer av tidsbestämda garantier, Alméngarantier och funktionsgarantier. Alla tidsbestämda garantier i konsumentförhållanden tolkas vara funktionsgarantier med bevisbördeomkastande verkan.²⁰⁶ Emellertid uttrycks i förarbetena till KtjL att det på köpområdet såväl som på tjänsteområdet finns två typer av garantier, Alméngarantier och funktionsgarantier.²⁰⁷ Således kan i tjänsteavtal mellan kommersiella parter garantier tolkas vara av den mindre förmånliga typen och avse enbart avsaknaden av ursprungligt fel. Den typen av garantier är vanligast vid köp mellan kommersiella parter.

Mer allmänt beskrivs i förarbetena att för det fall att en garanti inte innebär mer än att resultatet är felfritt vid tidpunkten för riskövergången, kan säljaren fullgöra sin bevisbörda på ett av följande två sätt. Antingen kan säljaren visa att resultatet vid riskövergången var felfritt eller visa att det därefter utsatts för en olyckshändelse, för vanvård e.d. En garanti som innebär att resultatet ska bestå under hela garantitiden medför att bevisningen måste avse vad som har inträffat efter riskens övergång på köparen. Det saknar betydelse att resultatet var felfritt vid tidpunkten för riskövergången.²⁰⁸ Distinktionen har ingen större praktisk betydelse. Det är nämligen normalt svårt för säljaren att visa att resultatet var felfritt vid tidpunkten för riskövergången, om det inte finns några tecken på att det därefter utsatts för olyckshändelse, vanvård eller onormalt brukande.

²⁰⁵ Prop. 2003/04:45 s. 144.

²⁰⁶ Se avsnitt 5.2.

²⁰⁷ Prop. 1984/85:110 s. 57 f.

²⁰⁸ Ibid s. 58.

Köparen bär åberops- och bevisbördan för förekomsten av fel, såväl under som efter garantitiden. Det gäller vid Alméngarantier och funktionsgarantier, även när köparen är konsument. Köparen har antagligen också (i avsaknad av en garanti) att åberopa och bevisa att felet förelåg vid tidpunkten för riskövergången. Det gäller emellertid inte om säljaren har lämnat en garanti, vare sig det är en garanti om avsaknad av ursprungligt fel eller en funktionsgaranti. En tidsbestämd garanti om avsaknad av ursprungligt fel anses ge grund för en presumtion av att ett fel som framträder under garantitiden förelåg redan vid riskövergången.

Bevisbördan benämns vara omkastad, med innebörden att säljaren, för att undkomma ansvar, har att bevisa att felet inte förelåg, eller snarare *motbevisa* att felet förelåg vid tidpunkten för riskövergången. Om säljaren inte lyckas lägga fram bevisning som bryter presumtionen förlorar parten målet. Säljaren kan antingen visa att varan, eller resultatet av den utförda tjänsten, var felfri vid riskövergången eller visa att den därefter utsatts för t.ex. en olyckshändelse. Detta kan jämföras med att svaranden behöver lägga fram motbevisning i ett bevisläge där käranden har uppfyllt sin bevisbörda. Emellertid är i doktrin och praxis uttalat att en omkastad bevisbörda är något annat än en ”falsk” bevisbörda. En presumtionsregel vid en avtalad garanti medför att köparen inte bär någon bevisbörda för det presumerade förhållandet.

Något som mindre tydligt framgår är om och hur åberopsbördan påverkas av att felet presumeras vara ursprungligt.²⁰⁹ Det presumerande förhållandet – att fel föreligger – är tillsammans med förekomsten av en garanti tillräckligt för att tidpunkten ska presumeras vara för handen. Eftersom felet presumeras vara ursprungligt blir det istället relevant för säljaren att åberopa att felet inte förelåg vid riskövergången. Det blir således säljaren som bär åberopsbördan. Förutsatt att tidpunkten är en omständighet som köparen (i avsaknad av en garanti) har att åberopa till grund för sin talan, åtnjuter köparen en åberopslättnad under garantitiden.

²⁰⁹ Det blir enligt Boman nödvändigt att se till varje fall för sig, vilka konsekvenser det skulle medföra att placera också åberopsbördan på svaranden, (1964) s. 221.

