



JURIDISKA FAKULTETEN

VID LUNDS UNIVERSITET

Josefine Ljungberg Palm

En undersökning av
skadebegränsningsplikten
utvidgning genom lojalitetsplikten
inom entreprenader

JURM02 Examensarbete

Examensarbete på juristprogrammet

30 högskolepoäng

Handledare: Per Samuelsson

Termin: HT 2022

Innehåll

SUMMARY	1
SAMMANFATTNING	3
FÖRORD	5
FÖRKORTNINGAR	6
1 INLEDNING	8
1.1 Bakgrund	8
1.2 Syfte och frågeställning	10
1.3 Avgränsningar	10
1.4 Metod och material	13
1.5 Forskningsläge.....	14
1.6 Disposition.....	15
2 ENTREPRENADRÄTT	17
2.1 Inledning	17
2.2 Entreprenad	17
2.3 Upphandlings- och entreprenadformer	18
2.4 Distinktion mellan skada och fel i entreprenad	19
2.5 Särskilt om AB 04.....	20
2.6 Entreprenadrättens särpräglade karaktär	23
2.6.1 Samverkan, samordning och underrättelser inom entreprenader..	25
2.6.2 ÄTA-arbeten	29
2.7 Tolkning av entreprenadavtal	31
2.8 Skadebegränsnings- och lojalitetsplikten i AB 04	34
3 SKADEBEGRÄNSNINGSPLIKTEN	41
3.1 Inledning	41
3.2 Skadebegränsningspliktens intressen och funktioner	43
3.3 Skadebegränsningsplikten och andra närliggande principer	45
3.3.1 Inledning	45
3.3.2 Medvällande och skadebegränsning	45
3.3.3 Adekvansbedömning och skadebegränsning	46

3.4	70 § köplagen	47
3.4.1	Skäliga åtgärder.....	49
3.4.2	När skadebegränsande åtgärder senast ska vidtas.....	52
3.4.3	Försummelse av skadebegränsningsplikten	55
3.4.4	Jämkning av oskäligt skadestånd	55
3.5	Ersättning för skadebegränsande åtgärder	56
4	LOJALITETSPLIKTENS FRAMVÄXT.....	58
4.1	Inledning	58
4.2	Lojalitetsplikten som en allmän kontraktsrättslig rättsprincip ..	62
4.3	Lojalitetsplikten i praxis	65
4.3.1	Inledning	65
4.3.2	”Restaurang Pelé” NJA 2002 s. 630	66
4.3.3	”Kravmjölken” NJA 2017 s. 203	67
4.3.4	”Skogssällskapet” NJA 2017 s. 1195.....	68
4.3.5	”Leksaksaffären i Vimmerby” NJA 2018 s. 171	70
4.3.6	”Omsättningsmålet” NJA 2021 s. 943	72
4.3.7	Sammanfattande analys.....	73
5	SAMMANFATTANDE ANALYS	76
	KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	83
	RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	88

Summary

Historically, construction contract law has been litigated through arbitration, and it is excluded from the scope of the Sale of Goods Act. For a long period of time, construction contract law has nearly been disconnected from general contract law. However, the proportion of litigations raised in general court and subsequently reaching a judicial decision in the supreme court, has increased in recent decades. The supreme court has, inter alia, determined that the obligation to mitigate your losses constitutes a general principle of contract law. Furthermore, the supreme court has ruled that the obligation to mitigate also applies to construction contract law. In addition, the supreme court has stated that a construction contract is distinguished by the fact that it usually involves extensive, complicated and long-term work with several involved parties.

The purpose of this thesis is to examine the hypothesis that the duty of good faith can impose and extend the obligation to mitigate your losses on a sub-contractor. In order to fulfill this purpose, a question statement is posed that aims to answer whether a specially adapted rule, for AB 04 in particular, can impose on a sub-contractor the obligation to mitigate your losses even though the sub-contractor neither directly suffers damage, nor is in a contractual relationship with the tortfeasor. The question at issue is answered by applying a legal dogmatic method regarding the obligation to mitigate your losses and the construction contract law. Regarding the duty of good faith, a conceptual analytical method is also applied.

In a construction contract, actors cannot be indifferent to each other. Sub-contractors are obliged to cooperate with other actors within the construction contract. Despite the absence of an agreement sub-contractors work under contract-like conditions with other actors who are engaged in the construction.

The duty of good faith is expressed in the preamble to AB 04, as well as the commentary to chapter 4 article 3. There are divided opinions in the doctrine about what meaning the duty of good faith should be given when applying and interpreting provisions in AB 04. In the years of 2017 and 2018, the supreme court decided several cases, where the court explicitly referred to a duty of good faith between the parties. Through the precedent of the case "Omsättningsmålet" NJA 2021 s. 943, the supreme court may have recognized the duty of good faith as a principle of law.

It is established that the obligation to mitigate your losses constitutes a general principle of law which is based on loyalty. The obligation to mitigate your losses is expressed in section 70 of the Sale of Goods Act, and can be described as an obligation that places special demands on the injured party. However, the limitations of the obligation to mitigate your losses in each case

are difficult to ascertain. In other contractual legislation, there is support for the fact that measures taken by third parties also can be credited to the injured party.

As a result of the gaps that the Swedish legislative technique gives rise to, the application of principles becomes important when interpreting and complementing legislation and agreements. The duty of good faith does not need to be fully clarified to answer the question of this thesis. It is reasonable that the duty of good faith is included in the system of thought that characterizes the construction contract law. That is, the maintenance of a reasonable balance between rights and obligations aimed at an economically optimal distribution of risk between the parties.

Neglecting the obligation to mitigate your losses or failing to observe the duty of good faith would have direct negative consequences for the client, with whom the sub-contractor is in a contractual relationship. This is found to be counterproductive for the purposes that the construction contract law as well as general contract law aim to maintain.

The cases “De ingjutna rören” NJA 2018 s. 653 and “Omsättningsmålet” NJA 2021 s. 943 set the precedent that a sub-contractor can be obligated to take damage mitigation measures under the premise that the sub-contractor is either the party that can take a measure at the lowest cost, or with the least effort. A party can be imposed obligations to satisfy the other party’s interests even though it involves sacrifices for its own part.

The essay concludes that under certain circumstances, a sub-contractor can be imposed an obligation to mitigate losses, even though the sub-contractor is not directly affected by the damage or in an agreement with the tortfeasor.

Sammanfattning

Twister gällande kommersiella entreprenader har historiskt sett avgjorts genom skiljeförfaranden och är därtill undantagna från köplagens tillämpningsområde. Under en lång period har entreprenadrätten varit nästintill frikopplad från den allmänna avtalsrätten. Emellertid har andelen tvister som tagits upp i allmän domstol och som sedermera nått ett avgörande i Högsta domstolen ökat under de senaste decennierna. Domstolen har bland annat fastslagit att skadebegränsningsplikten utgör en allmän kontraktsrättslig princip som är tillämplig även inom entreprenadrätten. Därtill har domstolen uttalat att entreprenadavtal utmärker sig genom att det som regel avser omfattande, komplicerat och långsiktigt arbete med flera inblandade parter.

Syftet med detta examensarbete är att pröva hypotesen att den allmänna förmögenhetsrättsliga lojalitetsplikten kan ålägga en sidoentreprenör ett utvidgat skadebegränsningsansvar. För uppfyllande av syftet uppställs en frågeställning som besvarar om en särskilt tillpassad regel, för AB 04 i synnerhet, kan ålägga en sidoentreprenör ett skadebegränsningsansvar fastän sidoentreprenören inte är direkt drabbad av skadan och inte heller i ett avtalsförhållande med skadevållaren. För skadebegränsningspliktens respektive entreprenadrättens vidkommande besvaras frågeställningen genom tillämpning av en rättsdogmatisk metod. Avseende lojalitetsplikten tillämpas även en begreppsanalytisk metod.

I en entreprenad kan aktörer inte förhålla sig likgiltiga till varandra. Sidoentreprenörer är i hög utsträckning förpliktigade att samverka med andra aktörer som är verksamma i entreprenaden. Trots frånvaron av avtal arbetar sidoentreprenörer under kontraktsliknande förhållanden med andra i entreprenaden verksamma aktörer.

I förordet till AB 04 samt i kommentarstexten till AB 04 kap. 4 § 3 kommer lojalitetsplikten till uttryck. Det råder delade meningar i doktrinen om vilken betydelse plikten ska tillmätas vid tillämpning och tolkning av bestämmelser i AB 04. Högsta domstolen har under åren 2017 och 2018 kommit att uttryckligen hänvisa till lojalitetsplikten. Genom ”Omsättningsmålet” NJA 2021 s. 943 kan domstolen ha tagit ytterligare ett steg och erkänt lojalitetsplikten såsom en självständig princip.

Det konstateras att skadebegränsningsplikten utgör en allmän kontraktsrättslig princip som grundas på bland annat lojalitetsskäl. Skadebegränsningsplikten kommer till uttryck i 70 § köplagen och kan beskrivas som en förpliktelse som ställer särskilda krav på den skadelidande. Emellertid är pliktens ansvarsgränningar i det enskilda fallet svårt att utröna. I andra inomobligatoriska lagstiftningar finns stöd för att också åtgärder som vidtas av tredje man kan tillgodoräknas den skadelidande.

Till följd av de luckor som uppkommer genom den svenska lagstiftningstekniken blir tillämpningen av principer viktig vid tolkning och utfyllnad av lagstiftning och avtal. Lojalitetsplikten behöver inte klargöras fullständigt för besvarande av frågeställningen. Det är tillräckligt att plikten inordnas i det tänka system som entreprenadavtalet präglas av, nämligen upprätthållandet av en rimlig balans mellan rättigheter och skyldigheter som syftar till en ekonomiskt optimal riskfördelning mellan parterna.

En försummelse av skadebegränsningsplikten respektive en underlåtenhet att iaktta lojalitetsplikten skulle medföra direkt negativa följder för beställaren vilken sidoentreprenören är i ett avtalsförhållande med. Detta konstateras motverka de ändamål som entreprenadavtalet såväl som avtalsrätten syftar till att upprätthålla.

Med stöd i ”De ingjutna rören” NJA 2018 s. 653 och ”Omsättningsmålet” NJA 2021 s. 943 konstateras att en sidoentreprenör kan förpliktigas att vidta skadebegränsande åtgärder under premissen att sidoentreprenören antingen är den part som med lägst kostnad eller med minsta ansträngning kan vidta en åtgärd. Part kan således åläggas förpliktelser att tillgodose motpartens intressen trots att det innebär uppoffringar för egen del.

I detta examensarbete dras således slutsatsen att en sidoentreprenör under vissa omständigheter kan åläggas en skadebegränsningsplikt, fastän sidoentreprenören inte är direkt drabbad av skadan eller i ett avtalsförhållande med skadevållaren.

Förord

Med dessa ord avslutar jag min tid som juriststudent vid Lunds universitet.

Först och främst vill jag tacka min handledare Per Samuelsson för goda råd och vägledning under skrivandets gång. Jag vill även tacka min familj. Vidare vill jag tacka Rebecka, min ovärderliga livlina under utbildningen som inte hade varit densamma utan dig.

Slutligen vill jag rikta mitt största tack till Adam för din uppmuntran när jag beslutade mig för att byta från ekonomi- till juridikstudier. Mitt näst bästa beslut hittills i livet. Tack för ditt tålamod och stöd såväl före som efter alla tentor och topparna och dalarna däremellan.

Malmö i januari 2023

Josefine Ljungberg Palm

Förkortningar

AB 54	Allmänna bestämmelser för entreprenader inom husbyggnads- samt väg- och vattenbyggnadsfacken, Svenska Teknologföreningens formulär 10
AB 65	Allmänna bestämmelser för byggnads-, anläggnings- och installationsentreprenader, Svenska Teknologföreningens formulär 20
AB 72	Svenska Teknologföreningens Kontraktskommittés Allmänna bestämmelser för byggnads-, anläggnings- och installationsentreprenader AB 72
AB 92	Allmänna bestämmelser för byggnads-, anläggnings- och installationsentreprenader AB 92
AB 04	Allmänna bestämmelser för byggnads-, anläggnings- och installationsentreprenader AB 04
ABT 94	Allmänna bestämmelser för totalentreprenader avseende byggnads-, anläggnings- och installationsarbeten ABT 94
ABT 06	Allmänna bestämmelser för totalentreprenader avseende byggnads-, anläggnings- och installationsentreprenader ABT 06
Avtalslagen	Lag (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område
BNP	Bruttonationalprodukt
BKK	Föreningen Byggandets Kontraktskommité

CISG	United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods
DCFR	Draft Common Frame of Reference
Försäkringsavtalslagen	Försäkringsavtalslag (2005:104)
Jordabalken	Jordabalk
Konsumentköplagen	Konsumentköplag (2022:260)
Konsumenttjänstlagen	Konsumenttjänstlag (1985:716)
Köplagen	Köplag (1990:931)
NJA	Nytt Juridiskt Arkiv
PECL	Principles of European Contract Law
Prop.	Proposition
Skadeståndslagen	Skadeståndslag (1972:207)
SOU	Statens offentliga utredningar
SvJT	Svensk Juristtidning
UNIDROIT	International Institute for the Unification of Private Law
ÄTA-arbeten	Ändringsarbeten, Tilläggsarbeten och Avgående arbeten

1 INLEDNING

1.1 Bakgrund

Marknadstransaktioner är förtroendebaserade och förutsätter tillit. Denna tillit får anses grunda sig i tanken om att medkontrahenten uppfyller sin del av avtalet samt att densamme inte företar skadegörande handlingar vid fullgörande av partsavtalet.¹

Svensk juridik har historiskt sett präglats av ett konkret inriktat och praktiskt tankesätt.² Vidare kännetecknas svensk rätt av en fragmentarisk reglering där centrala frågor tillhörande en viss avtalstyp regleras i lag medan lagstiftning saknas för andra avtalstyper.³ En av de avtalstyper som saknar lagstiftning är kommersiella entreprenader. Avtalstypen regleras i huvudsak av standardavtalet Allmänna bestämmelser.⁴

Inom entreprenadrätten avgörs tvister ofta genom skiljeförfaranden, men eftersom en stor del av byggnads- och anläggningsverksamheten handlas upp av offentliga beställare har antalet mål som tagits upp av allmänna domstolar ökat. Under de senaste årtiondena har Högsta domstolen kommit att meddela ett antal vägledande prejudikat inom området.⁵ Domstolen har bland annat uttalat att entreprenadavtalet utmärker sig ”genom att det som regel avser omfattande, komplicerat och långsiktigt arbete med flera inblandade parter.”⁶

När och i vilken utsträckning en part ska hållas inomkontraktuell skadeståndsskyldig har varit föremål för debatt under hela 1900-talet.⁷ I svensk rätt gäller som en allmän kontraktsrättslig princip att skadelidande har skyldighet att begränsa sin skada: den så kallade skadebegränsningsplikten.⁸ Plikten har fått uttryckligt lagstöd i 70 § köplagen (1990:931). Pliktens ansvarsgränsning och närmare innebörd är däremot till viss del outredd.

Till följd av att entreprenadavtalet ofta reglerar stora och dyra projekt kan skadebegränsningsplikten komma att utgöra en särskilt viktig princip inom entreprenadbranschen. År 2020 uppgick investeringar i anläggningar och byggnader till cirka 11 % av Sveriges BNP.⁹ Fastställande av

¹ Holm (2004) s. 270.

² Lehrberg (2008) s. 29.

³ Köp, konsumentköp, fastighetsköp och försäkringsavtal utgör exempel på lagreglerade avtalstyper; Lehrberg (2008) s. 29.

⁴ Ingvarson & Utterström (2015b) s. 258.

⁵ Ibid, s. 259.

⁶ Se exempelvis ”Skadorna på Läckebys arbeten” NJA 2013 s. 271 p. 7 och ”Den uteblivna slutbesiktningen” NJA 2015 s. 862 p. 12.

⁷ Herre (1996) s. 412.

⁸ Hellner m.fl. (2016) s. 237 f.; Ramberg & Ramberg (2022) s. 287.

⁹ Byggföretagen (2022).

skadebegränsningsplikten ansvargränsning kan föranleda betydande konsekvenser för såväl aktörer i en entreprenad som entreprenadbranschen i stort.

Högsta domstolen har, i senare praxis, till viss del redogjort för skadebegränsningsplikten.¹⁰ Domstolen har bland annat gett uttryck för att plikten kan motiveras av lojalitetsskäl samt att plikten är av särskild vikt inom avtalsförhållanden.¹¹ Historiskt sett har domstolen emellertid undvikit att hänvisa till lojalitetsplikten fastän domstolens resonemang, i somliga avgöranden, ytterst har vilat på lojalitetsresonemang.¹² Till följd av den rättsvetenskapliga utvecklingen där hänvisningar till plikten förekommit allt mer frekvent samt den numera etablerade synen på avtalet som ett samarbetsförhållande, snarare än ett motpartsförhållande, kan möjligen ha föranlett domstolen till att under åren 2017 och 2018 uttryckligen hänvisa till lojalitetsplikten för första gången.¹³

Av förordet till Allmänna bestämmelser för byggnads-, anläggnings- och installationsentreprenader (AB 04) samt i kommentarstexten till AB 04 kap. 4 § 3 kommer den allmänna lojalitetsplikten till uttryck. Pliktens närmare innebörd följs emellertid inte upp av någon avtalsbestämmelse.¹⁴ I den rättsvetenskapliga litteraturen råder nästintill konsensus kring pliktens existens med uppfattningen om att avtalsparters lojalitetsskyldighet kan föranleda förpliktelser som inte framgår av avtalets ordalydelse.¹⁵ Argument mot erkännande av plikten grundar sig bland annat i oförutsägbarheten för avtalsparterna.¹⁶ Något uttryckligt lagstöd för en allmän kontraktsrättslig lojalitetsplikt finns däremot inte.¹⁷ Ledning för vad som konstituerar plikten samt om plikten erhållit ett erkännande genom Högsta domstolens omnämnande av densamma är oklart. Det föreligger därför ett stort utrymme för debatt avseende lojalitetspliktens ställning och närmare innebörd i svensk rätt.

I en delad entreprenad är sidoentreprenörer parallellt kontrakterade av beställaren, men står inte i ett avtalsförhållande till varandra. Emellertid framstår det som klart att sidoentreprenörer är förpliktigade att samverka och

¹⁰ Se vidare i texten om ”Multitotal” NJA 2017 s. 9 i not. 216, ”Den oförsäkrade båten” NJA 2017 s. 371 i not. 224 och ”De ingjutna rören” NJA 2018 s. 653 i not. 143.

¹¹ ”Multitotal” NJA 2017 s. 9 p. 30.

¹² Holm (2004) s. 203; jfr. NJA 1990 s. 745 och NJA 1992 s. 351.

¹³ Ramberg & Ramberg (2022) s. 40 ff.; jfr. ”Kravmjölken” NJA 2017, s. 203, ”Skogssällskapet” NJA 2017 s. 1195 och ”Leksaksaffären i Vimmerby” NJA 2018 s. 171; jfr. även prop. 1988/89:76 s. 23 där det framgår att det i motiven till 1905 års köplag framhävs att avtalet ska vara ett samarbetsförhållande. Emellertid har detta argument vunnit acceptans först under de senaste decennierna.

¹⁴ Samuelsson (2022) s. 23.

¹⁵ Munukka (2010) s. 838; se exempelvis Munukka (2007), Holm (2004) och Votinius (2004).

¹⁶ Holm (2004) s. 184 f.

¹⁷ Munukka (2007) s. 62.

visa hänsyn till varandra. Det finns således anledning att ägna ett examensarbete åt frågan ifall skadebegränsningsplikten kan expanderas genom att lojalitetsplikten överbryggar den situation att sidoentreprenörerna inte är i ett avtalsförhållande och ålägga endera en skadebegränsningsplikt mot bakgrund av entreprenadrättens särpräglade karaktär.

1.2 Syfte och frågeställning

Detta examensarbete har till syfte att undersöka sidoentreprenörens skadebegränsningsansvar i en delad entreprenad. Genom besvarande av frågeställningen vill jag bidra med en analys av ett ännu outforskat ämne inom entreprenadrätten.

Givet det nämnda syftet kan följande frågeställning formuleras:

Kan en sidoentreprenör åläggas en skadebegränsningsplikt genom att lojalitetsplikten överbryggar omständigheterna att sidoentreprenören inte är direkt drabbad av skadan och inte står i ett avtalsförhållande med skadevållaren?

Frågeställningen kan även aktualiseras för andra aktörer som är kontrakterade av beställaren men inte direkt drabbade av skadan. Förevarande frågeställning kan möjligen äga tillämpning på projekt utanför entreprenadrättens område där liknande karaktärsdrag återfinns. Framställningen kan således tjäna ett bredare syfte.

1.3 Avgränsningar

En hel uppsats hade kunnat ägnas åt såväl lojalitetsplikten som skadebegränsningsplikten. Att grundligt utforska plikternas förenlighet för att sedan applicera dem i en viss given entreprenadrättslig situation förefaller därför, inom ramen för detta examensarbete, tämligen snävt. Någon uttömmande redogörelse för samtliga teorier och tankeströmningar kommer inte presenteras med beaktande av examensarbetets omfattning. Det finns således anledning att ägna förevarande avsnitt åt klargörande av de avgränsningar som görs.

Framställningen utgår från att AB 04 införlivats mellan parterna. Eftersom även konsumententreprenader är kommersiella avses i detta examensarbete enbart sådana avtal där båda parter är näringsidkare. Framställningen fokuserar således inte på så konsumententreprenader där beställaren är en privatperson. Detta får till följd att konsumenttjänstlagen (1985:716) respektive konsumentköplagen (2022:260) lämpar sig mindre bra som hjälpmedel för besvarande av uppsatsens frågeställning. Eftersom lagarna innehåller regler till skydd för den svagare parten, konsumenten, har andra avvägningar gjorts i såväl förarbeten som vid författande av lagtext. I

exempelvis propositionen till köplagen respektive konsumentköplagen betonas de stora skillnader som ligger till grund för respektive lags tillämpningsområde.¹⁸

Frågan om AB 04 utgör handelsbruk blir aktuell att ta ställning till först i de fall då parterna underlåtit att åberopa avtalet. Eftersom denna framställning utgår från att AB 04 utgör kontraktshandling mellan parterna berörs frågan således inte.¹⁹ Utgångspunkten är att AB 04 är bindande för parterna.

Allmänna bestämmelser tillämpas nästan uteslutande vid kommersiella entreprenader i Sverige.²⁰ Det finns ytterligare standardavtal än AB 04.²¹ Emellertid är bestämmelserna i AB 04 skrivna med utgångspunkt i delad entreprenad vilket denna framställning utgår från.²² Framställningen har således sin utgångspunkt i AB 04. Övriga standardavtal inom Allmänna bestämmelser såsom exempelvis Allmänna bestämmelser för totalentreprenader avseende byggnads-, anläggnings- och installationsentreprenader (ABT 06) lämnas därhän. Till följd av AB 04:s starka ställning följer att de slutsatser som kan dras därav också torde kunna återspegla vad som gäller samtliga kommersiella entreprenader. Det bör också nämnas att AB 04 och ABT 06 i många avseenden är överensstämmande. Mycket av det som behandlas i uppsatsen torde således ha bäring även i fall av totalentreprenader.

Eftersom framställningen inte syftar till att redogöra för tolkning av avtal i allmänhet utan snarare tolkning av entreprenadavtal kommer någon redogörelse av de lagregler som finns för avtalstolkning inte att redogöras för. Inte heller tar framställningen sikte på avtals ingående.

Examensarbetets frågeställning gränsar till utomobligatoriska förhållanden. Emellertid har frågeställningen valts att besvaras utifrån ett inomobligatoriskt perspektiv. Detta motiveras av den indirekta avtalsrelation som sidoentreprenörer sinsemellan befinner sig i samt att sidentreprenörerna samverkar under kontraktslikande förhållanden.

Enligt 70 § köplagen utgår ersättning för skadebegränsande åtgärder som varit skäliga. På grund av lagens indelning i direkta respektive indirekta förluster kan viss problematik uppstå vid utredning av rätten till ersättning. Denna problematik ligger emellertid utanför ramen för detta examensarbete eftersom

¹⁸ Jfr. prop. 1989/90:89 s. 156 f. och prop. 1988/89:76 s. 206 f.

¹⁹ Se exempelvis Bernitz (2018) s. 42 och s. 60, Ramberg (2005) s. 66 f. och Samuelsson (2011) s. 53 ff. angående frågan om Allmänna bestämmelser utgör handelsbruk.

²⁰ Ingvarson & Utterström (2015a) s. 260.

²¹ Se exempelvis Samuelsson (2022) s. 17, not. 1 för en fullständig redogörelse av standardavtalen som tillhör Allmänna bestämmelser.

²² Ingvarson & Utterström (2015a) s. 260.

detta inte inverkar på skadebegränsningsplikten som sådan och inte heller dess relation till lojalitetsplikten eller entreprenadrätten.²³

Till följd av AB 04:s detaljriktedom kan samtliga regler som underbyggs av lojalitetsskäl inte låta sig beskrivas inom ramen för detta examensarbete. Ett urval av de bestämmelser som lämpar sig bäst för besvarande av examensarbetets frågeställning har därför valts ut.

Fastän lojalitetspliktens stärkta ställning till viss del kan motiveras av att plikten numera länkas samman med artiklarna i Principles of European Contract Law (PECL) respektive International Institute for the Unification of Private Law (UNIDROIT) vilka innehåller stadganden om *good faith* kommer framställningen inte beröra dessa artiklar.²⁴

United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) är tillämplig vid köp där parterna återfinns i olika länder. Artikel 77 i CISG motsvarar bestämmelsen i 70 § köplagen. Vid utformandet av nu gällande köplag togs stor hänsyn till CISG.²⁵ Emellertid behandlar denna framställning inte köp där parterna återfinns i olika länder varför CISG inte ägnats något utrymme.

Framtagandet av Draft Common Frame of Reference (DCFR) hade som syfte att sammanfatta den europeiska avtalsrätten.²⁶ Det föreligger avsevärda skillnader mellan den svenska avtalsrätten och DCFR. DCFR har utmynnat i regler för hur avtalstolkning ska ske medan svensk rätt och avtalsrätten i synnerhet utvecklats genom praxis, allmänna principer och analogier.²⁷ DCFR, som kan liknas vid en referensram, har inte ställning som en rättskälla i svensk rätt utan får snarare betraktas som *soft law* vilket inte är rättsligt bindande.²⁸ Endast i ett fåtal avgöranden från Högsta domstolen har DCFR omnämnts.²⁹ Mot denna bakgrund har DCFR inte ägnats något utrymme i detta examensarbete.

Avslutningsvis har framställningen varit tvungen att begränsas till att avse sådant material som funnits tillgängligt vid uppsatsförfattandets första period. Material är så långt möjligt beaktat till och med september 2022.

²³ Se exempelvis Herre (1996) s. 683, Håstad (2022) s. 197 ff., Herre & Ramberg (2021) 67 § köplagen, avsnitt 15.2.3 och prop. 1988/89:76 s. 48 för vidare läsning om direkta och indirekta förluster.

²⁴ Jfr. artikel 1.7 i UNIDROIT och artikel 1:201 i PECL.

²⁵ Herre (1996) s. 47.

²⁶ Herre (2012) s. 933 f.

²⁷ Samuelsson (2012) s. 968.

²⁸ Flodgren (2016) s. 34.

²⁹ Jfr. exempelvis "Reseföretagsrepresentanten" NJA 2013 s. 659, NJA 2011 s. 600, NJA 2010 s. 629 och NJA 2009 s. 672.

1.4 Metod och material

Framställningen kan, ur ett metodologiskt perspektiv, sägas innefatta två beståndsdelar. Framställningens första del, vilken undersöker och systematiserar gällande rätt samt framställningens andra del, vilken analyserar och utvärderar innehållet i densamma. Emellertid integreras dessa delar med varandra och löper parallellt genom framställningen.

För uppnående av framställningens syfte, nämligen att fastställa gällande rätt givet en viss situation, har en traditionell rättsvetenskaplig undersökning legat till grund för arbetsmetoden i framställningens första del. Rättsdogmatisk metod har därför tillämpats. Metoden utgår från de allmänt accepterade rättskällorna; lagstiftning, förarbeten, rättspraxis samt doktrin. Rättskällorna studeras i syfte att utreda gällande rätt och för att kritiskt granska densamma.³⁰

Efter fastställande av gällande rätt övergår framställningen till en analys av innehållet i densamma. Här rekonstrueras rättens innehåll med fokus på att besvara uppsatsens kärnfråga.³¹ Analysen utgår från att rätten utgör ett system där de antaganden som görs ämnar passa in i detta system.³² Eftersom framställningen innehåller en löpande analys är avsikten att värderingar redovisas tydligt samt att de underbyggs av framställningens tidigare delar.³³

I uppsatsen undersöks lojalitetsplikts rättsliga innebörd och självständighet i svensk rätt. Fastän plikten får anses vara ett etablerat rättsligt begrepp förekommer lojalitetsplikten inte i lagtext.³⁴ Högsta domstolens hänvisningar till plikten har under de senaste decennierna ökat. Rättspraxis har därför utgjort den främsta rättskällan för att fastställa gällande rätt avseende lojalitetsplikten. Ändock får det konstateras att det inte går att med helt traditionella grepp fastställa gällande rätt beträffande plikten. Nyttjandet av kontraktetsrättslig litteratur för undersökande av hur begreppet definieras och sedermera placeras in i svensk rätt är således motiverat. En begreppsanalytisk metod här således tillämpats avseende avsnittet som rör lojalitetsplikten. Denna metod syftar till att utreda innebörden samt användningen av ett visst begrepp.³⁵ Här har i huvudsak Munukka avhandling om kontraktuell lojalitetsplikt³⁶ fått tjäna som utgångspunkt. Detta motiveras av att Munukas avhandling är det mest omfattande moderna verket inom området. I frågor där det råder delade meningar har även andra författare beaktats.³⁷

³⁰ Sandgren (2015) s. 40 ff.; Nääv & Zamboni (2018) s. 21.

³¹ Se avsnitt 1.2.

³² Kaldal & Sjöberg (2018) s. 13 f.

³³ Ibid, s. 18.

³⁴ Munukka (2007) s. 62.

³⁵ Bergström & Boréus (2012) s. 178.

³⁶ Munukka (2007).

³⁷ Se exempelvis Ramberg & Ramberg (2022) och Samuelsson (2022).

Lojalitetsplikten såsom rättsligt begrepp är inte entydigt. Anläggandet av ett mer övergripande samhällsorienterat perspektiv på lojalitetsplikten anses därför motiverat avseende denna framställning. Perspektivet sträcker sig således utöver *de lege lata*. Med detta synsätt finns en förhoppning om att besvara frågor om lojalitetspliktens funktion samt att närmare precisera dess omfattning och betydelse för civilrätten, särskilt inom entreprenadrätten.

Eftersom framställningen ger en historisk introduktion till entreprenadrätten, skadebegränsningsplikten samt lojalitetsplikten präglas framställningen även av ett rättshistoriskt perspektiv.

Avseende de i framställningen refererade avgöranden från Högsta domstolen bör följande understrykas. Referaten får närmast liknas vid ett koncentrat där omständigheterna renodlats till att beröra de för uppsatsen relevanta delarna. Referaten ska således inte på något vis uppfattas som en fullständig redogörelse för samtliga juridiska frågeställningar eller omständigheter i målen. Rättsfallen har analyserats och studerats tillsammans med eventuella kommentarer i den rättsvetenskapliga litteraturen, främst mot bakgrund av entreprenadrätten, för att följa rättsutvecklingen på området avseende lojalitetsplikten.

Eftersom kommersiella entreprenadavtal inte är reglerade i lag har utredningen i denna del bestått i en genomgång av doktrin samt av bestämmelser i och kommentarstexter till standardavtalet AB 04. Fastän somliga rättsvetenskapliga författare hävdar att AB 04 går att jämföra med lag utgör AB 04 ett standardavtal. En bestämmelse i avtalet utgör således inte en rättsregel.

1.5 Forskningsläge

Avseende såväl skadebegränsningsplikten som lojalitetsplikten finns relativt mycket forskning att tillgå. Emellertid framstår sammansättningen av de två plikterna på en situation inom entreprenadrättens område som outhärdad.

Beträffande skadebegränsningsplikten finns omfattande material att tillgå. Johnny Herre och Jan Rambergs *Köplagen : En kommentar* samt Jan Hellners många verk har utgjort utgångspunkten för denna framställning rörande skadebegränsningsplikten.

Eftersom lojalitetsplikten i stort sett endast förekommer i doktrin har stor uppmärksamhet riktats mot den rättsvetenskapliga litteraturen. Inom området har fyra svenska avhandlingar författats; Anders Holms *Den avtalsgrundande lojalitetsplikten – en allmän rättsprincip* från år 2004, Sacharias Votinius *Varandra som vänner och fiender* från samma år, Erika P. Björkdahls *Lojalitet och kontraktliknande förhållanden* från år 2007 samt Jori Munukkas *Kontraktuell lojalitetsplikt* från samma år. Avhandlingarna, samt

däri angivna hänvisningar till ytterligare litteratur och rättspraxis inom området, har legat till grund för begreppsbildningen och verkat som utgångspunkter vid författandet av denna framställning beträffande lojalitetsplikten.

Munukkas respektive Holms avhandlingar inom området har tillämpats mest frekvent. Detta motiveras genom att avhandlingarna bidragit till uppfyllandet av syftet såväl som frågeställningen i störst utsträckning. Därtill kan avhandlingarna kontrasteras mot varandra för att vidga framställningens perspektiv och analytiska delar på ett mer tillfredsställande vis.

Eftersom kommersiella entreprenadavtal inte är lagreglerat har ledning fått sökas i praxis samt en genomgång av doktrin vid författandet av avsnittet entreprenadrätt. Per Samuelssons *AB 04 : en kommentar* samt *Entreprenadavtal. Särskilt om ändrade förhållanden* har varit centrala vid författandet av de entreprenadrättsliga delarna av detta examensarbete. Munukka ger emellertid uttryck för lojalitetspliktens existens och har därför fått agera som motpol till Samuelsson som i sitt verk från 2011 ifrågasätter funktionen samt existensen av en allmän lojalitetsplikt. Det ska i sammanhanget poängteras att de år som förflutit sedan respektive verk författats kan ha föranlett såväl Samuelsson som Munukka att omvärdera sin syn på lojalitetspliktens funktion och existens.

1.6 Disposition

Detta examensarbete är indelat i fem kapitel. Framställningen är disponerad på så vis att analysen presenteras löpande. Ett särskilt kapitel har således inte avsatts för analys. Detta motiveras av att nu valda disposition främjar en mer djupgående analys samt undvikande av upprepningar eftersom framställningens deskriptiva delar redan är av analytisk karaktär. Vidare kan tyngdpunkt läggas vid uppsatsens kärnfråga.

Efter uppsatsens inledande kapitel följer *kapitel två* med en introduktion till entreprenadrätten där tonvikt läggs vid entreprenadavtalet AB 04. Kapitlet övergår sedan till att beskriva bland annat samverkan, samordning och underrättelseskyldigheter i entreprenader. Kapitlet avslutas med en utredning av skadebegränsningsplikten respektive lojalitetsplikten i ljuset av AB 04.

I framställningens *tredje kapitel* placeras skadebegränsningsplikten in i svensk rätt där pliktens ansvarsgränser och närmare innebörd fastslås. Vidare redogörs för skadebegränsningsplikten som en allmän kontraktsrättslig princip. I avsnittet läggs tonvikt vid köplagen.

I uppsatsens *fjärde kapitel* undersöks lojalitetspliktens omfattning med fastställande av dess bärighet i svensk rätt. Kapitlet avslutas med en genomgång av praxis där lojalitetsplikten behandlats.

Framställningens avslutande del, *kapitel fem*, ägnas åt en sammanfattande analys och slutsats vari framställningens frågeställning besvaras.

2 ENTREPRENADRÄTT

2.1 Inledning

Någon vedertagen och enhetlig definition av entreprenadrätten finns ännu inte.³⁸ Detta avsnitt har därför till syfte att redogöra för några av de uppfattningar och åsikter som associeras med begreppet entreprenadrätt. Vidare ämnar avsnittet utreda hur skadebegränsningsplikten respektive lojalitetsplikten får sin plats inom entreprenadrätten.

2.2 Entreprenad

Materiella uppdragsavtal karakteriseras av att en uppdragstagare utför arbete på, eller på annat sätt hanterar annans egendom.³⁹ Det förekommer även immateriella uppdragsavtal vilka åtskiljs från de materiella genom att det förstnämnda saknar fysisk anknytning till ett föremål.⁴⁰ Entreprenader utgör en underkategori till materiella uppdragsavtal.⁴¹ Entreprenader kan i sin tur indelas i ytterligare underkategorier. Entreprenad av byggnader och installationer utgör en sådan underkategori och utgör utgångspunkten för vad som avses med entreprenad i detta examensarbete.

I doktrinen har flertalet ansatser gjorts för att försöka definiera begreppet entreprenad. Någon uttömmande redogörelse av dessa definitioner och skillnaderna däremellan bereds däremot inte utrymme för i denna framställning. Ett urval av de framförda uppfattningar avseende vad begreppet entreprenad omfattar och syftar till ska dock kort lyftas fram.

Hellner skriver att entreprenad avser större byggnadsarbeten, inklusive anläggningsarbeten vilka regleras genom Allmänna bestämmelser.⁴² Vidare anser Hellner att Allmänna bestämmelser är att likna en lag för byggnads- och anläggningsindustrin.⁴³ Christina Ramberg definierar entreprenad som en tjänst bestående i att den ena avtalsparten låter den andra avtalsparten uppföra ett nytt objekt såsom exempelvis en byggnad alternativt en båt, eller utförande av arbete på befintlig sak såsom exempelvis en tillbyggnad eller fordon.⁴⁴

De två definitionerna kan konstateras skilja sig åt avsevärt. Hellner ger uttryck för att entreprenad endast regleras genom Allmänna bestämmelser medan Ramberg skriver att entreprenad inte ska begränsas såsom Hellner

³⁸ Deli (2017) s. 14.

³⁹ Hellner m.fl. (2019) s. 231.

⁴⁰ Ibid.

⁴¹ Hellner m.fl. (2019) s. 140.

⁴² Ibid, s. 135.

⁴³ Ibid, s. 140.

⁴⁴ Ramberg (2005) s. 63.

förespråkar. Därtill anför Ramberg att entreprenader omfattar arbete på befintlig sak och inte bara byggnads- och anläggningsarbeten som Hellner ger uttryck för. Fastän Allmänna bestämmelser som entreprenadavtal får anses vara det dominerande avtalet inom entreprenadbranschen torde en entreprenad kunna föreligga även om avtalsparterna tillämpar ett egenhändigt avtal eller ett annat standardavtal. För denna framställnings vidkommande förstås med begreppet entreprenad utförande av byggnads- och anläggningsarbeten där avtalsparterna utgörs av två näringsidkare. Vidare förstås begreppet entreprenad inte som något som är exklusivt för Allmänna bestämmelser.

2.3 Upphandlings- och entreprenadformer

En åtskillnad mellan begreppen upphandlingsformer och entreprenadformer kommer i det följande att förklaras mer ingående.

Upphandlingsformer återverkar bland annat på vem som svarar för den tidsmässiga samordningen av olika entreprenörers och uppdragstagares arbetsinsatser.⁴⁵

I Sverige finns det två grundläggande entreprenadformer, utförandeentreprenad respektive totalentreprenad.⁴⁶ Avgörande för klassificeringen av entreprenadform är vem av parterna som bär huvudansvaret för projektering. Denna klassificering är dock grovt skisserad, mellanformer och andra varianter av ansvarsfördelningar förekommer.⁴⁷

I en *totalentreprenad* ansvarar entreprenören för såväl projektering som utförande av arbetena. Entreprenören har därmed ansvar för framtagande av tekniska lösningar samt ett funktionsansvar för det som levereras. Inom ramen för sitt åtagande har således entreprenören, utöver själva utförandet av arbetet, att ansvara för den planerade användning som beställaren har redovisat för entreprenören. Detta kan beskrivas som att objektet ska vara lämpligt för sitt ändamål.⁴⁸ För totalentreprenader utgör ABT 06 ett etablerat standardavtal för kommersiella entreprenadkontrakt i Sverige.⁴⁹

Utförandeentreprenader förstås enligt begreppsbestämningarna i AB 04 som ”entreprenad eller del av entreprenad där beställaren svarar för projektering och entreprenören svarar för utförande”.⁵⁰ I förhållande till en

⁴⁵ Samuelsson (2022) s. 32 f.

⁴⁶ Deli (2017) s. 20.

⁴⁷ Samuelsson (2022) s. 32.

⁴⁸ Deli (2017) s. 20 f.

⁴⁹ Ibid, s. 17.

⁵⁰ Samuelsson (2022) s. 4.

totalentreprenad är entreprenörens ansvar inskränkt till utförande av det arbetet som beskrivs i de av beställaren tillhandahållna handlingar. Entreprenören har således inget funktionsansvar utan endast ansvar för utförandet i en utförandeentreprenad. Skillnaden mellan de båda entreprenadformerna kan beskrivas som en grundläggande skillnad i omfattningen av entreprenörens åtaganden.⁵¹

Delad entreprenad respektive generalentreprenad utgör de två grundläggande upphandlingsformerna inom entreprenadrätten.⁵² Det finns ett flertal varianter på de nu nämnda huvudsakliga upphandlingsformerna vilka däremot inte kommer behandlas närmare inom ramen för denna framställning.

En *generalentreprenad* föreligger när beställaren upphandlar med en entreprenör som blir en så kallad generalentreprenör. Generalentreprenören upphandlar sedan övriga entreprenörer inom erforderliga fackområden. Entreprenörerna blir underentreprenörer till generalentreprenören och sidoentreprenörer i förhållande till varandra.⁵³

En *delad entreprenad* föreligger när beställaren upphandlar och är avtalspart till samtliga erforderliga fackentreprenörer. Dessa entreprenörer blir sinsemellan sidoentreprenörer.⁵⁴ Eftersom bestämmelserna i AB 04 är skrivna med utgångspunkt i en delad entreprenad faller det sig således naturligt att denna framställning har samma utgångspunkt.⁵⁵

2.4 Distinktion mellan skada och fel i entreprenad

Begreppen fel respektive skada kan ibland sammanblandas fastän reglerna om ansvaret kan skilja sig åt. För främjande av framställningens syfte samt besvarande av frågeställningen är det av vikt att begreppen hålls isär. Detta avsnitt kommer således ägnas åt att kort redogöra för skillnaden mellan skada respektive fel i entreprenad.

Begreppet *fel* är begreppsbestämt i AB 04 där det stadgas att fel utgör ”avvikelse som innebär att del av en entreprenad inte utförts alls eller inte utförts på kontraktensligt sätt.”⁵⁶ För att konstatera om fel i entreprenaden föreligger används ett särskilt förfarande inom byggsektorn, närmare bestämt, besiktning. Det förekommer flera olika slags besiktningar men den mest

⁵¹ Deli (2017) s. 20 ff.

⁵² Ibid.

⁵³ Deli (2017) s. 20.

⁵⁴ Ibid.

⁵⁵ Se förordet till AB 04.

⁵⁶ Samuelsson (2022) s. 4.

betydelsefulla är slutbesiktningen vilken sker då entreprenaden färdigställts. Besiktningen genomförs med syftet att fastställa om entreprenören presterat det som denne åtagit sig enligt entreprenadavtalet, annorlunda uttryckt, om det finns några fel i entreprenaden.⁵⁷ Entreprenören är ansvarig gentemot beställaren för fel i entreprenaden.⁵⁸ Av AB 04 kap. 5 § 17 går att utläsa att entreprenören är skyldig att avhjälpa vad som i besiktningsutlåtandet antecknats utgöra fel.