Köparen behöver inte heller åberopa och bevisa att felet förelåg vid tidpunkten för riskövergången, om säljaren har lämnat en funktionsgaranti. Det beror inte på en presumtion, utan på att det helt enkelt saknar betydelse att varan var avtalsenlig vid tidpunkten för riskövergången. Säljaren har garanterat att varan ska bibehålla viss funktion eller hållbarhet, eller att resultatet av den utförda tjänsten ska bestå under hela garantitiden.

Enligt förarbetena till KtjL medför en tidsbestämd garanti alltid en omkastad bevisbörda till konsumentens fördel. Emellertid är tidpunkten inte relevant vid tillämpningen av en funktionsgaranti. Avseende vilket förhållande är bevisbördan i så fall omkastad? För att undkomma ansvar enligt en funktionsgaranti kan säljaren göra sannolikt att försämringen beror på en omständighet, eller orsak, för vilken denne inte ansvarar. Är det orsaken till felet som vid tillämpningen av en funktionsgaranti presumeras? Sådana omständigheter som är ansvarsbefriande i förhållande till en funktionsgaranti²¹⁰ skulle alternativt kunna bli relevanta som motfakta. Det är i så fall inte fråga om någon omkastad bevisbörda.

Det är alltså bara Alméngarantier som medför att bevisbördan kastas om. Efter garantitiden eller i avsaknad av en garanti är omständigheten att felet förelåg redan vid tidpunkten för riskövergången ansvarsgrundande och åligger köparen att åberopa och bevisa. Bevisbördan kastas om p.g.a. en presumtion. Det är en annan sak att en bevisad orsak till försämringen, t.ex. en olyckshändelse, kan bryta presumtionen i fråga om tidpunkten för felets uppkomst. Bevisbördans placering på säljaren för orsaken till felets uppkomst, att försämringen beror på en olyckshändelse, på vanvård, onormalt brukande eller något liknande förhållande på köparens sida, följer antagligen inte av en presumtion.

²¹⁰ 14 § andra stycket KtjL och 21 § andra stycket KKL.

5.4 Analys av bestämmelsen i kap. 5 § 5 mot bakgrund av dispositiv rätt

I det följande avsnittet undersöks bestämmelsen i AB 04 kap. 5 § 5 och garantibegreppet mot bakgrund av dispositiv rätt, i syfte att nå en slutsats om huruvida åberops- och bevisbördans placering påverkas av entreprenörens garantiåtagande.

En tolkning mot bakgrund av dispositiv rätt föranleder några inledande kommentarer om likheter och skillnader mellan fel enligt AB 04 och fel i en försåld vara eller utförd tjänst, enligt KöpL respektive KtjL. Felbegreppet i AB 04 avser utförandet. Fel föreligger om utförandet avviker från vad som får anses avtalat. I KöpL föreligger fel om varan avviker från vad köparen med fog kunnat förutsätta med anledning av avtalet. Detsamma gäller i KtjL, om tjänsten avviker från vad konsumenten med fog kunnat förutsätta med anledning av avtalet. Till skillnad från AB 04 är inte utförandet av tjänsten det centrala vid felbedömningen, utan resultatet av denna.

Felbegreppet i KöpL och KtjL styrs inte av tidpunkten för eller orsaken till felets uppkomst. Ett fel kan anses föreligga oberoende av om detta förelåg vid tidpunkten för riskövergången eller har uppkommit senare. Emellertid är tidpunkten för felets uppkomst avgörande i ansvarsfrågan. Köparen bär bevisbördan för att fel föreligger, både under och efter garantitiden. Eftersom ett fel utgörs av en skillnad mellan avtalet och resultatet, måste part bevisa dels avtalsinnehållet, dels resultatet. I dispositiv rätt medför en tidsbestämd garanti att tidpunkten för felbedömningen flyttas fram, så att köparen eller konsumenten behöver bevisa enbart att fel föreligger, för att detta fel ska presumeras ha förelegat vid tidpunkten för riskövergången, eller när uppdraget avslutades.

Säljaren ansvarar för ursprungligt fel, även som det visar sig en tid efter riskövergången. Som en förutsättning för ansvar gäller att felet var dolt vid riskövergången. Det motsvarande gäller enligt AB 04. Entreprenören ansvarar för fel som framträder under garantitiden. Det har konstaterats att sådana fel måste föreligga redan vid slutbesiktningen, med anledning av hur felbegreppet är konstruerat. Fel föreligger om entreprenaden inte har utförts

eller utförts i strid med avtalet. Det innebär att fel uppkommer *vid utförandet under entreprenadtiden*, dvs. redan innan slutbesiktningen. För det fall att utförandet inte är kontraktsevenligt så förelåg felet redan vid slutbesiktningen.