En *skada* på entreprenaden som inträffat under entreprenadtiden och som inte åtgärdas och därmed kvarstår vid slutbesiktningen kan framstå som ett fel och till följd av detta behandlas som ett fel vid slutbesiktningen.⁵⁹

I AB 04 kap. 5 § 1 gäller som huvudregel⁶⁰ att entreprenören ansvarar för skador på entreprenaden under entreprenadtiden, det vill säga, fram tills slutbesiktning.⁶¹ Entreprenören är nämligen ansvarig ”för skada på ej avlämnad del av entreprenaden”.⁶² Skador är vanligt förekommande i ett entreprenadförhållande. Med skador avses exempelvis brand eller vattensador på grund av brott på vattenledning alternativt att någon glömt att dra åt alla kopplingar innan vattentrycket släpps på.⁶³

Sammanfattningsvis kan konstateras att de två begreppen skiljer sig åt avseende tidpunkten för när fel respektive skada upptäcks. Fel, enligt AB 04, uppkommer då besiktning har utförts och besiktningsmannen antecknat felet i besiktningsutlåtandet. Skada uppkommer emellertid under entreprenadtiden, alltså före avlämnandet av entreprenaden.

2.5 Särskilt om AB 04

Entreprenadavtal innebär avtal om uppförande av byggnad eller annan fast anläggning på mark eller i vatten. Av 2 § köplagen undantas emellertid särskilt sådana avtal.⁶⁴ Samuelsson menar att begreppet entreprenadavtal ska förstås enligt följande: ”entreprenadavtal är sådana avtal där den ena parten (entreprenören) åtar sig att inom angiven tid utföra vissa avtalade bygg- och anläggningsarbeten och där den andra parten (beställaren) är tillförsäkrad en

⁵⁷ Liman m.fl. (2016) s. 158.

⁵⁸ Ibid, s. 163.

⁵⁹ Ibid, s. 178.

⁶⁰ Från huvudregeln görs emellertid undantag. Av AB 04 kap. 5 § 1 andra stycket stadgas att entreprenören inte ansvarar för skada som beror på beställaren. Undantag görs även från särskilda skadetyper vilka är av force majeure karaktär såsom krig, terrorhandling, uppror, naturkatastrof eller liknande omständighet vilket framgår av AB 04 kap. 5 § 1 tredje stycket.

⁶¹ Liman m.fl. (2016) s. 179.

⁶² AB 04 kap. 5 § 1.

⁶³ Liman m.fl. (2016) s. 179.

⁶⁴ Prop. 1988/89:76 s. 63 f.

rättslig kompetens att fortlöpande ändra motpartens åtagande under avtalets löptid (ändringsbefogenhet).”⁶⁵

Sedan en lång tid tillbaka har den svenska entreprenadbranschen varit starkt standardavtalsreglerad.⁶⁶ Lagstiftaren har valt att inte särskilt reglera kommersiella entreprenadavtal i lag.⁶⁷ Från en rättspolitisk synvinkel framhålls förskjutningen av riskfördelningen mellan avtalsparterna i förhållande till vad som hade gällt enligt den dispositiva rätten som det mest fundamentala syftet med standardavtal.⁶⁸

Det faktum att det saknas specifik lagstiftning som tar sikte på kommersiella entreprenader har medfört att företrädare för bygg- och anläggningsbranschen låtit utarbeta standardavtal som är avsedda att utgöra ett vägledande, och bindande i de fall då standardavtalet åberopas, regelverk i entreprenadförhållanden. Entreprenadrätten får i hög grad sin rättsliga normering genom standardavtal.⁶⁹ Allmänna bestämmelser är utarbetade av Föreningen Byggandets Kontraktskommitté (BKK). BKK är en ideell förening bestående av företrädare från i stort sett samtliga aktörer inom byggsektorn.⁷⁰

Allmänna bestämmelser utgör så kallade *agreed documents*. Detta innebär att avtalen är ett resultat av förhandlingar och kompromisser mellan olika branschorganisationer inom BKK.⁷¹ Avsikten med Allmänna bestämmelser har varit att tillvarata de olika parternas intressen, skapa en rimlig balans mellan avtalsparterna genom främjandet av en optimal riskfördelning samt att främja en sund kostnadseffektivitet.⁷² Allmänna bestämmelser kan konstateras vara av stor betydelse för bygg- och anläggningssektorn.

Att Allmänna bestämmelser utgör ett så kallat *agreed document* innebär att avtalsvillkoren på ett bättre sätt kan antas balansera entreprenören respektive beställarens intressen än vad som varit fallet om standardavtalet upprättats ensidigt utav någon av parterna.⁷³ Det kan riktas viss kritik mot detta antagande som i viss mån antyder att Allmänna bestämmelser utgör någon form av idealistiskt standardavtal där samtliga aktörer inom byggbranschen fått gehör för sin uppfattning. Så torde inte vara fallet. Allmänna bestämmelser kanske snarare utgör resultatet av förhandlingar där risker kalkylerats för att respektive part ska kunna sätta ett pris på det risktagande som part bär. Detta innebär att aktörerna med störst ekonomisk kapacitet har

⁶⁵ Samuelsson (2011) s. 17.

⁶⁶ Munukka (2007) s. 380.

⁶⁷ Ingvarson & Utterström (2015b) s. 258.

⁶⁸ Bernitz (2018) s. 24.

⁶⁹ Deli (2017) s. 15.

⁷⁰ Bernitz (2018) s. 32.

⁷¹ Ramberg & Ramberg (2022) s. 173 f.; Deli (2017) s. 15.

⁷² Ingvarson & Utterström (2015b) s. 260.

⁷³ Ibid.

kunnat kalkylera med större risker och således erhållit en mer förmånlig och inflytelserik position vid förhandlingsbordet. Somliga aktörer kanske inte alls haft någon plats vid samma bord.

Allmänna bestämmelser utgör en samlad benämning på standardavtal vilka är utformade enligt samma grundläggande struktur.⁷⁴ Av standardavtalen utgör AB 04 och ABT 06 ledande standardavtal vilka i branschen närmast fått en ställning som i vissa avseenden kan jämföras med lag.⁷⁵

Det anses brukligt att låta AB 04 respektive ABT 06 representera två olika entreprenadformer, nämligen utförandeentreprenader och totalentreprenader. ABT 06 är utformat så att entreprenören bär ansvaret för projektering samt funktion. AB 04, som är den senast publicerade bestämmelsen för utförandeentreprenader vilken också denna framställning fokuserar på, är utformat så att beställaren bär ansvaret för projektering samt funktion.⁷⁶

Avtalet AB 04 är, likt dess föregångare⁷⁷, framtaget efter förhandlingar inom BKK.⁷⁸ AB 04 består av avtalsnormer för rättsförhållandet mellan en entreprenör och en beställare.⁷⁹ Enligt förordet till AB 04 syftar avtalet till att åstadkomma en ekonomiskt optimal riskfördelning mellan parterna genom skapandet av en rimlig balans av rättigheter och skyldigheter.⁸⁰ Till beställarens huvudförpliktelser enligt AB 04 ingår att svara för projekteringen samt att betala för beställda och kontraktsevenligt utförda arbeten på entreprenaden.⁸¹

Allmänna bestämmelser måste, för att bli tillämpligt mellan parterna, införlivas.⁸² Vid avsaknad av avtalstext får ledning sökas i allmänna avtalsrättsliga principer vari en svårighet att fastslå vad som utgör sådana principer åligger domstolen eller skiljenämnden.⁸³ Ur bestämmelser i främst köplagen men även konsumenttjänstlagen kan analogislut hämtas.⁸⁴

⁷⁴ Samuelsson (2022) s. 27.

⁷⁵ Ingvarson & Utterström (2015b) s. 258; Samuelsson (2022) s. 32.

⁷⁶ Samuelsson (2022) s. 32.

⁷⁷ AB 54, AB 65, AB 72 och AB 92.

⁷⁸ Samuelsson (2022) s. 21.

⁷⁹ Ibid, s. 41.

⁸⁰ Se förordet till AB 04.

⁸¹ Samuelsson (2022) s. 21.

⁸² Ibid, s. 36.

⁸³ Ramberg (2005) s. 66 f.

⁸⁴ Ramberg (2005) s. 66 f.; jfr. avsnitt 2.5, viss försiktighet bör iakttagas vid analogislut till konsumenttjänstlagen.

2.6 Entreprenadrättens särpräglade karaktär

Det finns en stor tillgång på rättsvetenskaplig litteratur, artiklar och studentuppsatser att tillgå vilka redogör för entreprenadrättens särpräglade karaktär på så vis som Högsta domstolen uttryckt sig i en rad prejudicerande avgöranden. I ett flertal rättsfall har domstolen uttalat sig om att entreprenadavtalet har särskilda karaktärsdrag eftersom avtalet som regel avser omfattande, komplicerat och långsiktigt arbete med flera inblandade parter till skillnad från exempelvis ett köp.⁸⁵

I syfte att undvika onödig upprepning finns således ingen anledning att grundligt redogöra för densamma i denna framställning.⁸⁶ Fokus har därför lagts vid att försöka sammanfoga entreprenadrätten i en viss given situation med skadebegränsningsplikten respektive lojalitetsplikten på så vis som problematiserats i uppsatsens avsnitt 1.2. Något kort måste ändå sägas om entreprenadrättens särpräglade karaktär och entreprenadavtalets särdrag i allmänhet.

I 2 § köplagen stadgas uttryckligen att lagen inte gäller för uppförande av byggnad eller annan fast anläggning på mark eller i vatten. Enligt propositionen till köplagen framgår att lagens regler är mindre lämpade för att reglera entreprenadavtal varför en avgränsning av lagens tillämpningsområde gjorts i förhållande till just kommersiella entreprenader.⁸⁷ Denna avgränsning kan motiveras av att det vid entreprenadavtal är själva utförandet som står i centrum och inte överförandet av äganderätten till ett föremål, till skillnad från vid ett karakteristiskt köp.⁸⁸

Högsta domstolen har emellertid uttalat sig i flertalet avgöranden att vid tolkning av avtal får ledning sökas i allmänna obligationsrättsliga principer och vad som gäller för närliggande avtalstyper vid utrönandet av tillämplig dispositiv rätt. Köplagen betonas som av särskilt intresse.⁸⁹ Munukka hävdar dock att en entreprenad kan jämföras med ett köp på så vis att det rör sig om en engångsprestation med en klart bestämd slutpunkt, nämligen avlämnandet. Entreprenadavtal kanske därför bäst kan karaktäriseras som ett varaktigt avtal med ett bestämt slut.⁹⁰ Munukkas tanke avseende entreprenadavtalet som ett varaktigt avtal med ett bestämt slut behöver emellertid sättas in i en bredare

⁸⁵ Se exempelvis ”Skadorna på Läckebys arbeten” NJA 2013 s. 271 p. 7 och ”Den uteblivna slutbesiktningen” NJA 2015 s. 862 p. 12.

⁸⁶ Se exempelvis Ingvarson & Utterström (2015b) om entreprenadrättens särpräglade karaktär.

⁸⁷ Prop. 1988/89:76 s. 63 f.

⁸⁸ ”Den uteblivna slutbesiktningen” NJA 2015 s. 862 p. 12.

⁸⁹ Jfr. ”Skadorna på Läckebys arbeten” NJA 2013 s. 271 p. 7, ”Det Andra Bolaget” NJA 2014 s. 960 p. 9 och ”De ingjutna rören” NJA 2018 s. 653 p. 21.

⁹⁰ Munukka (2007) s. 379.

kontext. Om Munukka syftar till tidpunkten för avlämnande av entreprenaden som entreprenadavtalets slutpunkt måste emellertid ansvarstid och garantitid beaktas.⁹¹ Möjligen kan något bestämt slut för entreprenadavtalet såsom Munukka ger uttryck för inte låta sig förklaras så enkelt.

Lag (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område (avtalslagen) från år 1915 är tillämplig även på entreprenadavtal. Lagen innehåller bland annat bestämmelser för när ett avtal kommer till stånd och när ett anbud eller en beställning blir bindande för respektive part. Det finns däremot ingen lag med särskilda regler just för kommersiella entreprenader.⁹²

Eftersom kommersiella entreprenader, i detta examensarbete, tar sikte på situationer där båda parter är näringsidkare saknar konsumenttjänstlagen tillämplighet.⁹³ I förarbetena till lagen framkommer emellertid att lagens bestämmelser i stor utsträckning bygger på vad som kan antas utgöra generellt gällande oskriven rätt inom tjänsteområdet. Bestämmelserna torde således kunna tillämpas analogt i partsförhållanden som faller utanför lagens tillämpningsområde. I sådana situationer blir det i första hand aktuellt att helt eller delvis tillämpa bestämmelserna i lagen som utfyllande bestämmelser, dispositiv rätt, i frågor som inte reglerats i avtalet parterna emellan.⁹⁴ Högsta domstolen framhåller dock att försiktighet bör iakttagas när analogisk tillämpning av konsumenttjänstlagen övervägs.⁹⁵ Domstolen förordar således en mer restriktiv tillämpning av konsumenttjänstlagen än vad lagstiftaren i förarbetena till lagen ger uttryck för. Konsumenttjänstlagen präglas av det starka skyddsintresse som lagstiftaren anser att konsumenten har gentemot näringsidkaren. Entreprenadavtalet ämnar däremot upprätthålla en mer jämbördig balans mellan två i teorin jämställda parter.

I förarbetsuttalanden till köplagen föreskrivs uttryckligen att lagen inte äger tillämpning på kommersiella entreprenader. Högsta domstolen anser likväl att det faller sig naturligt att bestämmelserna i AB 04 tolkas i ljuset av allmänna obligationsrättsliga principer och köplagens regler. Domstolen motiverar detta ställningstagande genom att AB 04 förhandlats fram med köplagen respektive allmänna obligationsrättsliga principer som grund.⁹⁶

⁹¹ Jfr. AB 04 kap. 4 §§ 7 och 8.

⁹² Deli (2017) s. 15; Liman m.fl. (2016) s. 21.

⁹³ Samuelsson (2022) s. 39.

⁹⁴ Prop. 1984/85:110, s. 142.

⁹⁵ NJA 2013 s. 1174 p. 9.

⁹⁶ Ingvarson & Utterström (2015a) s. 23.

2.6.1 Samverkan, samordning och underrättelser inom entreprenader

Konflikter är vanligt förekommande inom entreprenadbranschen eftersom olika aktörer kan uppfatta ett projekt på skilda sätt. Parter i ett kontrakt har skiftande förmåga och kunskaper om hur entreprenadprocessens många komponenter är utformade. Entreprenadbranschen utgör således en komplex och konkurrensbetonad miljö. För undvikande av tvister och för främjande av ett för båda parter gynnsamt genomförande av projektet är det av fundamental vikt att avtalsparter kommunicerar och prioriterar en lojal samverkan med sin medkontrahent. Emellertid är kommunikation kostnadsdrivande och parts vilja att engagera sig är avhängigt de ekonomiska fördelar som kan vinnas vid ett visst handlande.⁹⁷

Allmänna bestämmelser är utformade på så vis att det inte finns någon skyldighet att informera andra än parter till avtalet. Exempelvis har två sidoentreprenörer ingen informationsskyldighet gentemot varandra eftersom de inte står i något avtalsförhållande till varandra. Detta följer av huvudregeln enligt svensk rätt, *principen om avtalets subjektiva utsträckning*, nämligen att kontraktuella anspråk inte kan riktas mot annan än motparten i ett avtalsförhållande. Det kan däremot finnas en skyldighet för en sidoentreprenör att informera sin beställare om ett förhållande av betydelse för framtiden.⁹⁸ Det kan således konstateras att en sidoentreprenör, som inte är skadevållaren, har att underrätta motparten, beställaren, om ett förhållande av betydelse för framtiden. På grund av entreprenadavtalets särdrag är det tänkbart att även sidoentreprenörer skulle kunna åläggas någon form av informationsplikt gentemot varandra.

Till skillnad från många andra avtalstyper utmärker sig entreprenadavtalet i fråga om vilka samverkans- och samordningsfrågor som är fundamentala inom entreprenadrätten.⁹⁹ För entreprenadens framdrift fordras koordinering av delmoment vilka är av avgörande betydelse för att avtalet ska uppfyllas inom den avtalade tiden. Parterna i ett entreprenadavtal har därför enligt AB 04 ålagts ett antal så kallade samverkansförpliktelser.¹⁰⁰

Till följd av entreprenadbranschens särpräglade karaktär kan parterna inte förhålla sig likgiltiga i förhållande till varandra eftersom detta skulle missgynna båda parter. Det ställs därtill långtgående krav på *samverkan* mellan entreprenör och beställare. Som alternativ benämning till begreppet samverkan anser Samuelsson att begreppet lojalitet möjligen hade kunnat användas, men att begreppet samverkan ändå får anses som mer neutralt och

⁹⁷ Samuelsson (2022) s. 23.

⁹⁸ Samuelsson (2011) s. 101.

⁹⁹ Mellqvist (2013) s. 243.

¹⁰⁰ Gorton (2010) s. 155 f.; Mellqvist (2013) s. 243.

i någon utsträckning mindre vagt.¹⁰¹ Den åsikt som Samuelsson ger uttryck för kan få visst medhåll då begreppet samverkan är ett återkommande begrepp i AB 04 och borde lättare kunna definieras därigenom. Vidare ställer AB 04 upp ett antal ömsesidiga underrättelseskyldigheter¹⁰² för att försöka åstadkomma ett samarbetsinriktat beteende. Emellertid framstår lojalitetsplikten, såsom den kommer till uttryck i AB 04, som partsneutral och skulle möjligen kunna tillämpas på lika goda skäl om plikten låter sig definieras närmare.

Beträffande samverkansförpliktelser i förhållande till lojalitetsplikten anför Samuelsson att samverkansförpliktelser, liksom avtalet i övrigt, får tolkas i ljuset av att Allmänna bestämmelser bygger på grundsatsen att avtalsregleringen syftar till en ekonomiskt optimal riskfördelning. Att tala om en allmän lojalitetsplikt som är överordnad entreprenadförhållanden och på den grunden framhäva ett gemensamt syfte, för att därigenom tona ner värdet av det individuella partsintresset anser Samuelsson är felaktigt. Förvisso genomsyras avtal mellan näringsidkare av idén om ekonomisk rationalitet inom ramen för en allmän avtalsfrihet. Emellertid kan den allmänna lojalitetsplikten vara oförenlig med en sådan.¹⁰³

Olika samverkansförpliktelser kan förstås som att tanken förflyttas från vad vardera avtalsparten har att uppfylla till vad som måste utföras för att genomföra avtalet, alltså att komma så nära det gemensamma målet under så drägliga betingelser som möjligt. Tyngdpunkten för vad som utgör en formell prestation, eller en uppfylld prestation, förflyttas således till en mer kontextuell bedömning.

Samordning av en entreprenad kan sägas ge uttryck för att samtliga medverkande entreprenörers arbetsinsatser fortlöpande ska fasas in och kombineras med övriga medverkande på det mest rationella och effektiva sättet. Till följd av målsättningen att färdigställa en funktionsduglig anläggning eller byggnad med en genomgående optimering av tid, kostnad och kvalitet innebär detta att entreprenörer sällan kan utföra sina arbeten oberoende av vad som i övrigt pågår inom ramen för entreprenadens framdrift. Entreprenören är således underkastad att påbörja sina arbeten utan att kunna avsluta densamma innan andra arbeten utförts. Inte sällan tvingas entreprenören förhålla sig till och acceptera andra starttider än vad entreprenören själv hade önskat. Samordning kan konstateras syfta till att minimera riskerna för att målsättningen inte uppfylls, nämligen optimering av parametrarna tid, kostnad och kvalitet.¹⁰⁴ Samordningsrätten ådrar

¹⁰¹ Samuelsson (2011) s. 89.

¹⁰² Se exempelvis AB 04 kap. 2 § 9.

¹⁰³ Samuelsson (2011) s. 95.

¹⁰⁴ Samuelsson (2011) s. 109 f.

emellertid inte beställaren några ökade kostnader medan ändringar ofta innebär kostnadsökningar.¹⁰⁵

För beställarens vidkommande utgör samordningsansvaret i AB 04 kap. 3 § 9 det mest betydelsefulla.¹⁰⁶ Bestämmelsen tar uteslutande fasta på att den övergripande samordningen av beställarens egna arbeten samordnas med övriga kontraktsparter.¹⁰⁷ I bestämmelsen stipuleras ett presumtionsansvar med innebörden att beställaren svarar för att dennes egna arbeten samordnas med entreprenörens, sidoentreprenörernas och att deras arbeten i sin tur samordnas med varandra.¹⁰⁸ Det är emellertid inte ovanligt att beställaren genom avtal överlåter samordningen på byggarbetsplatsen till byggentreprenören.¹⁰⁹

För samordningsansvarets vidkommande är det tidselementet som åsyftas, alltså när något ska utföras och inte hur. I bestämmelsens sista mening stadgas att arbetena i möjlig utsträckning ska utföras så att de inte hindrar någon annans arbete.¹¹⁰ Bestämmelsen riktar sig till alla som utför arbeten i entreprenaden. Bestämmelsens ordalydelse ger uttryck för att part är förpliktigad att utföra sitt arbete så att det medför minsta möjliga störning för andra som utför arbeten i entreprenaden. Om part inte medverkar på det sätt som bestämmelsen fordrar kan detta utgöra ett kontraktsbrott med ersättningsskyldighet som följd.¹¹¹ Av AB 04 kap. 4 § 4, vilken är av betydelse i detta sammanhang, föreskrivs en ömsesidig underrättelseskyldighet om hinder. Bestämmelsen ålägger båda parter att utan dröjsmål underrätta motparten om förhållanden som part insett eller borde insett skulle medföra rubbning av tidplanen eller försening av entreprenaden. Emellertid fordrar bestämmelsen inte att part agerar i preventivt syfte.¹¹²

Hur omfattande justeringar som AB 04 kap. 3 § 9 medger är oklart, däremot borde det inte vara tal om något annat än mindre justeringar i syfte att optimera ett arbetsflöde såsom exempelvis att ordningsföljden för vissa arbeten ändras. Beställarens samordningsansvar kan tänkas ge uttryck för att entreprenörens följsamhet begränsas till att avse sådant som är ”möjligt”. *E contrario*, sådant som inte är ”möjligt” omfattas således inte av bestämmelsen och kan därmed berättiga till tidsförlängning eller ökad ersättning. Vad som däremot avses med ”möjligt” utgör grund för diskussioner och konflikter med risker för opportunistiskt beteende.¹¹³ Bestämmelsen får närmast betraktas

¹⁰⁵ Ibid, s. 112.

¹⁰⁶ Samuelsson (2022) s. 22.

¹⁰⁷ Samuelsson (2011) s. 112.

¹⁰⁸ Ibid, s. 110 f.

¹⁰⁹ Liman, m.fl. (2016) s. 115.

¹¹⁰ Samuelsson (2011) s. 110 f.

¹¹¹ Samuelsson (2022) s. 182 f.

¹¹² Samuelsson (2011) s. 108.

¹¹³ Ibid, s. 112 f.

som en konkretisering av den särskilda samverkansplikt som avtalsformen förknippas med.

Därtill innehåller AB 04 en rad *underrättelseskyldigheter* vilka syftar till att åstadkomma ett samarbetsinriktat beteende inom ramen för entreprenaden.¹¹⁴ Underrättelseskyldigheterna ger uttryck för att parterna är skyldiga att uppmärksamma varandra på hur entreprenaden framskrider samt meddela varandra angående iakttagelser som kan vara av relevans för entreprenadens genomförande.¹¹⁵ AB 04 kap. 2 § 9 utgör den mest omfattande bestämmelsen beträffande underrättelseskyldigheter.¹¹⁶

Bestämmelsen i AB 04 kap. 2 § 9 syftar till att komplettera AB 04 kap. 2 § 7 vilken fastställer att entreprenören utan dröjsmål ska inhämta beställarens synpunkter om sådan bristfällig information som anges i AB 04 kap. 2 § 4 bedöms föreligga.¹¹⁷ Underrättelse ska ske utan dröjsmål samtidigt som det vilar på den underrättelseskyldige att bedöma vilken skyndsamhet som fordras med hänsyn till motpartens berättigade intresse av att få del av uppgifterna.¹¹⁸

Av AB 04 kap. 2 § 9 åläggs parterna ett antal ömsesidiga förpliktelser som gäller från och med tidpunkten då avtal ingåtts.¹¹⁹ Vilka omständigheter som omfattas av bestämmelsen avgränsas i praktiken till sådana som är av beaktansvärd betydelse och som därmed får anses ha betydelse också för motparten.¹²⁰ Närmare om vad som omfattas av underrättelseskyldigheten är i viss mån oklart. Underrättelsen kan i vart fall konstateras innehålla värderande komponenter och kan, men behöver inte nödvändigtvis, bestå av uppgifter om bestämda sakförhållanden om entreprenaden.¹²¹ Det huvudsakliga syftet med bestämmelsen är att minimera skador till följd av bristfälliga kontraktshandlingar samt att underrätta motparten när förutsättningarna för entreprenaden ändras.¹²²

Tillkommande omständigheter som kan medföra ett behov av ytterligare arbeten, bristfälliga handlingar eller att framdriften måste ändras i något avseende utgör exempel på sådana omständigheter som ofta är förenade med kostnader för part. Underrättelseskyldigheten kan därför ses mot bakgrund av nyss nämnda omständigheter. Genom att underrätta motparten om upptäckten av bristfälligheter kan omfattningen av omständigheten och därmed

¹¹⁴ Ibid, s. 100 ff.

¹¹⁵ Ibid, s. 89 f.

¹¹⁶ Liman m.fl. (2016) s. 119 ff.

¹¹⁷ Samuelsson (2022) s. 134.

¹¹⁸ Ibid, s. 136 f.

¹¹⁹ Munukka (2007) s. 389; Samuelsson (2022) s. 135; Samuelsson (2011) s. 100.

¹²⁰ Liman m.fl. (2016) s. 119 ff.

¹²¹ Samuelsson (2022) s. 136 f.

¹²² Samuelsson (2011) s. 102.

kostnaderna minimeras.¹²³ Det finns däremot ingen skyldighet för part att försöka upptäcka förhållanden. Underrättelseskyldigheten är begränsad till att endast omfatta förhållanden som part har upptäckt.¹²⁴ Om part inte fullgör sin underrättelseskyldighet är part skyldig att ersätta motparten för den skada som motparten lidit till följd av den försummade underrättelsen.¹²⁵ Det ska dock understrykas att part inte kan hållas skadeståndsansvarig för en omständighet som räknas upp i AB 04 kap. 2 § 9 och som part inte upptäckt men borde upptäckt.¹²⁶

Bestämmelsen avslutas, i den femte att-satsen, med en i princip heltäckande underrättelseskyldighet vilken innebär att ”Part skall ... utan dröjsmål underrätta motparten, om han upptäcker att omständigheter av betydelse för entreprenaden ändras eller tillkommer”.¹²⁷ Något väsentlighetskrav återfinns däremot inte i den femte att-satsen. Formuleringen kan uppfattas som att underrättelser även ska lämnas vid upptäckt av omständigheter av betydelse för kontraktets tidsfaktor och som möjligen utgör hinder enligt AB 04 kap. 4 § 3.¹²⁸ Närmare om hur underrättelseskyldigheten ska tillämpas och vad skyldigheten innebär kan påverkas av hur lojalitetsplikten förstås.¹²⁹ Det fordras således en närmare utredning av lojalitetspliktens funktion i AB 04 för utrönande av hur underrättelseskyldigheten ska förstås och vad den omfattas av.

Reglerna om underrättelseskyldigheter i AB 04 är inte uttömda genom ovan genomgång. Underrättelseskyldigheter i särskilda fall, både för beställare och entreprenör, är också föreskrivna på andra ställen i AB 04.¹³⁰

2.6.2 ÄTA-arbeten

Omfattningen av kontraktarbetena bestäms av kontraktshandlingarna. Med kontraktshandlingar avses arbete som enligt kontraktshandlingarna ingår i entreprenörens åtagande.¹³¹ Av AB 04 kap. 1 § 1 andra stycket framgår att kontraktarbetena även omfattar sådana detaljarbeten som, utan att vara särskilt angivna i kontraktshandlingarna, uppenbarligen är avsedda att utföras utan tillägg till kontraktssumman. Eftersom ordet uppenbart används är kravet högt ställt för att något, som inte framgår av kontraktshandlingarna, ska

¹²³ Samuelsson (2022) s. 135.

¹²⁴ Ibid.

¹²⁵ Liman m.fl. (2016) s. 122; Samuelsson (2022) s. 104.

¹²⁶ Samuelsson (2011) s. 103.

¹²⁷ AB 04 kap. 2 § 9 femte att-satsen.

¹²⁸ Samuelsson (2022) s. 136.

¹²⁹ Ibid, s. 134.

¹³⁰ Se exempelvis Liman m.fl. (2016) s. 124 ff. för tabell över underrättelseskyldigheter i AB 04.

¹³¹ Deli (2017) s. 37.

omfattas av entreprenörens åtagande. För utförandeentreprenader innebär detta stadgande en begränsning av entreprenörens åtagande.

För att beställaren ska kunna föreskriva ÄTA-arbeten fordras att särskilda kriterier uppfylls. Enligt AB 04 kap. 2 § 3 är entreprenören såväl berättigad som skyldig att under entreprenadtiden utföra sådana ÄTA-arbeten som föreskrivs av beställaren. ÄTA-arbeten definieras i begreppsbestämningarna till AB 04 enligt följande:

Ändringsarbete, Tilläggsarbete som står i *omedelbart samband* (här kursiverat) med kontraktsarbetena och som inte är av *väsentligt annan natur* (här kursiverat) än dessa, samt Avgående arbete.

Samuelsson hävdar att termen ändringsarbete ska förstås som en arbetsprestation eller åtminstone något som medför ytterligare arbete för utförandet som sådant. Exempelvis ändrade varor eller materialval.¹³²

För att tilläggsarbete ska aktualiseras krävs dels att de planerade arbetena står i ett omedelbart samband med kontraktsarbetena i övrigt, dels att arbetena inte är av väsentligt annan natur än dessa.¹³³ I kommentaren till AB 04 kap. 2 § 3 ges viss vägledning i vad som ligger till grund för bedömningen av vad som utgör ett ÄTA-arbete. Kommentartextens krav på omedelbart samband avser närmast arbetenas tekniska karaktär. För att entreprenören ska förpliktigas att utföra ett tilläggsarbete fordras att arbetet är så nära förknippat med kontraktsarbetena, eller del därav, att de tillsammans utgör en teknisk helhet.¹³⁴ Med kravet på att kontraktsarbetet inte ska vara av väsentligt annan natur avses följande. I det fall att tilläggsarbetena är av sådan annan karaktär och saknar samma fundamentala egenskaper som de arbeten vilka de ämnar komplettera, är entreprenören inte förpliktigad att godta beställarens föreskrift om ett tilläggsarbete.¹³⁵

För att en sidoentreprenör ska förpliktigas att utföra ÄTA-arbete med anledning av en skada i entreprenaden rör det sig därför närmast om tilläggsarbete och inte ändringsarbete. Emellertid fordras att tilläggsarbetet står i omedelbart samband med kontraktsarbetena samt att tilläggsarbetet inte är av väsentligt annan natur än kontraktsarbetena. Det kan således finnas tilläggsarbete som är av väsentligt annan natur än kontraktsarbetena, eller som visserligen är av samma natur, men som inte står i omedelbart samband med kontraktsarbetena. I begreppsbestämningarnas mening utgör inte sådana arbeten ÄTA-arbeten. Därtill fordras att arbetet, utan att vara särskilt angivet i kontraktshandlingarna uppenbarligen är avsett att utföras utan tillägg till kontraktssumman. Att ålägga en sidoentreprenör en skyldighet att vidta

¹³² Samuelsson (2022) s. 115.

¹³³ Ibid.

¹³⁴ Deli (2017) s. 45.

¹³⁵ Samuelsson (2022) s. 116 f.

skadebegränsande åtgärder för en skada som sidoentreprenören inte är direkt drabbad av kan inte anses vara uppenbarligen avsett att utföras utan tillägg till kontraktssumman. Det kan därför konstateras att de långtgående krav som uppställs för att beställaren ska kunna föreskriva ÄTA-arbeten inte kan anses överbrygga situationen att en sidoentreprenör som inte är direkt drabbad av skadan ska vidta skadebegränsande åtgärder

2.7 Tolkning av entreprenadavtal

Avtalstolkning har till syfte att fastställa innebörden av en avtalsbestämmelse. Tolkningen styrs i huvudsak av Högsta domstolens vägledande avgöranden och de principer som succesivt utvecklats därigenom. Dessa principer är rikt nyanserade och lämpar sig för olika avtalssituationer.¹³⁶

Till följd av entreprenadavtalets särdrag, att det uttryckligen undantas från köplagens tillämpningsområde samt att Allmänna bestämmelser utgör ett resultat av förhandlingar och kompromisser mellan olika branschorganisationer, har uppfattningen om att entreprenadavtal är frikopplat från den dispositiva rätten spridit sig. Tvistelösning och tolkning av entreprenadavtal har varit en förhandlingsfråga inom BKK där de enskilda avtalsparterna inte haft någon möjlighet till att påverka villkoren. Därtill har tvister inom entreprenadrättens område historiskt sett avgjorts genom skiljeförfaranden där en relativt snäv grupp entreprenadjurister agerat som ombud och skiljemän. Ytterst få mål, givet det stora antalet entreprenadtvister, har tagits upp i allmän domstol och slutligen nått ett avgörande i Högsta domstolen. Som resultat har det inom entreprenadrätten utvecklats och etablerats vissa uppfattningar om hur Allmänna bestämmelser ska tillämpas.¹³⁷ BKK har således haft ett stort inflytande för tolkningen av Allmänna bestämmelser och därmed också rättsutvecklingen inom entreprenadrättens område.

Den tolkningsmetod som Högsta domstolen på senare år fastslagit genom en rad prejudicerande avgöranden avviker från vad som historiskt sett varit den dominerande uppfattningen inom entreprenadbranschen.¹³⁸ Vid den tidigare tolkningen av AB 04 har stor vikt fästs vid standardavtalets historik och systematik samt BKK:s avsikt vid författandet av AB 04 och dess föregångare. Till följd av den brist på rättsvetenskaplig analys och vägledande praxis som präglat entreprenadrätten har utlåtanden i tvister från representanter från BKK vunnit acceptans. Representanter från BKK har i dessa avgöranden författat vad BKK egentligen avsett med en viss bestämmelse men som BKK inte vid avtalsskrivandet förmådde sig att uttrycka. Den typen av utlåtanden torde i fråga om andra standardavtal anses ha ett mycket begränsat värde. Vad gäller entreprenadrättsliga tvister har

¹³⁶ Bernitz (2018) s. 88 f.

¹³⁷ Ingvarson & Utterström (2015b) s. 258 f.

¹³⁸ Ingvarson & Utterström (2015b) s. 259.

emellertid utlåandena haft en framskjuten position.¹³⁹ BKK kan därför anses ha haft rollen som såväl en lagstiftande makt som en dömande makt inom entreprenadrätten.

Högsta domstolen har under de senaste 15–20 åren meddelat ett antal vägledande prejudikat i vilka domstolen tagit ställning till entreprenadrättsliga frågor.¹⁴⁰ I förordet till AB 04 stadgas att avtalet ska åstadkomma en rimlig balans mellan rättigheter och skyldigheter vilka i sin tur syftar till en ekonomiskt optimal riskfördelning parterna emellan.¹⁴¹

Genom ”De ingjutna rören” NJA 2018 s. 653¹⁴² fick övervägandet genomslag. I avgörandet uttalar domstolen att man vid tolkning av entreprenadavtal samt vid fastställande av den dispositiva entreprenadrätten har att beakta behovet av en rimlig balans mellan rättigheter respektive skyldigheter mellan parterna vilket Allmänna bestämmelser baseras på.¹⁴³ Fördelningen av risker mellan parterna ska i största mån fördelas på ett förutsebart och effektivt sätt.¹⁴⁴ Vad domstolen här kan tänkas ge uttryck för är att den part som med lägst kostnad eller med minsta ansträngning kan utföra en åtgärd också bör vara den part som åläggs en förpliktelse i det fall att situationen inte är reglerad i avtalet. Emellertid poängterar domstolen att för att en entreprenör ska åläggas att svara för en åtgärd fordras att entreprenören kunnat förutse risken på så vis att entreprenören haft anledning att kalkylera med och uppskatta risken vid avtalsingåendet. Som stöd för detta följer domstolens undersökning avseende vilken av parterna som utgjorde det ekonomiskt mest rimliga alternativet. Därtill gav domstolen uttryck för att det finns en nordisk rättsgemenskap inom entreprenadrätten samt att såväl dansk som norsk rätt kan ge ledning vid utrönande av den dispositiva entreprenadrättens innebörd. Domstolens argumentation stödjer sig även på skadebegränsningsplikten och att plikten utgör en allmän kontraktsrättslig princip som grundas på lojalitetsskäl samt att plikten gäller även för entreprenadavtal. Detta torde innebära att utgångspunkten vid tolkning av Allmänna bestämmelser tar avstamp i minskade transaktionskostnader, vilket förvisso borde vara målet med de flesta avtal.

Domstolen har även klargjort och redogjort för en särskild tolkningsmetod som ska tillämpas vid tolkning av bland annat entreprenadrättens standardvillkor. Med avtalstolkning i allmänhet avses att utröna den gemensamma partsavsikten. Eftersom AB 04 utgör ett standardavtal är det nödvändigt att vid tolkning av AB 04 ta hänsyn till allmänna regler om

¹³⁹ Ibid.

¹⁴⁰ Ibid.

¹⁴¹ Samuelsson (2011) s. 57.

¹⁴² I ”De ingjutna rören” NJA 2018 s. 653 har Högsta domstolen att ta ställning till omfattningen av entreprenörens avhjälpandeskyldighet vid fel i en entreprenad.

¹⁴³ ”De ingjutna rören” NJA 2018 s. 653 p. 25; Samuelsson (2022) s. 37.

¹⁴⁴ ”De ingjutna rören” NJA 2018 s. 653 p. 25.

standardavtal.¹⁴⁵ Standardavtal karakteriseras av en standardiserad text. Problem kan därför uppstå då det inte går att avgöra huruvida avtalstexten omfattas av någon medveten partsavsikt hos någon av, eller båda avtalsparterna.¹⁴⁶ Tolkning av standardavtal sker således utifrån andra tolkningsprinciper än avtalstolkning i allmänhet.

I ”Den uteblivna slutbesiktningen” NJA 2015 s. 862¹⁴⁷ sammanfattar Högsta domstolen stegvis tolkningsmetoden vilken har sin utgångspunkt i den gemensamma partsviljan.¹⁴⁸ I det fall att någon *gemensam partsavsikt* inte kan anses föreligga, och det inte heller föreligger några avtalspreliminärer som vid sidan av avtalstexten kan tydliggöra hur parterna uppfattat det omtvistade avtalsvillkoret, övergår domstolen till att tolka avtalet enligt dess *ordalydelse*. Här bör ledning hämtas från systematiken samt övriga villkor i standardavtalet eftersom bestämmelserna ämnar utgöra ett sammanhängande system. Vid tolkning av villkoren anser domstolen att det finns anledning att särskilt beakta entreprenadavtalens särdrag.¹⁴⁹

Om avtalets systematik inte ger ledning går domstolen vidare till att tolka avtalsvillkoren i ljuset av den *dispositiva rätt* som annars skulle varit tillämplig, där köplagen ligger närmast till hands. Domstolen understryker emellertid att entreprenadavtal vanligen avser ett komplicerat, omfattande och långsiktigt arbete till skillnad från exempelvis ett karakteristiskt köp där det istället är överförandet av äganderätten till ett föremål som är central.¹⁵⁰ Om de föregående stegen inte ger ledning ska ytterst och sist en mer *övergripande rimlighetsbedömning* göras som undantagsvis medför att avtalet fylls ut med en till det specifika standardavtalet tillpassad regel.¹⁵¹ Utformningen av den utfyllande normen ska beakta entreprenadavtalens särdrag.¹⁵² Vidare får en utfyllnad av avtalet utgå från avtalets syfte efter beaktande av avtalet som helhet. Den reglering som avtalet fylls ut med bör på ett rimligt vis reglera parternas intressen, fylla en förnuftig funktion samt harmonisera med avtalets reglering i övrigt.¹⁵³ För att fastställa avtalsinnehållet kan, i sista hand, mer generella principer tillämpas såsom exempelvis den så kallade oklarhetsregeln vilken äger tillämpning i

¹⁴⁵ Ingvarson & Utterström (2015b) s. 259 ff.

¹⁴⁶ Ramberg & Ramberg (2022) s. 171 ff.

¹⁴⁷ I ”Den uteblivna slutbesiktningen” NJA 2015 s. 862 belyses principiella frågor om avtalstolkning i allmänhet samt avtalade preskriptionsbestämmelser i synnerhet. Högsta domstolen prövar om preskriptionsregeln i ABT 94 kap. 6 § 13 tolkningsvis, utan uttryckligt stöd i avtalet, kan anses ge uttryck för att preskriptionstiden ska räknas från det att den uteblivna slutbesiktningen rätteligen skulle ha genomförts.

¹⁴⁸ Jfr. ”Skadorna på Läckebys arbeten” NJA 2013 s. 271 och ”Det Andra Bolaget” NJA 2014 s. 960.

¹⁴⁹ ”Den uteblivna slutbesiktningen” NJA 2015 s. 862 p. 12.

¹⁵⁰ ”Den uteblivna slutbesiktningen” NJA 2015 s. 862 p. 12.

¹⁵¹ Jfr. ”Skadorna på Läckebys arbeten” NJA 2013 s. 271 p. 7 och ”Det Andra Bolaget” NJA 2014 s. 960 p. 23.

¹⁵² ”Det Andra Bolaget” NJA 2014 s. 960 p. 24.

¹⁵³ ”Partneravtalet” NJA 2015 s. 741 p. 10.

”Självriskan” NJA 2001 s. 750.¹⁵⁴ I ”De ingjutna rören” NJA 2018 s. 653 refererar Högsta domstolen bland annat till det norska standardavtalet Norsk standard 8405, Norske bygge- och anleggskontrakt (2008) samt norsk entreprenadrättslig doktrin.¹⁵⁵ Domstolen motiverar inhämtandet av stöd från Norge genom att svensk doktrin är knapphändig avseende entreprenörens avhjälpandeskyldighet.¹⁵⁶

2.8 Skadebegränsnings- och lojalitetsplikten i AB 04

Tidigare versioner av Allmänna bestämmelser av utförandeentreprenader¹⁵⁷ har i viss mån förmedlat en känsla av att lojalitetsplikten åtminstone historiskt sett varit undanskymd inom entreprenadrätten. Kommentartexten till tidigare versioner av AB 04 var mer bokstavs- och formtrogna samt mer restriktiva mot tolkningar än vad dagens litteratur ger uttryck för. Det mer frekventa omnämmandet av lojalitetsplikten har fått sin parallellitet i avtalstexten. I förordet¹⁵⁸ till AB 04 samt i kommentartexten¹⁵⁹ till AB 04 kap. 4 § 3 kommer nämligen plikten bokstavligen till uttryck.¹⁶⁰ Parterna uppmanas att finna former för en fortlöpande dialog samt att inom ramen för den allmänna lojalitetsplikten visa varandra förtroende och öppenhet. Det framgår emellertid inte något ytterligare förtydligande av vad den allmänna lojalitetsplikten ger uttryck för fastän underrättelseskyldigheten i AB 04 kap. 2 § 9 kan tänkas ge uttryck för en allmän lojalitetsplikt.¹⁶¹ Om den allmänna lojalitetsplikten kan ålägga parterna ytterligare förpliktelser vilka inte framgår av avtalets ordalydelse är oklart.

Till följd av entreprenadbranschens komplexitet samt att avtalsparterna besitter skiftande kunskaper och förmågor om hur entreprenadprocessen från teknisk såväl som rättslig utgångspunkt är beskaffad är tvister vanligt förekommande.¹⁶² Ingående av kommersiella entreprenadavtal präglas av en skarp anbuds konkurrens mellan entreprenörerna. Medvetenhet om det skriftliga avtalsvilkorets betydelse och en klart definierad tidpunkt för avtalsbundenhetens inträde föranleder en omsorgsfull utformning av avtalsvilkoren.¹⁶³ Mot bakgrund av det nyss sagda finns befogad anledning

¹⁵⁴ Samuelsson (2022) s. 38.; I ”Självriskan” NJA 2001 s. 750 fastslår Högsta domstolen vilka faktorer som ska beaktas vid tolkning av försäkringsavtal.