En tidsbestämd garanti om avsaknad av ursprungligt fel medför enligt dispositiv rätt att bevisbördan kastas om med avseende på tidpunkten för felets uppkomst. Köparen bär bevisbördan för förekomsten av fel. Bevisbördan för att felet inte förelåg vid tidpunkten för riskövergången åligger säljaren, om köparen lyckas övertyga domstolen i felfrågan. En liknande presumptionsregel kan inte tillämpas i fråga om garantifel i AB 04.

Enligt kommentaren till kap. 5 § 5 ska entreprenören visa att entreprenaden är kontraktsevenligt utförd eller göra sannolikt att det påtalade felet beror på felaktig projektering, vanvård, onormalt brukande eller annat som kan hänföras till beställaren, för att undgå ansvar. Beställaren kan inte bära en bevisbörda motsvarande den i dispositiv rätt för förekomsten av fel, om ”visa” i kommentaren tolkas som en beviskravsregel, som placerar bevisbördan på entreprenören för att entreprenaden är kontraktsevenligt utförd. Det beror på att fel i AB 04 konstitueras av ett icke-kontraktsevenligt utförande.

Bara en av parterna kan bära bevisbördan för att ett i tvisten aktuellt rättsfaktum (exv. ett påstående om en viss avvikelse från det avtalade utförandet) föreligger (eller inte föreligger). Om det ska betraktas som att en placering av bevisbördan på entreprenören följer av en presumtion, måste den presumptionsgrundande omständigheten vara en annan än den i dispositiv rätt, t.ex. beställarens påstående om fel eller förekomsten av en garanti.

En ordning där beställarens påstående om fel är presumptionsgrundande är problematisk av flera skäl. Det skulle innebära att entreprenören bär risken av beställarens projektering och tekniska lösningar. För beställarens projektering svarar inte entreprenören, utan dennes ansvar är i en utförandeentreprenad begränsat till utförandet. Det skulle också kunna uppfattas som en presumtion av den rättsliga bedömningen att fel föreligger.

Det är vidare oförenligt med felbegreppet i AB 04 och entreprenörens begränsade ansvar till utförandet att tolka kap. 5 § 5 som en funktionsgaranti. I en utförandeentreprenad ansvarar entreprenören inte för beställarens felaktiga projektering eller tekniska lösningar. Fel föreligger om de utförda

arbetena i fråga om utförandet avviker från avtalet. Vad som garanteras i en utförandeentreprenad kan endast vara att utförandet är kontraktsenligt. Någon funktion eller hållbarhet garanteras inte.

Sammanfattningsvis kan konstateras att regleringen i AB 04 inte medför att parterna har avtalat om en garanti, på det sätt som garantier förstås och tillämpas i dispositiv entreprenadrätt.

6 Avslutande diskussion

6.1 Det förevarande problemet

Enligt kommentaren till bestämmelsen i kap. 5 § 5 ska entreprenören, för att undgå felansvar, visa att entreprenaden är kontraktsevenligt utförd eller göra sannolikt att det påtalade felet beror på felaktig projektering, vanvård, onormalt brukande eller annat som kan hänföras till beställaren. Som påvisats i avsnitt 4.1 är kommentaren otydlig och ger upphov till en rad tolkningsfrågor.

En viktig utgångspunkt vid placeringen av åberops- och bevisbördan är att bara en av parterna kan bära åberops- och bevisbördan avseende ett visst rättsfaktum. Däremot kan åberops- och bevisbördan vara delad för ett och samma rättsfaktum genom att kändanden bär åberopsbördan och svaranden bär bevisbördan. Exempelvis kan en presumptionsregel få den effekten att bevisbördan för ett visst rättsfaktum kastas om och placeras på motparten.