¹⁵⁵ Se exempelvis Hagström & Bruserud (2014) om norsk entreprenadrätt och Iversen (2016) om dansk entreprenadrätt.

¹⁵⁶ ”De ingjutna rören” NJA 2018 s. 653 p. 39 och p. 45.

¹⁵⁷ AB 72 och i viss mån även AB 92.

¹⁵⁸ Bortsett från första meningen och avtalsbeteckningen är förordets sjunde stycke i ABT 06 likalydande.

¹⁵⁹ Kommentartexten till ABT 06 kap. 4 § 2 första stycket är likalydande.

¹⁶⁰ Munukka (2007) s. 380.

¹⁶¹ Samuelsson (2022) s. 23.

¹⁶² Ibid.

¹⁶³ Munukka (2007) s. 390.

att ifrågasätta om lojalitetsövertväganden övertvudtaget kan ges utrymme i entreprenadavtal.

För lojalitetsplikens existens i entreprenadavtal talar med styrka det förhållandet att entreprenadavtal vanligen löper under en relativt lång tidsperiod samt att projektet fordrar mer eller mindre ingående samarbete parterna emellan under avtalets bestånd. Därtill har parterna typiskt sett svårt att vid avtalslutandet förutsäga hur rättsförhållandet kommer att utvecklas över tid. Exempelvis kan större byggnadsprojekt ställa upp svåruppnåeliga krav på logistik och överensstämmelse mellan översikts- och detaljritningar med mera. Grundförhållandena och väderleken kan medföra både förutsägbara och oförutsägbara svårigheter i att genomföra entreprenaden i rätt tid.¹⁶⁴

Beträffande ansvarsfördelningen i AB 04 kan det konstateras att merparten av förpliktelserna vilar på entreprenören. På grund av entreprenörens ställning som naturagäldenär är det motiverat att också de förpliktelser som klätts i partsneutrala termer¹⁶⁵ i praktiken lägger större börda på entreprenören. Munukka anför däremot att det vid en jämförelse med den centrala kontraktslagstiftningen förefaller sig på så vis att AB 04 omfattar ett större inslag av förpliktelser för naturaborgenären, beställaren, såväl numerärt som andelsmässigt.¹⁶⁶

AB 04 framstår som ett förhandlingsresultat med en systematisk strävan efter att balansera parternas åtaganden. Trots att lojalitetsplikten inte explicit kommer till uttryck i någon avtalsbestämmelse i AB 04 menar Munukka att det torde kunna föreligga ytterligare argument för att AB 04 inte är helt befriad från rimlighets- och lojalitetsövertväganden.¹⁶⁷

Munukka anför att det till följd av den uttryckliga benämningen av den allmänna lojalitetsplikten i förordet till AB 04 samt i kommentarstexten till AB 04 kap. 4 § 3 borde vara svårt att dra någon annan slutsats än att en lojalitetsplikt mellan parter till ett entreprenadavtal måste anses råda.¹⁶⁸ Ytterligare stöd för denna uppfattning hämtar Munukka från Norge, Finland och Danmark där uppfattningen om lojalitetsplikens existens i entreprenadförhållanden delas.¹⁶⁹ Emellertid hävdar Munukka att entreprenadavtal är långvariga och fordrar ett ingående samarbete under avtalstiden mellan samtliga aktiva aktörer i entreprenaden.¹⁷⁰ Mot bakgrund av att det kommersiella entreprenadavtalets särprägel framhåller Munukka

¹⁶⁴ Ibid, s. 390 f.

¹⁶⁵ Vård- och underrättelseplikter.

¹⁶⁶ Munukka (2007) s. 381.

¹⁶⁷ Munukka (2007) s. 381.

¹⁶⁸ Ibid, s. 395.

¹⁶⁹ Se exempelvis Iversen (2016) s. 171 och Hagström & Bruserud (2014) s. 213, s. 409 f. och s. 375.

¹⁷⁰ Munukka (2007) s. 390 f.

således att lojalitetsplikten i entreprenadavtal är mindre flexibel än den lojalitetsplikt vilken grundas på allmänna kontraktsrättsliga principer.¹⁷¹

I AB 04 kap. 4 § 3 listas fem omständigheter då entreprenören har rätt till erforderlig förlängning av kontraktstiden i det fall att dessa omständigheter hindrar entreprenören från att färdigställa kontraksarbetena inom kontraktstiden. Av kommentaren till bestämmelsen stadgas följande:

Vid bedömningen av vad som utgör ”erforderlig förlängning av kontraktstiden” i det enskilda fallet skall, inom ramen för den *allmänna lojalitetsplikt* (här kursiverat) som råder mellan parterna, beaktas entreprenörens möjlighet att begränsa tidsförlängningen genom en rationell användning av de resurser han avsatt för berörd del.

Kommentarstexten ger uttryck för åläggandet av en skyldighet för entreprenören att begränsa den tidsförlängning som ett hinder enligt bestämmelsen kan berättiga entreprenören till. Lojalitetsplikten tar främst sikte på en rationell resursanvändning. Enligt förordet till AB 04 förklaras att kommentarstexterna inte utgör avtalsinnehåll men att de ska vara vägledande vid tolkning av bestämmelserna i AB 04. Samuelsson menar att lojalitetsplikten, som den kommer till uttryck i AB 04, innebär att entreprenören har att använda befintliga resurser med avtalstiden i åtanke. Lojalitetsplikten kan därför inte uppfattas som att det existerar en skyldighet för entreprenören att göra några ekonomiska uppoffringar för att minska tidsförlängningen.¹⁷²

Av förordet till AB 04 stadgas att:

Med hänsyn till den komplexitet som ofta sammanhänger med genomförandet av entreprenader är en god kommunikation och samverkan nödvändig för ett gott resultat. Parterna bör därför finna former för en fortlöpande dialog samt inom ramen för den *allmänna lojalitetsplikten* (här kursiverat) visa varandra förtroende och öppenhet.

I förordet till AB 04 konstateras att parterna till avtalet är underkastade en ömsesidig allmän lojalitetsplikt, dock inte genom AB 04 utan på allmän förmögenhetsrättslig grund.¹⁷³ Samuelsson anför att förordstexten kan förstås som att en part ska agera på ett sätt som föranleder motparten att finna skäl för att visa förtroende och öppenhet. Vidare anser Samuelsson att lojalitetsplikten främst har betydelse för de krav som uppställs på att parterna kommunicerar med varandra och därmed att någon form av allmän

¹⁷¹ Ibid, s. 390 ff.

¹⁷² Samuelsson (2011) s. 205 f.

¹⁷³ Samuelsson (2022) s. 23.

informationsplikt baserad på lojalitetsöverväganden kan diskuteras.¹⁷⁴ Ett vagt omnämnande av lojalitetsplikten i förordet till AB 04 samt i kommentarstexten måste emellertid ställas i förhållande till väl specificerade avtalsförpliktelser i avtalstext.¹⁷⁵ Det föreligger inte, enligt Samuelsson, någon grund för att tillmäta lojalitetsplikten en överordnad ställning i rättssystematiskt hänseende. I den mån lojalitet alls kan åberopas som självständig grund för en viss förpliktelse, är det en möjlighet som får användas jämsides med eller i stället för andra överväganden.¹⁷⁶ Det uppstår således en konflikt mellan strävan efter att avtal ska precisera parternas åtaganden och den rättspolitiska målsättningen att motverka att avtalsbalansen rubbas av den ena partens överlägsna förhandlingsstyrka.¹⁷⁷

Emellertid påverkas ofta entreprenader av oförutsägbara händelser. Ett avtal kan inte vara heltäckande¹⁷⁸ och förutse samtliga eventuella omständigheter, särskilt inte med tanke på entreprenadrättens karaktäristik. I det fall att avtalet inte reglerar en viss situation är det således lämpligt att vända sig till allmänna rättsprinciper samt analogier till, i detta fall, köplagen. Det finns därför grund för ifrågasättande av den nyss nämnda konflikt mellan å ena sidan strävan efter att avtalet ska precisera parternas åtaganden och å andra sidan den rättspolitiska målsättningen att motverka att avtalsbalansen rubbas. Det kan förvisso vara en strävan att upprätta ett heltäckande avtal som reglerar samtliga eventuella omständigheter. Emellertid förhåller sig verkligheten annorlunda och förekomsten av ett sådant avtal får närmast likna en utopi. Av denna anledning är det således motiverat att, för bibehållande av avtalsbalansen så långt möjligt, tillämpa lojalitetsplikten vilken till viss del får anses ge uttryck för resurseffektivitet och en ömsesidig skyldighet att iaktta motpartens intressen. Denna tolkningsmetod torde ligga i samtliga avtalsparters intresse, i det fall att avtalet inte ger ledning.

Lojalitetsplikten brukar vanligen beskrivas som en plikt att med omsorg iaktta eller tillvarata motpartens intressen.¹⁷⁹ Benämningen av plikten får således betraktas som tämligen vag. Munukka ger i sin avhandling uttryck för att den entreprenadrättsliga lojalitetsplikten omfattar dels en samverkansskyldighet för parterna att verka för avtalets genomförande, dels en skadebegränsningsplikt. Den tidigare anser Munukka ger uttryck för en plikt som i vissa situationer innebär att utöva kontroll i motpartens intresse samt att avstå från handling eller underlåtenhet som kan tillfoga motparten skada.¹⁸⁰ Ytterst hävdar Munukka att den entreprenadrättsliga lojalitetsplikten

¹⁷⁴ Samuelsson (2011) s. 206 f.

¹⁷⁵ Ibid, s. 197.

¹⁷⁶ Ibid, s. 99.

¹⁷⁷ Ibid, s. 207.

¹⁷⁸ Jfr. Rosengren (2010) s. 6, inom common law återfinns en princip, *four corners rule*, som ger uttryck för att endast det skriftliga avtalet ska läggas till grund för fastställande av avtalsvillkoren.

¹⁷⁹ Munukka (2007) s. 83.

¹⁸⁰ Ibid, s. 390 ff.

gestaltar sig i olika upplysningsplikter.¹⁸¹ Munukka belyser särskilt två plikter vilka inte uttryckligen framgår av AB 04 men som Munukka anser sig kunna utläsa ur den allmänna lojalitetsplikten.¹⁸²

För det första pekar Munukka på en avrådningsplikt för entreprenören att i vissa situationer avråda beställaren och uppmärksamma beställaren på eventuella bristfälligheter i konstruktionen och dylikt.¹⁸³ Något sådant stadgande återfinns emellertid inte i AB 04. Munukka stödjer sitt argument på bestämmelserna AB 04 kap. 2 § 9 om parts underrättelseskyldighet vid upptäckt av oförutsedda förhållanden, AB 04 kap. 2 § 10 andra stycket om granskningsskyldighet av mottagna handlingar samt AB 04 kap. 2 § 1 andra stycket om entreprenörens skyldighet att utföra entreprenaden fackmässigt. Nyss nämnda bestämmelser i kombination menar Munukka kan uppfattas signalera lojalitetsplikt men att entreprenörens förpliktelser måste vägas mot att såväl granskningsskyldigheten som fackmässighetskravet inte inskränker beställarens ansvar för lämnade uppgifter enligt AB 04 kap. 1 § 6 vari stadgas att varje part är ansvarig för riktigheten av de uppgifter som part tillhandahållit. Vid en mer systeminriktad tolkningsmetod kan underrättelseskyldigheten i AB 04 kap. 2 § 9 enligt Munukka ges företräde som en mer grundläggande förpliktelse. Följaktligen är inte entreprenören skyldig att utföra arbete i strid med kontraktshandlingarna eller på ett sätt som entreprenören anser vara olämpligt. Entreprenören är istället förpliktigad att underrätta beställaren samt låta beställaren bedöma entreprenörens agerande.¹⁸⁴

Den nyss nämnda eventuella avrådningsplikten för entreprenören är knapphändig uppmärksam i den rättsvetenskapliga litteraturen. Vilket ansvar som en entreprenör vid ett avrådande åtar sig för den nya konstruktionen diskuterade Högsta domstolen i ”Restaurang Pelé” NJA 2002 s. 630.¹⁸⁵ Domstolen uttalade, angående entreprenörens ansvar för den föreslagna konstruktionen, att entreprenören inte åtagit sig något ansvar då beställaren biträtts av en konsult. Den av entreprenören föreslagna konstruktionen befanns däremot inte vara felaktig eftersom konstruktionen inte visat sig vara sämre än den tidigare påtänkta konstruktionen. Eventuellt skulle en entreprenör kunna hållas ansvarig för en konstruktion som anses vara sämre än den först projekterade konstruktionen.¹⁸⁶

För det andra hävdar Munukka att skadebegränsningsplikten följer av den allmänna lojalitetsplikten. I AB 04 återfinns emellertid inget stadgande om en skyldighet att begränsa motpartens skada, skadebegränsningsplikt, eller sådan

¹⁸¹ Ibid, s. 381.

¹⁸² Ibid, s. 390 ff.

¹⁸³ Ibid.

¹⁸⁴ Ibid.

¹⁸⁵ I ”Restaurang Pelé” NJA 2002 s. 630 gör Högsta domstolen gällande att part kan förlora sin avtalsenliga rätt att göra påföljder gällande under vissa omständigheter.

¹⁸⁶ Munukka (2007) s. 390 ff.

egen skada som motparten orsakat.¹⁸⁷ Detta torde kunna uppfattas som att ett allmänt formulerat stadgande med en sådan innebörd skulle vara överflödig. Skadebegränsningsplikten gäller redan såsom en allmän kontraktsrättslig princip vilken äger tillämpning även inom entreprenader.¹⁸⁸

AB 04 innehåller flertalet detaljerade bestämmelser med skadebegränsande incitament. Skyldigheten att begränsa sin egen skada som motparten orsakat stödjer Munukka på kommentarstexten till AB 04 kap. 4 § 3 och entreprenörens rationella resursanvändning för att minska förlängningen av kontraktstiden. Munukka menar att kommentaren får tolkas som att entreprenören trots rätt till tidsförlängning inte är befriad från att anstränga sig att disponera sina resurser så att hindret inte drabbar beställaren mer än nödvändigt. Vidare anför Munukka att den huvudsakliga avsikten med kommentarstexten är att ställa upp ett rättsmissbruksförbud genom att entreprenören inte ska kunna tillgodogöra sig en tidsförlängning vars omfattning inte är till fullo motiverad.¹⁸⁹

Mellqvist anför att en tillämpning av lojalitetsplikten inte behöver innebära att specificerade avtalsförpliktelser åsidosätts utan istället att värdenormer som lojalitetsplikten bör ges ökad betydelse just vid avsaknad av specificerade avtalsförpliktelser. Detta anser Mellqvist kan bidra med en önskad flexibilitet vilket kan vara särskilt viktigt i entreprenadsammanhang. Att välja mellan en mer värdeladdad eller en mer strikt tillämpning är således inte nödvändigt. En värdeladdad tillämpning kan och bör kanske tillämpas då en partsautonom tillämpning inte tillhandahåller en lösning till ett praktiskt dilemma. Emellertid anser Mellqvist att värdenormerna måste förankras i parternas avtal eller i omständigheter vid tillkomsten av densamma. Enligt Mellqvist nås en sådan förankring, för AB 04:s vidkommande, genom avtalets kommentarstext och förord.¹⁹⁰

Vad Mellqvist menar utgör en värdenorm, var inspiration till en sådan ska hämtas samt om något ytterligare avses med detta begrepp än vad som framgår av parternas avtal eller i omständigheterna vid tillkomsten av densamma framstår som oklart. Möjligen menar Mellqvist, likt Ramberg och Ramberg, att det inte är möjligt att avtala om vad som helst samt att begreppet värdenorm syftar till förarbetsuttalandena i köplagen¹⁹¹ där lagstiftaren betonar att parterna till ett köpeavtal ska betraktas som medarbetare och verka för något som är till fördel för dem båda.¹⁹² Denna tankegång ger i sådant fall understöd åt lojalitetsplikten, givet att begreppet lojalitetsplikt kan användas för att subsumera dessa tankegångar.

¹⁸⁷ Ibid, s. 393 f.

¹⁸⁸ "De ingjutna rören" NJA 2018 s. 653 p. 48.

¹⁸⁹ Munukka (2007) s. 393 f.

¹⁹⁰ Mellqvist (2013) s. 255.

¹⁹¹ Se prop. 1988/89:76 s. 23.

¹⁹² Se avsnitt 4.2. om Ramberg och Rambergs definition av avtalet som en lyckotrappa.

Om Mellqvist, med begreppet värdenorm, emellertid syftar till att en moralisk utvärdering ska ske bör följande i sammanhanget understrykas. Vid tillämpning av en värdenorm som saknar stöd i såväl avtalet som i omständigheterna vid tillkomsten av densamma föreligger en betydande risk för att rättssäkerheten och förutsebarheten för parterna minskar. Vidare riskerar avtalsfriheten som utgör en grundpelare i svensk rätt att undermineras till följd av att andra värden än de av parterna avsedda beaktas vid utrönande av den gemensamma partsavsikten.

3 SKADEBEGRÄNSNINGSPLIK- PLIKTEN

3.1 Inledning

Skyldigheten att begränsa sin skada kan härledas tillbaka till början av 1900-talet då frågan om en självständig skadebegränsningsplikt tros ha tagits upp av Högsta domstolen för första gången. Plikten får således anses ha fått sitt genombrott i svensk rätt genom NJA 1911 s. 472¹⁹³ där det klart går att tyda ett tankemönster om att den skadelidande åläggs en skyldighet att begränsa sin skada.¹⁹⁴

Skadebegränsningsplikten ger uttryck för en slags förpliktelse vilken ställer särskilda krav på den skadelidande.¹⁹⁵ Detta kan på ett övergripande plan uppfattas som okomplicerat, men vid en närmare undersökning av pliktens innehåll framgår dock att som följd av dess vaga och enkla formulering är ledning av vad som konstituerar plikten i det enskilda fallet många gånger svårt att utröna.

Redan i 1905 års köplag betonades tankesättet om att parterna till ett köpeavtal skulle ses som medarbetare. Avtalsparterna skulle gemensamt verka för något som var till fördel för dem båda, snarare än att se varandra som motståndare vilka uteslutande agerar för att tillgodose sina egna intressen. Detta synsätt ligger till grund även för den nu gällande köplagen.¹⁹⁶ Denna tanke kommer bland annat till uttryck genom att parterna på åtskilliga sätt är förpliktade att vårda varandras rätt.¹⁹⁷ En av dessa förpliktelser, skadebegränsningsplikten, har kodifierats i flertalet lagar¹⁹⁸ däribland 70 § köplagen.¹⁹⁹

Skadebegränsningsplikten, såsom rättsligt begrepp, har sedan dess lansering i 1911 års fall behandlats sparsamt av Högsta domstolen under 1900-talet. Detta har fått till följd att pliktens allmängiltighet och tillämpningsområde har varit oklart. Detta har i sin tur föranlett doktrinen att hänvisa till plikten såsom ett slags bevis på en självständig skadebegränsningsplikt.²⁰⁰ Idén om att

¹⁹³ I NJA 1911 s. 472 anför Högsta domstolen att det vid sakskador av fysisk natur inte kan fordras oskäligen uppostringar för skadelidande vid begränsande av sin skada.

¹⁹⁴ Bernitz m.fl. (2016) s. 441.

¹⁹⁵ Ramberg & Ramberg (2022) s. 287.

¹⁹⁶ Prop. 1988/89:76 s. 23.

¹⁹⁷ Hellner & Ramberg (1991) s. 18.

¹⁹⁸ Jfr. 50 a § konsumenttjänstlagen, 8 kap. 1 § konsumentköplagen samt 4 kap. 7 § och 8 kap. 13 § försäkringsavtalslagen (2005:104).

¹⁹⁹ Herre & Ramberg (2021) 70 § köplagen, avsnitt 15.5.1.

²⁰⁰ Bengtsson (1982) s. 57 f.

skadelidande ska begränsa sin skada får dock anses ha existerat redan före 1911 års fall men då varit förklädd i olika benämningar.²⁰¹

Till följd av den svenska lagstiftningstekniken förekommer så kallade luckor i lagstiftningen. Luckorna fylls ut med hjälp av allmänna avtalsrättsliga principer.²⁰² Avtalslagen från år 1915 saknar explicita uttalanden om grundläggande principer. Sökandet efter allmänna avtalsrättsliga principer får därför riktas mot exempelvis förarbeten eller avgöranden från Högsta domstolen²⁰³ som ibland beskriver existensen av en allmän princip. Allmänna avtalsrättsliga principer är således inte nödvändigtvis reglerade i lagtext.²⁰⁴

Skadelidandes skyldighet att begränsa sin skada saknade som bekant motsvarighet i 1905 års köplag. Kodifieringen av skadebegränsningsplikten i nu gällande köplag innebar emellertid ingen nyhet jämfört med tidigare gällande rätt.²⁰⁵ Plikten ansågs redan då gälla såsom en allmän kontraktsrättslig princip vilken ofta kommer till uttryck i standardavtal.²⁰⁶ Munukka menar därtill att skadebegränsningsskyldigheten ger uttryck för en allmän lojalitetsplikt.²⁰⁷ Detta har även Högsta domstolen gett uttryck för i exempelvis ”De ingjutna rören” NJA 2018 s. 653 där domstolen uttalar att plikten utgör en allmän kontraktsrättslig princip, vilken gäller även för entreprenadavtal samt att plikten ytterst grundas på allmänna lojalitetsöverväganden.²⁰⁸

Kritiker avseende tillämpningen av principer menar emellertid att förutsägbarheten minskar och att avtalsfriheten inskränks. Vidare menar kritiker att tolkningen av en princip föregås av mer planerande och kan leda till mer tvistande vilket får till följd att transaktionskostnaderna för parterna ökar.²⁰⁹

Skadebegränsningspliktens historiska rötter i svensk rätt berörs lika sällan som de ändamål samt funktioner vilka plikten har att uppfylla eller om det finns ett behov av plikten som sådan. Somliga rättsvetenskapliga författare tar plikten för givet utan att motivera den närmare.²¹⁰ Det går dock att utvärdera en mer resonerande diskurs om skadebegränsningspliktens behov och tillämpningsområde. Under senare år har dessutom Högsta domstolen

²⁰¹ Herre & Ramberg (2021) 70 § köplagen, avsnitt 15.5.1.

²⁰² Ramberg & Ramberg (2022) s. 32 ff.

²⁰³ Jfr. NJA 2008 s. 572 där Högsta domstolen anser att förekomsten av många lagbestämmelser tyder på existensen av en allmän rättsprincip om reklamation.

²⁰⁴ Ramberg & Ramberg (2022) s. 32 f.

²⁰⁵ Herre & Ramberg (2021) 70 § köplagen, avsnitt 15.5.1.

²⁰⁶ Hellner m.fl. (2016) s. 237 f.

²⁰⁷ Munukka (2007) s. 167 ff.

²⁰⁸ ”De ingjutna rören” NJA 2018 s. 653 p. 48.

²⁰⁹ Holm (2004) s. 184 f.

²¹⁰ Von Bar (2000) s. 562.

hänvisat till, och kastat nytt ljus på skadebegränsningsplikten.²¹¹ Domstolens senare avgöranden tillsammans med förarbeten till lagen och rättsvetenskaplig litteratur ligger till grund för hur skadebegränsningsplikten placeras in i civilrätten i denna framställning.

3.2 Skadebegränsningspliktens intressen och funktioner

Skadebegränsningspliktens existens kan motiveras genom tre huvudsakliga intressen vilka plikten kan anses vila på. Ett samhällsekonomiskt intresse,²¹² ett preventivt syfte och slutligen ett intresse motiverat ur lojalitetshänsyn.²¹³

Det *samhällsekonomiska syftet* anses utgöra ett av de tre ben som skadebegränsningsplikten har att vila på. Ett rättssystem som grundar sig i att båda avtalsparterna är förpliktade att begränsa skador torde innebära att skadorna ger upphov till en lägre kostnad än om endast den ena avtalsparten förpliktas att agera i skadebegränsande syfte.²¹⁴ Högsta domstolen har i ”Multitotal” NJA 2017 s. 9²¹⁵ uttalat sig om att skadebegränsningsplikten kan motiveras ur ett samhällsekonomiskt intresse genom att inte främja misshushållning av ekonomiska resurser. Domstolen anser att det är att föredra att skadan inte i onödan blir större på grund av aktiv handling eller passivitet på den skadelidande sida.²¹⁶ Skadebegränsningsplikten kan anses motiveras utifrån att det under vissa omständigheter betraktas som mer fördelaktigt, ur ett samhällsekonomiskt perspektiv, om skadelidande vidtar skadebegränsande åtgärder för att begränsa skadeverkningarna än om skadevällande gör detta. Plikten kan således motiveras av att den fyller funktionen av att ekonomiska resurser på såväl mikro- som makroplan motverkas.

Detta synsätt går även att tyda i andra inomobligatoriska lagstiftningar, bland annat i försäkringsavtalslagen. Det finns anledning att tro att åtgärder som vidtas av tredje man även kan tillgodoräknas skadelidande i försäkringsärenden. Detta eftersom skadebegränsningspliktens funktion, att motverka slöseri av resurser, uppfylls även genom ett ingripande av tredje man. Skadevällaren har lika mycket nytta av att tredje man inträder som skadelidande själv och borde därför kunna bli ersättningsskyldig även för skadebegränsande åtgärder som vidtas av tredje man.²¹⁷ Skadevällaren har

²¹¹ Jfr. ”Multitotal” NJA 2017 s. 9, ”Den oförsäkrade båten” NJA 2017 s. 371 och ”De ingjutna rören” NJA 2018 s. 653.

²¹² Jfr. ”Multitotal” NJA 2017 s. 9 p. 30.

²¹³ Herre (1996) s. 565 ff.

²¹⁴ Hellner & Radetzki (2014) s. 212.

²¹⁵ ”Multitotal” NJA 2017 s. 9 behandlar skadeståndsskyldighet i ett utomobligatoriskt förhållande där två kosttillskottsleverantörer tvistar om rätten till nyttjande av ett varumärke.

²¹⁶ ”Multitotal” NJA 2017 s. 9 p. 30.

²¹⁷ Håstad (1973) s. 189 f.

således som utgångspunkt att ersätta skadelidande, och möjligen tredje man, för de skäliga skadebegränsande åtgärder som vidtagits.

Det *preventiva intresset* tar sig vanligen uttryck på två olika sätt. För det första avser plikten att skärpa den skadelidandes aktsamhet. För det andra kan sägas att om den skadelidande parten inte hade haft en skyldighet att begränsa sin egen skada hade den skadelidande parten kunnat missbruka detta till skadevållarens förfång.²¹⁸ En viss skepsis mot argument av preventivt slag brukar dock i allmänhet uttryckas.²¹⁹ Synen på avtalet som ett mer samarbetsinriktat sådant torde, i praktiken, innebära att det *preventiva intresset* minskat i betydelse då avtalet numera präglas av en gemenskap snarare än att respektive part endast agerar för att tillgodose sina egna intressen. Ur ett preventivt intresse får plikten dock anses uppmuntra till ett av samhället såväl som medkontrahenten önskat beteende.

Det tredje intresset som skadebegränsningsplikten anses vila på är till synes ett argument av *lojalitetshänsyn*. Med detta avses att den skadelidande avtalsparten har att visa hänsyn mot skadevållaren så att inte denna åsamkas ett större skadeståndsansvar. Bengtsson hävdar att det framstår som tydligt att de skadebegränsande åtgärderna som den skadelidande är förpliktigad att vidta, företas i skadevållarens intresse.²²⁰ Lojalitetshänsyn framhålls som särskilt viktigt och är väl förankrat i avtalsförhållanden. Plikten föranleder vissa lojalitetsförpliktelser varibland skyldigheten för den skadelidande parten att begränsa sin skada utgör en av dessa förpliktelser.²²¹ Det kan dock ifrågasättas om de skadebegränsande åtgärderna företas enbart i den skadevållandes intresse. Stöd för att de skadebegränsande åtgärderna vidtas i båda parternas intresse torde kunna hämtas dels ur ett samhällsekonomiskt intresse vilket berörts ovan, dels av den ömsesidiga lojalitetshänsyn som parterna har att iaktta. Skadebegränsningsplikten ämnar hursomhelst att bidra till funktionen att få parterna att iaktta ett visst mått av lojalitet gentemot varandra.

Skadebegränsningsplikten konstateras främst motiveras utifrån ett allmänt intresse av att främja samhällsekonomisk effektivitet samt att parter i avtalsförhållanden är skyldiga att vara lojala mot varandra även om motparten begått avtalsbrott. Pliktens tre pelare måste dock sättas in i en modern kontext där avtalet utgör en spegling av den förhandling av risker som respektive part är beredda att ta. Eftersom skadelidande vidtagit eller underlåtit att vidta skadebegränsande åtgärder då sådana erfordrats har part att stå risken för utfallet av sin försummelse. Ovan anförda motiv vilka skadebegränsningsplikten vilar på anses utgöra en del av den argumentation i förhandlingen avseende riskfördelningen mellan den skadelidande och den

²¹⁸ Andersson (1993) s. 479.

²¹⁹ Hellner & Radetzki (2014) s. 40 och s. 212; (Bengtsson (1982) s. 32.

²²⁰ Bengtsson m.fl. (2013) s. 114

²²¹ Jfr. Munukka (2007) s. 135 och ”Multitotal” NJA 2017 s. 9 p. 30.

skadevållande i en viss given situation. Skadebegränsningsplikten utgör således ett instrument för att placera och fördela risker mellan skadelidande och skadevållande för att på så vis fastställa en lämplig risk- och skadeavvägning mellan avtalsparterna. Ovanstående motiv är, i varierande grad, avgörande för utformningen av skadebegränsningsplikten.

3.3 Skadebegränsningsplikten och andra närliggande principer

3.3.1 Inledning

Inom den skadeståndsrättsliga diskursen återfinns flertalet regler vilka ställer olika krav på den skadelidande parten att vidta åtgärder för att på ett eller annat sätt begränsa skadeverkningarna av en viss händelse. Åläggandet av en plikt för skadelidande att agera skadebegränsande är således ett återkommande moment av argumentation för fastställande av ersättning för skadestånd. Med anledning av detta föreligger en risk för att skadebegränsningsplikten hamnar på kollisionskurs med andra närliggande regler och principer eller att plikten subsumeras in i dessa regler. Det finns därför anledning att stipulera skillnaden mellan skadebegränsningsplikten och medvållandereglerna respektive adekvansbedömningen i de två närmast följande avsnitten.

3.3.2 Medvållande och skadebegränsning

Såväl medvållande som skadebegränsning ställer krav på den skadelidandes agerande. På grund av en tidigare utbredd uppfattning om att skadebegränsningsplikten skulle utgöra en del av reglerna om jämkning med anledning av medvållande i 6 kap. 1 § skadeståndslagen (1972:207) samt att gränsdragningen däremellan är av vikt för den följande rättsverkan anses det därför nödvändigt att kort beröra distinktionen mellan dessa två juridiska begrepp.²²²

Frågan om skadebegränsningsplikten utgör en del av bestämmelserna om medvållande eller om plikten vilar på egna ben togs upp av Högsta domstolen i ”Den oförsäkrade båten” NJA 2017 s. 371.²²³ Domstolen sade att utöver jämkning enligt skadeståndslagens bestämmelser så kan en reduktion av ersättningen komma i fråga om den skadelidande inte fullgjort skyldigheten att begränsa sin skada.²²⁴ Vidare uttalar sig domstolen om att skadebegränsningsplikten inträder då den skadelidande fått klart för sig att

²²² Herre (1996) s. 550.

²²³ ”Den oförsäkrade båten” NJA 2017 s. 371 berör huvudsakligen ett skadestånd på grund av skada på en båt och vilken betydelse det har att båten i fråga var oförsäkrad.

²²⁴ ”Den oförsäkrade båten” NJA 2017 s. 371 p. 12.

denne drabbats av en skadegörande handling. Detta skiljer sig åt från den begränsning av ansvaret som följer av principen om den skadelidandes medverkan genom att skadebegränsningsplikten aktualiseras *efter* det att skadeförloppet har inletts.²²⁵

Frågan har också behandlats i den rättsvetenskapliga litteraturen där begreppen bland annat åtskiljs genom att två skilda handlingskrav ställs på den skadelidande. Den skadelidande har å ena sidan ett *ansvar* för medvållande och å andra sidan en *skyldighet* att begränsa sin skada. Den skadelidande åläggs således en skyldighet att inte medverka till skadans uppkomst, medvållande. Detta följs av skadebegränsningsplikten, nämligen att begränsa den eventuellt uppkomna skadan.²²⁶

Principerna skiljer sig också åt från varandra vad gäller rättsverkningarna. En underlåtenhet att begränsa skadan medför att rätt till ersättning bortfaller för de skador som kunde ha begränsats eller undvikits genom de skadebegränsande åtgärderna. Medvållande samt ansvaret för medverkan medför däremot normalt såsom rättsverkning att skadeståndet jämkas.²²⁷

Den utbredda uppfattning som återfinns i den rättsvetenskapliga litteraturen får anses vara samstämmig med det som Högsta domstolen gjort gällande. Medvållande respektive skadebegränsning aktualiseras vid olika tidpunkter. För att skadebegränsning ska aktualiseras måste en skada ha uppkommit eller vara nära föreliggande. Medvållande tar istället sikte på att inte medverka till skadans uppkomst. Det kan däremot finnas anledning att vid tolkning av skadebegränsningsplikten beakta bestämmelserna om medvållande.

3.3.3 Adekvansbedömning och skadebegränsning

Adekvansbedömningen tangerar mot skadebegränsningsplikten på så vis att båda riktar sig mot vissa av skadelidandes beteenden, såväl handling som passivitet. Skadelidandes handlande kan vara så oförutsägbara att det vid en bedömning kan anses att en skadevållare inte har att ersätta skadorna. Att skadelidande underlåter att vidta skadebegränsande åtgärder kan således utgöra en del av de bedömningar och avvägningar som sker inom ansvarsgränsen.²²⁸ Det finns därför anledning att kort beröra distinktionen mellan de två begreppen.

Skadebegränsningsplikten respektive adekvanslärans innehåll ter sig olika. Skyldigheten att begränsa sin skada ger uttryck för skadelidandes åtgärder

²²⁵ "Den oförsäkrade båten" NJA 2017 s. 371 p. 13.

²²⁶ Hellner & Radetzki (2014) s. 104.

²²⁷ Herre (1996) s. 551.

²²⁸ Bengtsson (1982) s. 175 ff.

medan adekvansläran generellt tar hänsyn till en viss handlings potential att åsamka skada. Kraven som uppställs enligt adekvansläran kan endast i begränsad omfattning visa hänsyn till den skadelidande partens beteenden. För skadebegränsningsplikten fästs istället fokus vid den skadelidandes beteende. Adekvansläran omfattar dessutom ett större område än plikten att begränsa sin skada.²²⁹

Sammanfattningsvis kan sägas att skyldigheten att begränsa sin skada är självständig i förhållande till såväl medvållandereglerna som adekvansläran. Även om reglerna inom vissa områden kan tänkas sammanfalla så tillgodoser reglerna skilda intressen och är olika till sitt innehåll.

3.4 70 § köplagen

Skadebegränsningsplikten kan sägas ge uttryck för att part som lidit skada på grund av motpartens avtalsbrott åläggs en lojalitetsskyldighet att vidta rimliga åtgärder för att begränsa sin egen skada. Om part försummar att begränsa skadan, kan motpartens skadeståndsskyldighet reduceras.²³⁰

Regleringen av skadebegränsningsplikten återfinns inom köprätten i 70 § köplagen. Lagen behandlar frågor som kan uppstå mellan parter i ett bindande och giltigt köpeavtal.²³¹ Vid bedömningen av om köplagen är tillämplig görs som utgångspunkt ett ställningstagande till om det överhuvudtaget föreligger ett köpeavtal.²³² Lagen är därför i grunden en obligationsrättslig och kontraktsrättslig lagstiftning. Emellertid finns inte någon bestämmelse som fastslår lagens begränsning till obligationsrättsliga frågor.²³³

Det faktum att köplagen är dispositiv i förhållande till avtal mellan parterna har betydelse på grund av den stora utbredningen av standardavtal som finns. Köplagen har ett uttalat syfte om att minska behovet av just standardavtal mellan näringsidkare. Detta syfte kommer bland annat till uttryck genom att grunddragen i köplagen överensstämmer med vad som i allmänhet gäller enligt standardavtalen avseende exempelvis tilläggsfrister vid dröjsmål, avhjälpandeskyldighet samt skadeståndsskyldighetens omfattning.²³⁴

Fastän bestämmelsen i 70 § köplagen saknade motsvarighet i 1905 års köplag innebar kodifieringen av skadebegränsningsplikten ingen nyhet jämfört med tidigare gällande rätt då det sedan tidigare enligt allmänna obligationsrättsliga principer funnits en skyldighet att vidta skäligen åtgärder för att begränsa sin

²²⁹ Radetzki (2012) s. 179 f.

²³⁰ Ramberg & Ramberg (2022) s. 287.

²³¹ Lehrberg (2008) s. 82.

²³² Herre & Ramberg (2021) 1 § köplagen, avsnitt 2.2.1.

²³³ Lehrberg (2008) s. 82.

²³⁴ Håstad (2022) s. 33.

skada.²³⁵ Bestämmelsen i 70 § köplagen skapades då det ansågs vara av vikt att en betydelsefull princip kom till uttryck även i lagtexten.²³⁶

Skadebegränsningsplikten i 70 § köplagen stadgar följande:

Den skadelidande parten skall vidta skäligen åtgärder för att begränsa sin skada. Försummar han det, får han själv bära en motsvarande del av förlusten.

Om skadeståndet är oskäligt med hänsyn till den skadeståndsskyldiges möjligheter att förutse och hindra skadans uppkomst samt omständigheterna i övrigt, kan skadeståndet jämkas.

Skadelidandes skyldighet att begränsa sin skada har genom praxis verkat som en underliggande princip som sedan kodifierats genom ikraftträdandet av den nu gällande köplagen.²³⁷ Bestämmelsen ger uttryck för dels en generell regel vilken ålägger den skadelidande parten att vidta skäligen åtgärder för att begränsa sin skada, dels en bestämmelse i paragrafens andra stycke avseende jämkning vilken stadgar att i det fall att den skadelidande försummar att begränsa sin skada får denne bära en motsvarande del av förlusten.²³⁸

Bestämmelsens primära tillämpningsområde och syfte, enligt förarbetena, är att reglera situationen då part borde genomfört en täckningstransaktion enligt 68 § köplagen. I synnerhet när parterna är näringsidkare, för att begränsa skada avseende dröjsmål av leverans.²³⁹ För säljarens del en täckningsförsäljning och för köparens del ett täckningsköp. När så skett har skadelidande rätt till ersättning för prisskillnaden mellan avtalat pris och priset vid täckningstransaktionen.²⁴⁰

Bestämmelsen i 70 § köplagen fordrar inte att den skadelidande avtalsparten framställt något anspråk eller att denne har reklamerat. Däremot fordrar bestämmelsen ett avtalsbrott men också en därav föranledd skada samt ett åtminstone potentiellt skadeståndsanspråk.²⁴¹ Detta förefaller sig naturligt då det inte finns någon skada att begränsa om någon sådan inte uppkommit och inte heller någon motparts intressen att tillvarata om inte något avtalsbrott uppstått. Bestämmelsen ger också uttryck för att part åläggs att begränsa sin skada utan vetskap om denne kommer erhålla ersättning för densamma. Detta torde vila på ett lojalitetsresonemang inom ramen för avtalsförhållandet.

²³⁵ Herre & Ramberg (2021) 70 § köplagen, avsnitt 15.5.1.

²³⁶ SOU 1976:66, s. 161.

²³⁷ Prop. 1988/89:76 s. 1; Ramberg (1995) s. 653.

²³⁸ Prop. 1988/89:76, s. 205.

²³⁹ Ibid, s. 206.

²⁴⁰ Herre (1996) s. 569.

²⁴¹ Kihlman m.fl. (2020) 70 § köplagen, avsnitt 2.1.1.

3.4.1 Skäliga åtgärder

Av köplagen ges inte någon vägledning i hur omfattande skadebegränsningsplikten är, när plikten inträder eller har försummats. Inte heller framgår vad som avses med begreppet skäliga åtgärder.

Av propositionen till köplagen framgår att de skadebegränsande åtgärder som fordras av den skadelidande skall vara skäliga. *E contrario*, oskäliga åtgärder behöver således inte företas. Någon gränsdragning mellan skäliga respektive oskäliga åtgärder går däremot inte att utläsa ur lagtexten. Ledning får därför sökas i förarbeten till lagen, praxis samt doktrin där skälighetsrekvisitet får sin förklaring.²⁴²

Avgörande för bedömningen av vad som utgör skäliga åtgärder är vilka möjligheter som den skadelidande hade vid tidpunkten för avtalsbrottet att begränsa skadan samt i vilken utsträckning den skadelidande parten hade vetskap om densamma.²⁴³ Skadelidande behöver inte vidta några åtgärder innan vetskap om avtalsbrottet erhållits eller borde ha erhållits.²⁴⁴

Herre har i sin avhandling utvecklat resonemanget från förarbetena och framhåller att den skadelidande inte behöver vidta mer ingripande åtgärder än vad en normal person inom samma bransch skulle vidtagit i samma situation.²⁴⁵ Denna uppfattning delas av Högsta domstolen som uttrycker att vägledning i vad som avses med skäliga åtgärder får sökas i hur en normal skadelidande skulle ha agerat under motsvarande omständigheter om denna haft vetskap om att ersättning inte skulle erhållas från motparten.²⁴⁶ Vidare anser Herre att skadebegränsningsplikten inträder då part gjort sig skyldig till ett skadeståndsgrundande avtalsbrott och motparten har fått, eller borde ha fått, kännedom om detta. Vid fastställande av om den skadelidande handlat i enlighet med skadebegränsningsplikten fordras även beaktande av den skadelidandes handlingar i ljuset av den situation som den skadelidande befann sig i när de skadebegränsande handlingarna företogs.²⁴⁷ Bedömningen sker således inte enbart genom beaktande av resultatet av de skadebegränsande åtgärderna.

Till diskussionen bidrar Jan Ramberg med ett resonemang, likt Högsta domstolen, avseende utgångspunkterna för vad som utgör en skälig åtgärd. Ramberg hävdar att skälighetsrekvisitet får sin förklaring genom att den skadelidande ska agera på samma sätt som om den skadelidande inte kunnat räkna med ersättning för sin förlust. Skadelidande har således att iaktta

²⁴² Prop. 1988/89:76, s. 206.

²⁴³ SOU 1976:66, s. 161.

²⁴⁴ Prop. 1988:89:76, s. 206.

²⁴⁵ Herre (1996) s. 579; Kihlman m.fl. (2020) 70 § köplagen, avsnitt 2.1.4.

²⁴⁶ "Multitotal" NJA 2017 s. 9 p. 31 och p. 32.

²⁴⁷ Herre (1996) s. 579.

samma hänsyn till motpartens skadebegränsning som sin egen.²⁴⁸ Någon form av lojal samverkan torde kunna härledas ur Rambergs resonemang där avtalsparterna tillvaratar motpartens intressen och samarbetar för uppfyllande av avtalet snarare än att parterna betraktar varandra som motparter.