Mot bakgrund av att fel i kap. 5 § 5 (i förening med kap. 5 § 17 eller § 18) är ansvarsgrundande, skulle de omständigheter som medför att fel föreligger (t.ex. att gräsmattan är uppbyggd med ett tunnare lager växtjord eller mineraljord än det i avtalet föreskrivna) åligga beställaren att åberopa till grund för dennes yrkande om avhjälpande eller prisavdrag. Samtidigt ska entreprenören enligt kommentaren ”visa” att entreprenaden är kontraktsevenligt utförd.

I det följande avsnittet diskuteras åberops- och bevisbördans placering mot bakgrund av de frågor som kommentaren ger upphov till, bl.a. huruvida begreppet ”visa” (som används i kommentaren) är en beviskravsregel som innebär att bevisbördan för att utförandet är kontraktsevenligt ligger på entreprenören.

6.2 Innebär kap. 5 § 5 en reglering av åberops- och bevisbördan?

AB 04 kap. 5 § 5 uttrycker en ansvars- och riskfördelning genom att entreprenören enligt bestämmelsen ansvarar för fel som framträder under garantitiden. Någon uttrycklig reglering av åberops- och bevisbördan är det inte. Emellertid anger kommentaren att i förhållande till ett ”påstått fel” har entreprenören att ”visa” att entreprenaden är kontraktsevenligt utförd eller ”göra sannolikt” en ansvarsbefriande omständighet.

Att kommentaren uppställer två handlingsalternativ för entreprenören som gör att denne undgår ansvar, dvs. att visa att entreprenaden är kontraktsevenligt utförd eller att göra sannolikt att det påtalade felet beror på felaktig projektering, vanvård, onormalt brukande eller annat som kan hänföras till beställaren, indikerar att ”visa” är en beviskravsregel. Beträktad som en beviskravsregel anger ”visa” dels hur stark bevisning entreprenören måste lägga fram för att fullgöra sin bevisbörda, dels att entreprenören bär bevisbördan.

Om bevisbördan för att utförandet är kontraktsevenligt placeras på entreprenören, omöjliggörs att bevisbördan för fel placeras på beställaren. En placering av bevisbördan för fel på beställaren skulle innebära att beställaren och entreprenören bär varsin bevisbörda för samma bevistema, ett rättsfaktum och dess kontradiktion.

För det fall att beställaren bär åberopsbördan för att utförandet är icke-kontraktsevenligt, kan bevisbördans placering på entreprenören förklaras som en ”omkastad bevisbörda”. Att bevisbördan för fel placeras på köparen i dispositiv rätt är motiverat av bevissäkringsskäl, där besittning blir avgörande för vem som har enklast att säkra bevisning. Däremot anses besittning inte skapa några bättre bevissäkringsmöjligheter när tvist gäller förhållanden som förelåg innan besittningsövergången.

I en utförandeentreprenad är fel alltid hänförligt till utförandet och tidpunkten före besittningsövergången. Det är således svårt att tänka sig att beställaren kan säkra bevisning avseende förekomsten av fel enklare. Eftersom felbegreppet tar sikte på utförandet och det är entreprenören som

har utfört entreprenaden, kan entreprenören anses ha enklast att säkra bevisning, även avseende ett förhållande som framträder efter avlämnandet. Det är entreprenören som haft kontroll över och insyn i det omtvistade utförandet. I ett sådant läge kan det finnas goda skäl att låta entreprenörens kontrollövertag motivera en avtalstolkning som ger en omkastning av bevisbördan från beställaren till entreprenören.

Att placera bevisbördan på entreprenören kan också verka handlingsdirigerande genom att det ger entreprenören incitament att utföra entreprenaden på kontraktsevenligt sätt eller att säkra bevisning angående utförandet, exv. genom besiktning. Ett besiktningsutlåtande kan utgöra ett bevis för att fel föreligger eller för avsaknad av fel (om entreprenaden godkänns).

En omkastad bevisbörda enligt ovan kan följa av en presumtion. En garanti om avsaknad av ursprungligt fel medför en presumtion och omkastad bevisbörda avseende tidpunkten för felets uppkomst. Felbegreppet i AB 04 förutsätter att felet är ursprungligt och förelåg redan vid slutbesiktningen (som ett dolt fel). Det blir således inte relevant att skapa en presumptionsregel med den innebörden att förekomsten av fel medför att tidpunkten för felets uppkomst presumeras. Det kan vidare uteslutas att garantibegreppet i kap. 5 § 5 ska tolkas som en funktionsgaranti, eftersom entreprenören i en utförande-entreprenad bara ansvarar för utförandet. Det kan dessutom uteslutas att en presumptionsregel skulle vara tillämplig uteslutande grundat på beställarens påstående om fel.