Det är således inte den skadelidande själv som utgör måttstocken för vad som skall göras eller inte göras för att begränsa sin skada. Bedömningen görs istället utefter vad en förnuftig person i den skadelidandes ställe skulle ha gjort, respektive inte gjort, för att begränsa sin skada.²⁴⁹ Det torde vara i enlighet med den lexikaliska betydelsen av ordet skälighet att begreppet inte ska tolkas strikt objektivt. Vad som anses skäligt beror av omständigheterna i varje enskilt fall. Det kan således ställas högre krav för att nå upp till skälighetsrekvisitet i det fall att man besitter större möjligheter att vidta olika skadebegränsande handlingar. Avtal, vilka fordrar nära samarbete och samverkan mellan parterna, kan således kräva mer av respektive part ur ett skadebegränsande perspektiv. Exempelvis utgör entreprenader ett sådant område vilket fordrar parternas gemensamma ansträngningar och samarbete för förverkligande av avtalet.²⁵⁰

Att vidta skadebegränsande åtgärder bör däremot inte anses föreligga om åtgärderna är att anse som mycket kostsamma i förhållande till skadan i fråga eller om det fordras ett inledande av rättsliga processer av hög komplexitet som medför att skadan begränsas om de är framgångsrika.²⁵¹ Hänsyn måste således tas till den skadelidandes finansiella samt praktiska möjligheter att vidta lämpliga åtgärder för att begränsa sin skada.²⁵² Någon skyldighet för den skadelidande att vidta åtgärder som riskerar att försämra dennes kreditvärdighet eller liknande som utsätter den skadelidandes tillgångar för risk fordras inte. Åtgärder som strider mot normal affärsetik eller som hotar den skadelidandes anseende på marknaden bör inte heller omfattas av skälighetsrekvisitet.²⁵³

I det fall att den skadelidande besitter egna resurser för att begränsa skadan eller om skadelidande har ett brett nätverk med stor sakkunskap inom området kan högre krav ställas på den skadelidandes åtgärder för begränsande av skadan.²⁵⁴ Utgångspunkten för vad som anses utgöra skäliga åtgärder kan också uttryckas som att part ska handla ekonomiskt förnuftigt eller rationellt.²⁵⁵ I brist på ytterligare uppslag kan det ifrågasättas vad som menas med ekonomiskt förnuftigt eller rationellt. Det förefaller sig oklart vems

²⁴⁸ Ramberg (1995) s. 695.

²⁴⁹ Kihlman m.fl. (2020) 70 § köplagen, avsnitt 2.1.4.

²⁵⁰ Se avsnitt 2.5 om entreprenaders särpräglade karaktär.

²⁵¹ Herre & Ramberg (2021) 70 § köplagen, avsnitt 15.5.2; "Multitotal" NJA 2017 s. 9 p. 36.

²⁵² Prop. 1988/89:76, s. 206.

²⁵³ Herre (1996) s. 581; "Multitotal" NJA 2017 s. 9 p. 36.

²⁵⁴ Hellner (1989) s. 142.

²⁵⁵ Herre & Ramberg (2021) 70 § köplagen, avsnitt 15.5.2.

intresse uttalandet tar sikte på. Vad som är ekonomiskt förnuftigt eller rationellt för den ena parten behöver inte nödvändigtvis vara det för motparten.

Om det, med facit i hand, visar sig att den skadelidande kunnat förfara på ett annat och mer effektivt sätt för att begränsa sin skada ska dock inte kritik föras mot den skadelidande.²⁵⁶ Det finns inget krav på att parts skadeståndsbegränsande åtgärder faktiskt ska vara framgångsrika. Det anses tillräckligt att de skadebegränsande åtgärderna framstod som skäliga då de vidtogs.²⁵⁷ Högsta domstolen har utvecklat detta resonemang och slagit fast att så länge åtgärden, ur den skadelidandes perspektiv, framstod som adekvat och därmed skälig när den vidtogs ska en åtgärd som leder till större skada än nytta inte påverka rätten till ersättning. Det rör sig således inte om en strikt objektiv bedömning. Det är istället närmast en fråga om en bedömning av åtgärdernas förväntade effekt där bedömningen ska inriktas på om den skadelidande haft fog för att anta att de skadebegränsande åtgärderna var de mest lämpliga.²⁵⁸

Den skadelidande parten har rätt till ersättning för de skäliga åtgärder som denne vidtagit även om åtgärderna i efterhand visar sig ha lett till större skada än om part förhållit sig passiv. Av detta följer att den skadelidandes agerande för att begränsa sin skada ska bedömas *ex ante* och inte *ex post*.²⁵⁹ Detta motiveras genom att plikten att försöka begränsa skadan gäller till förmån för den avtalsbrytande parten. De skadebegränsande åtgärder som vidtas av den skadelidande parten sker alltså i motpartens, den kontraktbrytande partens, intresse.²⁶⁰ Av relevans är således hur situationen för den skadelidande gestaltade sig vid tidpunkten då skadebegränsningsplikten aktualiserades. Rätten till ersättning påverkas därför inte av senare inträffade förhållanden vilka medför att *ex-ante*-bedömningen inte anvisade det bästa tillvägagångssättet för begränsning av skadan.²⁶¹

Syftet bakom de nu berörda ståndpunkterna torde enligt Herre vidare kunna motiveras enligt följande. Av naturliga skäl ligger det i den avtalsbrytande partens intresse att den skadelidande parten begränsar skadan. I det fall då den skadelidande parten skulle vara tvungen att vidta skadebegränsande åtgärder på egen risk förefaller det sig naturligt att incitamentet till att vidta skadebegränsande åtgärder kraftigt reduceras. På grund härav måste de skadebegränsande åtgärderna, inom skälighetsrekvisitet, kunna vidtas på den avtalsbrytande partens risk. Den skadelidande ska således ha rätt till ersättning för samtliga skäliga åtgärder som vidtagits för att begränsa

²⁵⁶ Prop. 1988/89:76, s. 206.

²⁵⁷ Jfr. Kihlman m.fl. (2020) 70 § köplagen, avsnitt 2.1.4.2 och Herre & Ramberg (2021) 70 § köplagen, avsnitt 15.5.2.

²⁵⁸ ”Multitotal” NJA 2017 s. 9 p. 35.

²⁵⁹ Prop. 1988/89:76, s. 206; Herre (1996) s. 592.

²⁶⁰ Herre (1996) s. 458 f.

²⁶¹ Ibid, s. 592.

skadan.²⁶² Däremot får den skälighetsbedömning vilken ligger till grund för om skadebegränsningsplikten anses uppfylld eller inte anses skänka ett stort utrymme för anpassning i varje enskilt fall. Skadebegränsningsplikten, såsom den kommer till uttryck i köplagen, får anses generellt hållen. Skälighetsrekvisitet, vilket återfinns i förarbeten och praxis, görs på skönsmässiga grunder. Detta innebär att den skadelidande parten till viss del tar en risk genom sina skadebegränsande åtgärder. Ett visst mått av lojalitet och tillit gentemot motparten får således anses föreligga.

Den allmänna rättsgrundsatsen *pacta sunt servanda* gäller fastän principen inte är kodifierad i svensk lagstiftning. Om avtalet anses vara giltigt och det inte föreligger några tvingande regler som strider mot avtalet eller grund för åsidosättande eller jämkning tillämpas vad som är avtalat.²⁶³ Som huvudregel anför Herre att det inte ska fordras preventiva åtgärder där part åläggs att gardera sig mot eventuella skador som skulle kunna utgöra grund för ett framtida avtalsbrott.²⁶⁴ Från denna utgångspunkt finns dock vissa undantag. Herre anför vidare att det i särskilda fall går att kräva, inom ramen för skyldigheten att begränsa sin skada, att den skadelidande parten genomför förebyggande åtgärder vid ett anteciperat avtalsbrott.²⁶⁵ Till denna uppfattning sluter sig Munukka som menar att det ibland ska finnas ett krav för skadelidande att vidta förebyggande åtgärder, i vart fall då det med viss säkerhet kan konstateras att avtalsbrott är nära föreliggande. Skadelidande skulle i annat fall kunna straffas för sin uppfyllelsestillit.²⁶⁶ Eftersom de avtalsrättsliga bestämmelserna syftar till att främja ekonomisk effektivitet menar Herre att utgångspunkten borde vara att ingen part ska åläggas med kostnader som inte borde uppkommit om den skadelidande vidtagit skadebegränsande åtgärder.²⁶⁷

Skadelidandes skyldighet att begränsa sin skada kan konstateras försummas både i det fall då inga eller otillräckliga åtgärder vidtagits samt då skadelidande vidtagit för omfattande eller kostsamma åtgärder.

3.4.2 När skadebegränsande åtgärder senast ska vidtas

Skadelidande ska, med beaktande av omständigheterna i varje enskilt fall, ges ett skäligt rådrum för övervägande av olika handlingsalternativ och eventuella konsekvenser därutav.²⁶⁸ Det framgår emellertid inte av vare sig förarbeten eller praxis hur lång tid detta skäligen rådrum består. Bedömningen menas ta

²⁶² Herre (1996) s. 593.

²⁶³ Hellner m.fl. (2019) s. 30.

²⁶⁴ SOU 1976:66, s. 161; Herre (1996) s. 579 f.

²⁶⁵ Herre (1996) s. 632.

²⁶⁶ Munukka (2007) s. 506.

²⁶⁷ Herre (1996) s. 567.

²⁶⁸ SOU 1976:66, s. 161; "Multitotal" NJA 2017 s. 9 p. 33.

utgångspunkt i köpets karaktär där en distinktion mellan kommersiella köp respektive konsumentköp görs, samt vad som är brukligt inom en speciell bransch.²⁶⁹

Lagstiftaren pekar på att den skadelidande parten i många situationer förutsätts kontakta motparten, skadevållaren, för att samråda om möjligheterna att begränsa skadan. Särskilt då parterna har en löpande affärsförbindelse.²⁷⁰ Det anses i vart fall rimligt att skadevållaren erhåller meddelande om kostnadskrävande åtgärder som övervägs så att skadevållaren ges tillfälle att föreslå alternativa, mindre kostnadskrävande, åtgärder för att minska förlusten.²⁷¹ Mycket kostsamma åtgärder i relation till förväntad skada ska typiskt sett inte krävas.²⁷²

Eftersom de skadebegränsande åtgärderna vidtas i den skadeståndsskyldiges intresse bör den skadelidande parten meddela den skadeståndsskyldige när skadelidande på grund av bristande ekonomiska resurser inte kan vidta en viss åtgärd. På så vis bereds den skadeståndsskyldige möjlighet att vidta åtgärder.²⁷³ Kommunikationen parterna emellan anses emellertid vara avhängigt avtalsförhållandet och typen av köp.²⁷⁴ Vid långvariga skadeverkningar har den skadelidande att ompröva situationen efter vad som vid varje tidpunkt är känt.²⁷⁵

Att skadelidande i många situationer har att kontakta skadevållaren får närmast anses utgöra någon slags meddelandeplikt eller underrättelseplikt. Det finns således anledning att undersöka om det i köplagens stadganden avseende underrättelseplikt finns ledning i när skadelidande försummat det skäligen rådru som följer av förarbetena till 70 § köplagen.

Säljarens respektive köparens underrättelseplikt²⁷⁶ kommer till uttryck i 28 och 58 §§ köplagen.²⁷⁷ Av 28 § köplagen framgår följande:

Hindras säljaren att fullgöra köpet i rätt tid, skall han lämna köparen meddelande om hindret och dess inverkan på möjligheterna till fullgörelse. Om köparen inte får ett sådant meddelande inom *skälig tid* (här kursiverat) efter det att säljaren har fått eller borde ha fått kännedom om hindret, har köparen rätt

²⁶⁹ SOU 1976:66, s. 161.

²⁷⁰ Prop 1988/89:76, s. 205 f.; Herre & Ramberg (2021) 70 § köplagen, avsnitt 15.5.2.

²⁷¹ Prop. 1988/89:76, s. 206.

²⁷² "Multitotal" NJA 2017 s. 9 p. 36.

²⁷³ Ibid.

²⁷⁴ Prop. 1988/89:76, s. 206.

²⁷⁵ "Multitotal" NJA 2017 s. 9 p. 34.

²⁷⁶ För främjandet av en pedagogisk framställning kommer enbart säljarens underrättelseplikt enligt 28 § köplagen behandlas. Motsvarande gäller köparens underrättelseplikt i 58 § köplagen.

²⁷⁷ En liknande bestämmelse återfinns i artikel 79.4 i CISG.

till ersättning för den skada som kunde ha undvikits om han hade fått meddelandet i tid.²⁷⁸

Underrättelse om hinder kan ha stor betydelse för köparen. Om köparen får vetskap om förseningen kan köparen vidta åtgärder som begränsar de för köparen negativa följderna av att varan inte avlämnas enligt avtalet.²⁷⁹ Bestämmelsen tar sikte på säljarens skadeståndsskyldighet för att säljaren inte uppfyller sin meddelandeplikt och inte säljarens skadeståndsansvar för själva dröjsmålet med leverans.²⁸⁰ Om köparen inte erhåller ett sådant meddelande har köparen rätt till ersättning för den skada som kunde undvikits om köparen hade fått meddelandet i tid.²⁸¹ Ramberg och Ramberg menar att vid inträffande av avtalsbrott kan en underrättelse vara nödvändig för att begränsa skadeverkningarna. Om en part som drabbats av ett avtalsbrott försummar sådan underrättelseskyldighet, kan möjligheterna att erhålla skadestånd på grund av avtalsbrottet reduceras eller falla bort.²⁸²

Utgångspunkten för fristen är den tid då säljaren fick eller borde ha fått vetskap om hindret. Vad som utgör skälig tid och när säljaren försummat sin underrättelseplikt är beroende av omständigheterna i det enskilda fallet. Lagstiftaren anför dock att det typiskt sett måste krävas en relativt snabb reaktion.²⁸³ Det torde i detta avseende inte finnas någon anledning för säljaren att dröja med sitt meddelande. Underrättelseskyldigheten skiljer sig däremot från skadebegränsningsplikten vilken innebär att skadelidande har att vidta åtgärder för att begränsa skadan. Skälig tid respektive skäligt rådrum borde således skilja sig åt på så vis att den senare ger uttryck för en längre tidsperiod då denna kräver mer av den skadelidande avtalsparten. Eftersom lagstiftaren valt att nyttja såväl begreppet skälig tid som begreppet skäligt rådrum i samma lagstiftning får det antas att lagstiftaren gör skillnad mellan begreppen och att detta inte är en tillfällighet.

Likt den skälighetsbedömning som tillämpas vid avgörande av vad som utgör skäliga skadebegränsningsåtgärder kan det konstateras att det förhåller sig på samma vis vad gäller skälighetsbedömningen av vad som utgör skäligt rådrum. Skälighetsrekvisitet är även här beroende av omständigheterna i varje enskilt fall.

²⁷⁸ Bortsett från beteckningen säljare respektive köpare är 28 och 58 §§ köplagen likalydande.

²⁷⁹ Prop. 1988/89:76, s. 118.

²⁸⁰ Herre (1996) s. 56.

²⁸¹ Prop. 1988/89:76, s. 118.

²⁸² Ramberg & Ramberg (2022) s. 40 ff.

²⁸³ Prop. 1988/89:76, s. 118.

3.4.3 Försummelse av skadebegränsningsplikten

För att återge en systematisk bild av skadebegränsningsplikten i 70 § köplagen kommer något kort nämnas om försummelse av plikten i förevarande avsnitt.

En försummelse av skadebegränsningsplikten medför att den skadelidande själv får bära en motsvarande del av förlusten.²⁸⁴ Den skadelidande kan således inte kräva ersättning för samtliga förluster som denna de facto haft med anledning av skadan. Ersättning kan enbart krävas för den del av förlusten som den skadelidande skulle haft även om denne vidtagit de skadebegränsande åtgärderna.²⁸⁵

Skadevållaren ges möjlighet att jämka skadeståndsbeloppet med motsvarande belopp som den skadelidande borde begränsat sin skada med om denne inte agerat försumligt.²⁸⁶ Jämkning av skadestånd behandlas vidare i nästföljande avsnitt.

3.4.4 Jämkning av oskäligt skadestånd

För återgivandet av en systematisk bild av skadebegränsningsplikten så som den kommer till uttryck i 70 § köplagen kommer i detta avsnitt något kort nämnas om jämkning av oskäligt skadestånd.

I 70 § andra stycket köplagen återfinns en regel som stadgar att ett oskäligt skadestånd kan jämkas. Bestämmelsen förutsätter närmast att den ersättningsgilla skadan har visats uppgå till ett visst belopp och att beloppet i fråga framstår som oskäligt högt.²⁸⁷

Vid bedömning av om ett skadeståndsanspråk är oskäligt enligt 70 § andra stycket köplagen ska hänsyn tas till den skadeståndsskyldiges möjligheter att förutse och hindra skadans uppkomst samt omständigheterna i övrigt. Genom hänvisning till den skadeståndsskyldiges möjlighet att förebygga skadan följer att skador som orsakats av grov vårdslöshet endast i undantagsfall kan jämkas.²⁸⁸ Förutsebarhetsbedömningen, avseende den skadeståndsskyldiges möjligheter att förutse skadans uppkomst, omfattar samtliga omständigheter som kan förutses senast vid tidpunkten för avtalsbrottet.²⁸⁹

²⁸⁴ 70 § första stycket köplagen.

²⁸⁵ Herre & Ramberg (2021) 70 § köplagen, avsnitt 15.5.1.

²⁸⁶ Ramberg (1995) s. 697.

²⁸⁷ Kihlman, m.fl. (2020) 70 § köplagen, avsnitt 2.2.

²⁸⁸ Håstad (2022) s. 213; Ramberg (1995) s. 697.

²⁸⁹ Herre (1996) s. 681 f.

En avtalsparts skyldighet att ersätta medkontrahentens skada på grund av parts avtalsbrott utgör den yttersta konsekvensen av *pacta sunt servanda*. Diverse begränsningar av skadeståndsskyldigheten kan således sägas utgöra begränsningar av principen om avtalsbundenhet. Utifrån ett sådant perspektiv framstår det närmast som självklart att möjligheten till jämkning i 70 § andra stycket köplagen utgör ett undantag och att bestämmelsen bör tillämpas med viss restriktivitet.²⁹⁰

3.5 Ersättning för skadebegränsande åtgärder

Utgångspunkten för skadestånd enligt svensk rätt är att ersättning ska utgå enligt det positiva kontraktsintresset.²⁹¹ Flertalet olika uttryckssätt används för att beskriva vad som menas med att skadeståndet ska försätta den skadelidande parten i samma ekonomiska situation som om avtalet fullgjorts på riktigt.²⁹²

Hellner anför, i en definition av begreppet skadestånd, att detta är ”en ersättning som har till uppgift att försätta den förfördelade ... parten i samma ekonomiska ställning som om den skadevållande handlingen inte hade förekommit.”²⁹³ På ett annat ställe i samma skrift menar Hellner att huvudregeln för skadeståndets beräkning i kontraktsförhållanden där part gjort sig skyldig till ett avtalsbrott är att ”skadeståndet skall sätta den skadelidande i samma ställning som om kontraktet hade uppfyllts på ett riktigt sätt.”²⁹⁴ Motsvarande uppfattning finns hos Taxell som menar att syftet med skadeståndet är ”att borgenären ekonomiskt skall försättas i samma läge som om avtalet hade fullgjorts enligt dess innehåll.”²⁹⁵

I propositionen till köplagen stadgas att den skadelidande skall försättas i samma ekonomiska ställning som om motparten hade fullgjort avtalet på rätt sätt.²⁹⁶ Endast den skadelidandes nettoförlust ska ersättas, *compensatio lucri cum damno*. I det fall att den skadelidande på grund av avtalsbrottet har besparats vissa utgifter ska dessa besparingar dras bort från skadeståndet.²⁹⁷ Skadeståndet bestäms med utgångspunkt i att parterna fullgjort sina förpliktelser avtalsenligt och att den icke-avtalsbrytande parten erhåller avtalsvärdet. Det är därför vedertaget att beskriva principen om full ersättning som att skadestånd ska utgå enligt det positiva kontraktsintresset. Det positiva kontraktsintresset kan således anses ge uttryck för ett belopp. Nämligen det

²⁹⁰ Kihlman m.fl. (2020) 70 § köplagen, avsnitt 2.2.5.

²⁹¹ Prop. 1988/89:76, s. 193; Lehrberg (2008) s. 435 f.

²⁹² Herre (1996) s. 301.

²⁹³ Hellner (1993) s. 189.

²⁹⁴ Ibid, s. 210.

²⁹⁵ Taxell (1972) s. 351.

²⁹⁶ Prop. 1988/89:76, s. 193.

²⁹⁷ Håstad (2022) s. 201.

belopp som blir resultatet av en tillämpning av principen om att den skadelidande ska försättas i samma situation som om avtalet fullgjorts på riktigt sätt.²⁹⁸

Principen är dock inte utan undantag. För det första omfattar ersättningsskyldigheten inte förluster som saknar ett adekvat kausalsammanhang²⁹⁹ med själva avtalsbrottet. Opåräkneliga, avlägsna samt onormala följder av avtalsbrottet faller således utanför skadeståndsskyldigheten. För det andra undantas, från principen om full ersättning, sådana situationer då den skadelidande parten inte har begränsat sin skada i enlighet med 70 § köplagen. Därtill kan den skadelidandes eget medvållande³⁰⁰ till skadan föranleda nedsättning eller bortfall av skadeståndet.³⁰¹

²⁹⁸ Herre (1996) s. 303.

²⁹⁹ Se avsnitt 3.3.3.

³⁰⁰ Se avsnitt 3.3.2.

³⁰¹ Prop. 1988/89:76, s. 193; Lehrberg (2008) s. 435 f.