Den tolkning av kap. 5 § 5 som istället föreslås innebär inte någon omkastad bevisbörda. Enligt den tolkning som framstår som mest lämplig ur ett processrättsligt perspektiv avser begreppet ”visa” i kommentaren enbart att entreprenören måste lägga fram motbevisning för det fall att beställaren lyckas övertyga domstolen om förekomsten av fel. Det handlar alltså inte om en placering av bevisbördan på entreprenören. Det kan om något betecknas som en ”falsk” bevisbörda. Beställaren bär med denna tolkning, i likhet med dispositiv rätt, åberops- och bevisbördan för förekomsten av fel, eftersom detta är rättsgrundande. Entreprenören behöver lägga fram egen bevisning som talar i annan riktning endast för det fall att beställaren uppfyller sin

bevisbörda. Entreprenören kan alltså antingen motbevisa att fel föreligger eller åberopa som ett motfaktum att felet beror på felaktig projektering, vanvård, onormalt brukande eller annat som kan hänföras till beställaren.

Begreppet ”visa” ska alltså, med denna tolkning, inte betraktas som en beviskravsregel, som placerar bevisbördan på entreprenören. Emellertid får ”göra sannolikt” anses innebära dels ett krav på bevisningens styrka, dels en placering av bevisbördan på entreprenören. Denne har alltså att göra sannolikt att det påtalade felet beror på felaktig projektering, vanvård, onormalt brukande eller annat som kan hänföras till beställaren, för att undgå ansvar.

I uppsatsens inledande exempel om fel i gräsmatta²¹¹ skulle beställaren för att vinna bifall till sin talan behöva åberopa de omständigheter som medför ett ansvar för fel, däribland de omständigheter som medför att fel föreligger. Beställaren skulle behöva åberopa och bevisa att lagren av växtjord och mineraljord är tunnare än vad som föreskrivs i avtalet. För att uppfylla sin åberops- och bevisbörda skulle beställaren mer specifikt behöva åberopa och bevisa avtalets innehåll i fråga om jordlagrens tjocklek samt den tjocklek som entreprenören lade lagren. För det fall att beställaren inte med den framlagda bevisningen lyckas övertyga domstolen om att entreprenadens icke-kontraktsenliga skick beror på entreprenörens utförande, föreligger inget fel och beställarens krav på ersättning för avhjälpandekostnader kommer att ogillas. Det blir alltså beställaren som förlorar på att fakta i fel frågan inte anses tillräckligt klarlagda och därför inte kan ligga till grund för domen.

I ett hovrättsfall placerade Svea hovrätt bevisbördan för att entreprenaden var kontraktsenligt utförd på entreprenören. En sådan placering av bevisbördan har i ett senare avgörande från samma hovrätt ansetts avvika från vad som ”generellt gäller vid tvist om huruvida en vara eller tjänst motsvarar vad som avtalats”. Istället placerades bevisbördan för fel på beställaren i det senare avgörandet. Förvisso bär köparen av en vara i dispositiv rätt bevisbördan för sitt påstående om fel, även avseende fel som visar sig under garantitiden. Emellertid bär köparen under garantitiden inte någon bevisbörda

²¹¹ Med inspiration från hovrättsfallet T 11570-17.

för ett förhållande före besittningsövergången. Det får däremot beställaren göra, om bevisbördan för fel enligt AB 04 placeras på denne.

Det kan ifrågasättas om det är en lämplig fördelning av bevisbördan, bl.a. mot bakgrund av att entreprenören har utfört entreprenaden och kan anses ha enklast att säkra bevisning. Frågan behandlas inte i uppsatsen. Skulle en sådan reglering ens vara giltig enligt svensk rätt? Svaret är med största sannolikhet ja, enligt den nu rådande uppfattningen i doktrin. Det har anförts att en reglering av åberops- och bevisbördan är en riskfördelning som vilken annan. Förhållandet mellan AB-avtalen och KöpL samt KtjL är sådant att KöpL och KtjL kan användas som dispositiv rätt vid tolkning av AB-avtalen. Detta har HD fastslagit i praxis. Emellertid är det inte fråga om någon direkt tillämplighet.

I motsats till vad som annars gäller vid tolkning av standardavtal har AB-avtalen inte tidigare tolkats mot bakgrund av dispositiv rätt, antagligen för att det har ansetts inte finnas någon sådan. Varken KöpL eller KtjL gäller med direkt tillämpning på entreprenadavtal. AB 04 får därför sägas inte ansluta till någon civilrättslig regel. Domstolens monopol på rättstillämpningen utgör inget hinder mot att avtalsreglera åberops- och bevisbördan i standardavtalet.

Käll- och litteraturförteckning

Offentligt tryck

Utredningsbetänkande

SOU 1972:28 Konsumentköplag: delbetänkande

SOU 1979:36 Konsumenttjänstlag

Propositioner

Prop. 1942:5 Kungl. Maj:ts proposition nr 5

Prop. 1984/85:110 om konsumenttjänstlag

Prop. 1988/89:76 om ny köplag

Prop. 1989/90:89 om ny konsumentköplag

Prop. 2000/01:150 Likvidation av aktiebolag

Prop. 2003/04:45 Stärkt konsumentskydd vid småhusbyggande

Litteratur

Almén, Tore. *Om köp och byte av lös egendom: kommentar till lagen den 20 juni 1905*. 4 (delvis omarb.) uppl. Stockholm 1960.

Arvidsson, Niklas och Samuelsson, Per. *Entreprenadavtal mellan näringsidkare och konsument*. Stockholm 2018.

Bernitz, Ulf. *Standardavtalsrätt*. 9 uppl. Stockholm 2018.

Boman, Robert. *Om åberopande och åberopsbörd i dispositiva tvistemål*. Stockholm 1964.

Deli, Robert. *Kommersiella entreprenadavtal i praktiken*. 2 uppl. Stockholm 2017.

Ekelöf, Per Olof, Edelstam, Henrik och Heuman, Lars. *Rättegång H. 4. 7* (omarb. och rev.) uppl. Stockholm 2009.

Hedberg, Stig. *Kommentarer till AB 04, ABT 06 och ABK 09*. Stockholm 2010. [Hedberg (2010a)]

Hedberg, Stig. *Besiktningjuridik: entreprenadjuridiska frågor i anslutning till entreprenadbesiktning*. Stockholm 2010. [Hedberg (2010b)]

Hedberg, Stig. *Ansvar inom entreprenadjuridiken*. Stockholm 2011.

- Hellner, Jan, Hager, Richard och Persson, Annina H. *Speciell avtalsrätt II: kontraktsrätt Första häftet Särskilda avtal*. 7 uppl. Stockholm 2019.
- Herre, Johnny. *Konsumentköplagen: en kommentar*. 5 uppl. Stockholm 2019.
- Heuman, Lars. *Bevisbörda och beviskrav i tvistemål*. Stockholm 2005.
- Ingvarsson, Anders och Utterström, Marcus. *Tolkning av entreprenadavtal*. Stockholm 2020.
- Johansson, Svante O. *Konsumenttjänstlagen: en kommentar*. 2 uppl. Stockholm 2020.
- Lehrberg, Bert. *Avtalstolkning: tolkning av avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område*. 9 uppl. Uppsala 2020.
- Liman, Lars-Otto, Sahlin, Claes, Peterson, Martin och Kåvius, Niklas, *Entreprenad- och konsulträtt*. 9 uppl. Stockholm 2016.
- Lindell, Bengt. *Civilprocessen: rättegång samt skiljeförfarande och medling*. 4 uppl. Uppsala 2017.
- Munukka, Jori. *Kontraktuell lojalitetsplikt*. Stockholm 2007.
- Peczenik, Aleksander. *Juridikens teori och metod: en introduktion till allmän rättslära*. Stockholm 1995.
- Ramberg, Jan och Herre, Johnny. *Allmän köprätt*. 9 uppl. Stockholm 2019. [Ramberg och Herre (2019a)]
- Ramberg, Jan och Herre, Johnny. *Köplagen: en kommentar*. 3 uppl. Stockholm 2019. [Ramberg och Herre (2019b)]
- Ramberg, Jan och Ramberg, Christina. *Allmän avtalsrätt*. 11 uppl. Stockholm 2019.
- Samuelsson, Per. *Entreprenadavtal: särskilt om ändrade förhållanden*. Stockholm 2011.
- Samuelsson, Per. *AB 04: en kommentar*. 2 (väsentligt omarb.) uppl. Stockholm 2020.
- Westberg, Peter: 'Processtaktik och bevisbörda i dispositiva tvistemål', i: Andersson, Torbjörn och Lindell, Bengt (red.). *Festskrift till Per Henrik Lindblom*. Uppsala 2004.
- Westberg, Peter. *Konflikt och kontrakt*. Stockholm 2020.
- Westberg, Peter. *Civilrättskipning I Tvistemål*. 3 uppl. Stockholm 2021.

Artiklar

- Agell, Anders. 'Felbegreppet, funktionsgarantier och försäkring'. *SvJT* 1991 s. 404-427.
- Arvidsson, Niklas och Samuelsson, Per. 'Entreprenadrättsliga felpåföljder'. *Ny Juridik* 2015 s. 27-48.
- Hagman, Jan-Erik, Liman, Lars-Otto, Lindgren, Gunnar, Boman, Erik. 'Den svenska entreprenadrättens framväxt inom bygg- och anläggningssektorerna'. *SvJT* 2017 s. 173-181.
- Heuman, Lars. 'Bristande rättsliga kunskaper som hinder för prejudikatinstansernas samverkande rättsbildning i belysning av presumtionsläran'. *SvJT* 2021 s. 18-47.
- Håstad, Torgny. 'Besiktningens rättsverkan'. *SvJT* 1991 s. 577-600.
- Ingvarsson, Anders och Utterström, Marcus. 'Högsta domstolens intåg i entreprenadrättens slutna rum'. *SvJT* 2015 s. 258-278.
- Ingvarsson, Anders och Utterström, Marcus. 'Självkostnadsprincipen enligt AB 04 och ABT 06'. *SvJT* 2018 s. 542-564.
- Mellqvist, Mikael. 'Entreprenadrätten och kontrakträttens finrum'. *SvJT* 2013 s. 233-265.
- Mellqvist, Mikael. 'Ett krumbuktande rättsfall med lyckligt slut'. *JT* 2012/13 s. 148-162.
- Wallin, Martin och Pärssinen, Magnus. 'Högsta domstolen om tolkning av standardvillkor i entreprenadavtal'. *SvJT* 2013 s. 815-818.
- Willborg, Isak. 'Högsta domstolens tolkning av entreprenadavtal'. *JT* 2016/17 s. 864-877.

Elektroniska källor

- Fitger, Peter, Sörbom, Monika, Eriksson, Tobias, Hall, Per, Palmkvist, Ragnar och Renfors, Cecilia. Rättegångsbalken m.m. (2020-10-01, version 89, JUNO, www.juno-nj.se), kommentaren till 17 kap. 3 §.

Andra källor

Entreprenadbesiktning: BKK:s handledning för besiktning enligt AB 04 och ABT 06. Stockholm 2009.

Motiv AB 65: allmänna bestämmelser för byggnads-, anläggnings- och installationsentreprenader AB 65 samt kontraktsformulär Svenska teknologföreningens formulär 18, 19 och 20. Stockholm 1969.

Motiv AB 72: allmänna bestämmelser för byggnads-, anläggnings- och installationsentreprenader AB 72 samt kontraktsformulär och anbudsformulär Svenska teknologföreningens formulär 18/72, 19/72, 20/72 och 21/72. 2 utg., utan bilagor. Stockholm 1985.

Rättsfallsförteckning

Högsta domstolen

NJA 1980 s. 46

NJA 1980 s. 352

NJA 1986 s. 470

NJA 1991 s. 481

NJA 1993 s. 764

NJA 1994 s. 449

NJA 1996 s. 52

NJA 1999 s. 520

NJA 2006 s. 170

NJA 2013 s. 271

NJA 2013 s. 524

NJA 2013 s. 701

NJA 2013 s. 1174

NJA 2014 s. 960

NJA 2015 s. 3

NJA 2015 s. 110

NJA 2015 s. 233

NJA 2015 s. 862

NJA 2018 s. 653

NJA 2019 s. 802

Hovrätterna

Svea hovrätts dom den 22 januari 2019 i mål T 11570-17.

Svea hovrätt dom den 15 november 2019 i mål T 4005-16.