4 LOJALITETSPLIKTENS FRAMVÄXT

4.1 Inledning

Under slutet av 1800-talet präglades svensk rätt av liberalism där principer avseende avtalsfrihet aktades högt. Partsautonomin hade starkt fäste vilket medförde en dragning åt formalism. Legalitet och förutsebarhet krävdes av den formella rättssäkerheten och parternas överenskommelse fick inte kränkas. Vidare fanns det en stark ovilja att ålägga avtalsparter förpliktelser som inte uttryckligen följde av avtalet. I denna tid fick en kommitté, Obligationskommittén, i uppdrag att föreslå lagstiftning inom det obligationsrättsliga området.³⁰² Röster inom kommittén uttalade sig bland annat om att rättigheter och plikter inte existerar då detta ansågs vara ovetenskapligt.³⁰³ Kontraktuella lojalitetskrav av utfyllande eller reviderande funktion avvisades också under denna tid.³⁰⁴

Begreppet lojalitet är ett vanligt förekommande ord. Begreppet är reflexivt och fordrar definitionsmässigt förekomsten av någon eller något att utöva lojalitet mot. Denna definition är närliggande begreppet trohet och vissa paralleller kan dras till ordet solidaritet, fastän solidaritet utövas med någon eller något.³⁰⁵ Fastän lojalitet vanligen uppfattas som något positivt förknippas begreppet inte enbart med en positiv laddning.³⁰⁶ I vissa kontexter, exempelvis inom en kriminell organisation, får begreppet en annan innebörd. Förvisso verkar en stark lojalitet inom en viss kriminell organisation till fördel för gruppens syfte, men kan inte anses förenlig med övergripande samhällliga intressen.³⁰⁷

Som juridiskt begrepp kan lojalitetsplikten, något förkortat, anses ge uttryck för idén om att avtalsparter ska agera lojalt mot varandra. Detta inbegriper en rad normer vilka kan förklaras som att en part är förpliktigad att iaktta även medkontrahentens intressen.³⁰⁸ Att avtalsparter ska vara lojala mot varandra och visa hänsyn och omsorg till medkontrahenten borde anses som närmast självklart. Däremot kan begreppet ur rättslig synpunkt uppfattas som en utopi helt i avsaknad av verklighetsgrund och som verkningslöst om begreppet inte närmare preciseras. Möjligen utgör detta en grund till varför pliktens

³⁰² Munukka (2007) s. 53 f.

³⁰³ Ibid, s. 54, not 416.

³⁰⁴ Ibid, s. 54, not 418.

³⁰⁵ Ibid, s. 76.

³⁰⁶ Ibid, s. 77.

³⁰⁷ Holm (2004) s. 10.

³⁰⁸ Munukka (2007) s. 92.

omfattning och styrka historiskt sett inte varit föremål för diskussion i Högsta domstolen.

Ett rättsligt lojalitetsbegrepp kom i bruk inom konkurrensrättens område genom 1919 års lag innehållande vissa bestämmelser mot illojal konkurrens.³⁰⁹ Dessförinnan framgick tanken om att visa hänsyn till sin medkontrahent av propositionen till 1905 års köplag. Köplagen kom sedan i viss mån att präglas av tanken om att betrakta den andra avtalsparten såsom en medarbetare där båda parter ingår avtal och verkar för något som är till fördel för dem båda. Detta tankesätt torde även ligga till grund för nu gällande köplag.³¹⁰

Sedan mitten av 1900-talet har pliktens ställning vuxit sig starkare i svensk rätt. På grund av de nordiska avtalslagarnas tillkomst³¹¹ kom ogiltighetsgrunderna svek och hederstridigt förfarande att införas i nordisk rätt.³¹² Regler som tidigare fordrat en parts uppsåtliga ohederlighet kom att kompletteras med regler som krävde att part vidtog rimlig hänsyn till sin medkontrahent. Detta har fått till följd att lojalitetsplikten kommit att hänvisas till i såväl lagförarbeten som i den rättsvetenskapliga litteraturen.³¹³

Hellner föreslog, såsom ensam utredare i köplagsutredningen från år 1976, att det vid sidan av bestämmelserna om ogiltighet och jämkning i avtalslagen skulle tas in en bestämmelse i köplagen vilken skulle ålägga avtalsparterna en positiv förpliktelse att handla i enlighet med tro och heder. Vidare menade Hellner att bestämmelsen skulle tolkas och tillämpas med beaktande av god affärssed. Förslaget vann dock inte framgång.³¹⁴

En attitydförändring av begreppet lojalitet kan under slutet av 1900-talet urskiljas i den rättsvetenskapliga litteraturen.³¹⁵ Grönfors anför i en skrift från år 1995 att utvecklingen, från de tidigare uttalandena i samma anda som Obligationskommittén, har gått vidare till den numera etablerade uppfattningen om att ett avtalsförhållande präglas av en ömsesidig lojalitetsplikt. Det råder däremot skilda meningar i hur långt plikten sträcker sig.³¹⁶

Ramberg och Ramberg anser att lojalitetskravet återfinns i de flesta avtalsförhållanden samt att ett avtal som utgångspunkt utgör en form av samverkan mellan parterna. Vidare bör inte de intressen som avtalet ger uttryck för, uppfattas enbart som konkurrerande eller motstående. Tanken är

³⁰⁹ Munukka (2007) s. 54.

³¹⁰ Prop. 1988/89:76, s. 23; SOU 1976:66, s. 201 f.; Holm (2004) s. 81.

³¹¹ Den svenska avtalslagen trädde ikraft år 1916.

³¹² Munukka (2007) s. 53.

³¹³ Munukka (2010) s. 837 f.

³¹⁴ SOU 1976:66, s. 201.

³¹⁵ Munukka (2007) s. 53.

³¹⁶ Grönfors (1995) s. 39.

att båda parter ska hjälpa varandra att få ut så mycket som möjligt av avtalet.³¹⁷ I en skrift från 1970-talet gav Taxell uttryck för samma ståndpunkt.³¹⁸

Vid sidan av denna doktrinära trend tillkom lagstiftning som förpliktigar part att uppträda lojalt i förhållande till sin medkontrahent.³¹⁹ Stundom stadgas det i förarbeten att lojalitetsplikten närmast är mer eller mindre underförstådd.³²⁰ Någon *generell* lagstiftning vilken ålägger en avtalspart en allmän lojalitetsförpliktelse återfinns emellertid ännu inte i Sverige.³²¹ Den svenska avtalslagen innefattar inte någon uttrycklig bestämmelse avseende lojalitet då det passar illa in i avtalslagens struktur vilken bygger på begreppen tillit och vilja. Många av avtalslagens bestämmelser kan dock motiveras av en önskan att främja lojal samverkan mellan avtalsparter.³²² Avtalsrätten karaktäriseras istället av analogier från lagar vilka reglerar särskilda avtalstyper samt allmänna avtalsrättsliga principer.³²³ Det anses emellertid förekomma uttryck för en lojalitetsplikt i lagstiftningen i stor utsträckning.³²⁴ Därtill förekommer lojalitetsförpliktelser som rättsnormselement alltmer frekvent i nyare rättsvetenskaplig litteratur³²⁵ och med detta får plikten anses ha tillerkänts en ökad betydelse i svensk rätt.³²⁶ Doktrinen får således anses ha föregått lagstiftaren vad gäller hänvisningar till, och diskurs kring, lojalitetsplikten.

Inom ett fåtal *specifika* lagstiftningar förekommer begreppet lojalitet: för huvudmän i agentförhållanden, för mellanmän och för näringsidkare i konsumentförhållanden. Själva uttrycket lojalitetsplikt förekommer däremot inte i någon lagstiftning fastän uttryck för lojalitetsplikten anses förekomma i lagstiftningen i hög utsträckning.³²⁷

Högsta domstolen har i sitt rättsliga resonemang historiskt sett valt att inte nämna lojalitetsplikten även om argumentationen kan tolkas i den riktningen. I exempelvis NJA 1990 s. 745³²⁸ diskuterar domstolen huruvida ett visst beteende är att anse som illojalt eller inte. I NJA 1992 s. 351³²⁹, som i doktrin förknippas med lojalitetsplikten, uttalar domstolen att det uppkommer ett

³¹⁷ Ramberg & Ramberg (2022) s. 40 f.

³¹⁸ Taxell (1972) s. 81.

³¹⁹ Jfr. 5 och 7 §§ lag (1991:351) om handelsagentur.

³²⁰ Jfr. SOU 1976:66, s. 201 f.; prop. 2002/03:150, s. 119; SOU 2002:56, s. 174.

³²¹ Holm (2004) s. 81.

³²² Ramberg & Ramberg (2022) s. 42; jfr. 4, 6 och 9 §§ avtalslagen om skyldigheten att informera för att undvika missförstånd samt 32 § avtalslagen om att part inte illojalt kan dra fördel av att motparten begår ett misstag.

³²³ Ibid, s. 20 ff.

³²⁴ Munukka (2007) s. 62.

³²⁵ Se exempelvis Munukka (2007) och Holm (2004).

³²⁶ Kleineman (2002) s 208, not. 1.

³²⁷ Munukka (2007) s. 62.

³²⁸ I NJA 1990 s. 745 behandlar Högsta domstolen förhållandet mellan ett letter of intent och skadeståndsansvar enligt culpa in contrahendo.

³²⁹ I NJA 1992 s. 351 erkänns borgenärens skyldighet att tillvarata borgensmannens regressrätt som en princip.

kontraktsförhållande vid ingående av en borgensförbindelse samt att detta kontraktsförhållande innefattar ömsesidiga förpliktelser.³³⁰ Även i det för sammanhanget senare avgörandet ”Restaurang Pelé” NJA 2002 s. 630 nämner domstolen inte lojalitetsbegreppet. Istället skriver domstolen att plikten att informera sin motpart om sina ställda krav utgör en allmän förmögenhetsrättslig princip.

Votinius uttrycker i sin avhandling från år 2004 att Högsta domstolen tydligt resonerar kring tanken om att avtalsparter har att beakta medkontrahentens intressen. Å ena sidan skriver Motinius att domstolen tolkat in ett krav på lojalitet och å andra sidan skriver Motinius att domstolen i lika stor utsträckning valt att betrakta avtalet som ett löfte samt att tolkning av avtalet ska utgå från vad som lovats vid avtalsslutet.³³¹ Munukka skriver i sin avhandling från år 2007 att såväl doktrin som förarbeten påvisar en stark tendens mot att lojalitetsplikten vunnit acceptans som en rättsprincip. Enligt Munukka har betydande steg tagits i riktning mot ett erkännande av en kontraktsrättslig lojalitetsplikt. Samtidigt anför Munukka att hänvisningar till lojalitetsplikten är sällsynta då domstolarna tenderar till att åberopa avtalsbestämmelser och specifika lagregler.³³² I en skrift från år 2010 hävdar Munukka att allmänna domstolar hänvisar till lojalitetsplikten i större utsträckning men att Högsta domstolen fortsatt är restriktiva med att stödja sin argumentation på lojalitetsresonemang.³³³

Möjligen till följd av den ökade hänvisningen till, och diskurs kring, lojalitetsplikten i den rättsvetenskapliga litteraturen har Högsta domstolen under senare år hänvisat till plikten mer frekvent.³³⁴ Detta pekar i riktning mot att plikten ökat i betydelse. Samtidigt framstår dess självständighet, omfattning och styrka som outredd. Historiskt sett har lojalitetsplikten enbart kommit till uttryck i den rättsvetenskapliga litteraturen, med avsaknad av förankring i praxis eller lagtext. Vad avsaknaden av intresse för lojalitetsplikten haft för grund kan ifrågasättas.

³³⁰ Holm (2004) s. 84.

³³¹ Motinius (2004) s. 229 f.

³³² Munukka (2007) s. 61.

³³³ Munukka (2010) s. 839.

³³⁴ Jfr. ”Överförmyndaren” NJA 2012 s. 1095, ”Kravmjölken” NJA 2017 s. 203, ”Skogssällskapet” NJA 2017 s. 1195, ”Flyget till Antalya” NJA 2018 s. 127, ”Leksaksaffären i Vimmerby” NJA 2018 s. 171, ”De ingjutna rören” NJA 2018 s. 653 och ”Omsättningsmålet” NJA 2021 s. 943.

4.2 Lojalitetsplikten som en allmän kontraktsrättslig rättsprincip

Lojalitetsplikten kan anses utgöra grund för så gott som alla avtalsförhållanden.³³⁵ För avtal, särskilt avtal som löper under en längre tid, förutsätts en lojal samverkan mellan avtalsparterna under avtalstiden. Parterna förknippas med ömsesidiga lojalitetsförpliktelser med tanken om att båda parter ska få ut så mycket som möjligt av avtalet. Ramberg och Ramberg menar att avtalet inte enbart innebär att varje part ska tillvarata sina egna intressen utan även att avtalet ger uttryck för att visa lojalitet och hjälpa motparten i den mån det inte kostar för mycket.³³⁶ Detta resonemang vittnar om någon form av aktivitetsplikt, nämligen att avtalsparterna ska verka aktivt till förmån för motparten inom ramen för avtalsförhållandet.

Eftersom avtal generellt sett syftar till att skapa ett mervärde för båda avtalsparterna menar Ramberg och Ramberg att avtalet kan liknas en lyckotrappa. Respektive avtalspart ingår ett avtal med premissen om att hamna högre upp på lyckotrappan till följd av synergieffekter. Ramberg och Ramberg menar att vid beaktande av avtalet som en lyckotrappa, där båda parter är förpliktigade att hjälpa varandra nå så högt upp på lyckotrappan som möjligt, så länge det inte är på bekostnad av en själv, faller det sig naturligt att resonera i termer av lojalitet.³³⁷ Resonemanget om avtalet som en lyckotrappa för tankarna till utilitarismen som normativ doktrin. Om detta utgör grund för författarnas ståndpunkt går det inte att bortse från den kritik som doktrinen³³⁸ fått mottaga.

Holm anser att eftersom lojalitetsplikten kan förknippas med en rad rättsligt sanktionerade förpliktelser har avtalsparters skyldighet att visa ömsesidig lojalitet kommit att betraktas som en allmän kontraktsrättslig princip.³³⁹ Till denna uppfattning sluter sig även Munukka.³⁴⁰ Vidare hävdar Munukka att lojalitetsförpliktelser utgör en ungefärlig beteckning på inomkontraktuella förpliktelser som grundar sig i tanken om att avtalet innehåller mer än det uttryckligen uttalade samt att det åvilar respektive part att uppfylla dessa outtalade förpliktelser i motpartens intresse.³⁴¹

Vad lojalitetsplikten mer bestämt ger uttryck för är avhängigt sammanhanget. Exempelvis fyller lojalitetsplikten rudimentära funktioner i vissa avtalssituationer där det närmast handlar om negativa förpliktelser såsom att inte orsaka skada för den andra avtalsparten inom ramen för

³³⁵ Holm (2004) s. 193.

³³⁶ Ramberg & Ramberg (2022) s. 40 f.

³³⁷ Ibid.

³³⁸ Se bl.a. Wolff (1996) s. 54 och Peczenik (1995) s. 67 om kritik mot utilitarismen.

³³⁹ Holm (2004) s. 182.

³⁴⁰ Munukka (2007, s. 12 och s. 74.

³⁴¹ Ibid, s. 461.

avtalsförhållandet eller vid exempelvis börstransaktioner mellan minoritetsägare, där köp och försäljning i större utsträckning sker anonymt. I sådana situationer föreligger knappast något egentligt utrymme för att diskutera lojalitetshänsyn mellan avtalsparterna.³⁴² Holm anser, likt Ramberg och Ramberg, att lojalitetsplikten utgör någon form av avtalsrättslig riktningssivare vilken har betydelse främst för tolkningen av redan accepterade rättsregler.³⁴³ Påståendet om att det i svensk rätt existerar en allmän avtalsrättslig lojalitetsplikt kan således ge upphov till legitimitetsproblem vilka förstärks av att plikten framstår som vag och oklar. Att varje avtalspart bör visa omsorg och hänsyn till motparten borde dock framstå som en självklarhet.

Holm klassificerar lojalitetsplikten som en allmän kontraktsrättslig princip vilken dels kan uppfattas som en tolkningsprincip, dels som en utfyllande rättsgrund i situationer då ett avtal behöver fyllas ut med konkreta lojalitetsförpliktelser. De normer vilka omfattas av lojalitetsplikten anser Holm ålägger avtalsparterna en skyldighet att visa hänsyn till medkontrahentens avtalsrelaterade förväntningsintresse samt ger uttryck för en generell omsorgsförpliktelse. Kravet på lojalitet verkar således som en lagstadgad sanktion med syfte att motverka situationer där en avtalspart påverkar avtalsförhållandet genom att föra in ett riskmoment för sin medkontrahent likt en arbetstagare börjar bedriva konkurrerande verksamhet mot sin arbetsgivare.³⁴⁴ Till Holms uppfattning sluter sig även Munukka som menar att lojalitetsplikten påkallar beaktande men kan inte närmare ange när detta beaktande ger något utslag. Lojalitetsplikten beskrivs således bäst som en allmän kontraktsrättslig princip.³⁴⁵ Vad den kontraktuella lojalitetsplikten kortfattat kan sägas ge uttryck för består i en skyldighet för part att iaktta samt tillvarata medkontrahentens intressen.³⁴⁶

Att föra en argumentation stödd enbart på lojalitetsplikten såsom en självständig grund ger däremot sällan framgång.³⁴⁷ Lojalitetsplikten förekommer främst såsom uttrycksmedel för lojal tolkning och lojal utfyllnad av avtal.³⁴⁸ Avtalen ska således tolkas och utfyllas på ett lojalt vis.³⁴⁹ Inte sällan blir lojalitetskrav en del i avtalet, trots att förpliktelseerna inte uttryckligen framgår av avtalet.³⁵⁰ Förpliktelseerna kan sägas grundas på avtalsparternas skyldighet att visa varandra hänsyn, iakttagande av

³⁴² Holm (2004) s. 193.

³⁴³ Ramberg & Ramberg (2022) s. 43; Holm (2004) s. 198 f.

³⁴⁴ Holm (2004) s. 271 f.

³⁴⁵ Munukka (2007) s. 461.

³⁴⁶ Ibid, s. 92.

³⁴⁷ Ramberg & Ramberg (2022) s. 43; Munukka (2007) s. 135.

³⁴⁸ Munukka (2007) s. 135.

³⁴⁹ Ramberg & Ramberg (2022) s. 40 ff.; Munukka (2007) s. 135.

³⁵⁰ Munukka (2007) s. 135.

motpartens intressen samt lojalitetsresonemang. Lojalitetsplikten kan således anses omfatta ett antal normer.³⁵¹

Holm anför att det i vår tids sekulariserade samhälle vilar på rättsordningen att, vid partsoenigheter, klargöra fördelningen av förpliktelser respektive risker i avtalsförhållanden. Som hjälpmedel har bland annat ett stort antal normer skapats. Flertalet av dessa normer har associerats med vad som i Sverige, såväl som i våra nordiska grannländer, kommit att kallas lojalitetsplikten. Lojalitetsplikten förknippas i sin tur med ett antal rättsnormer som samtliga grundar sig i skyldigheten att visa hänsyn till medkontrahenten i avtalsförhållandet.³⁵² Enligt Holm associeras lojalitet främst med ett antal bi-förpliktelser. Mer sällan förekommer uttryckliga hänvisningar³⁵³ till lojalitet när det gäller utförandet av huvudförpliknelsen.³⁵⁴ Vid ett mer ändamålsorienterat förhållningssätt skulle således lojalitetsplikten kunna inverka på tolkningen av *pacta sunt servanda*. I det fall att lojalitetsplikten kan skydda tilliten hos avtalsparter, avseende bi-förpliktelser, torde plikten rimligen även kunna inbegripas vid tolkningen av fullbordan av själva huvudförpliknelsen.

Holm anför vidare att lojalitetsplikten även ger uttryck för begränsningar av vad en avtalspart med fog kan kräva av sin medkontrahent. Lojalitetsplikten kan därför inte ge uttryck för extraordinära förväntningar. Den rättsliga prövningen av lojalitetspliktens omfattning förknippas således med en intresseavvägning vilken inbegriper idéer om proportionalitet och ekvivalens. Plikten omfattar såväl aktiva som passiva beteenden där en avvikelse från ett önskat beteende kan betraktas som ett avtalsbrott.³⁵⁵

Lojalitetsplikten kan betraktas såsom ett samlingsnamn för en mängd särskilda förpliktelser av skilda slag.³⁵⁶ Ramberg och Ramberg listar en rad förpliktelser, stödda på lojalitetsresonemang såsom exempelvis underrättelseskyldighet och skadebegränsningsplikt.³⁵⁷ Ytterligare exempel utgörs av informations- och upplysningsplikt, klargörandeplikt, vårdplikt, omsorgsplikt samt tillsynsplikt.³⁵⁸ Förpliktelserna kan vara tillämpliga för en viss avtalstyp eller gruppering av avtalstyper men de kan också vara generellt tillämpliga på avtal i allmänhet.³⁵⁹ Vilka förpliktelser som kan åläggas respektive avtalspart är avhängigt parts position i avtalsförhållandet,

³⁵¹ Munukka (2010) s. 840.

³⁵² Holm (2004) s. 1.

³⁵³ Se bl.a. ”Kravmjölken” NJA 2017 s. 203, ”Skogssällskapet” NJA 2017 s. 1195, ”Leksaksaffären i Vimmerby” NJA 2018 s. 171, ”De ingjutna rören” NJA 2018 s. 653 och ”Omsättningsmålet” NJA 2021 s. 943 där Högsta domstolen uttryckligen hänvisar till lojalitetsplikten.

³⁵⁴ Holm (2004) s. 172.

³⁵⁵ Ibid, s. 273 f.

³⁵⁶ Munukka (2007) s. 135 f.

³⁵⁷ Ramberg & Ramberg (2022) s. 41 f.

³⁵⁸ Holm (2004) s. 3.

³⁵⁹ Munukka (2007) s. 135 f.

transaktionstypen samt kontexten i stort.³⁶⁰ Munukka menar att upplysningsplikten, i någon form, måste anses existera i samtliga avtalstyper.³⁶¹ Som samlingsbegrepp kan således lojalitetsförpliktelser förstås som ett tillägg till redan existerande och konkreta avtalsutfästelser. Trots att lojalitetsplikten kan konstateras vara förklädd i olika skepnader kan plikten inte anses helt oberoende av avtalstyp och måste således bedömas i ljuset av densamma.

Munukka konstaterar att fastän det kan ifrågasättas om lojalitetsförpliktelserna ger uttryck för något enhetligt så kan det i vart fall konstateras att förpliktelsernas ändamål grundar sig i att de inte ska åsamka skada gentemot medkontrahenten inom ramen för avtalsförhållandet. Vidare anser Munukka att detta skydd inte framgår av avtalets ordalydelse utan snarare skulle förpliktelserna kunna innebära att motparten erhåller ett skydd trots avsaknad av formell avtalsgrundad rätt till sådan behandling. Att förpliktelserna kan vara såväl positiva som negativa motiveras genom en exemplifiering av upplysningsplikten, en positiv förpliktelse, kontra tystnadsplikten, en negativ förpliktelse.³⁶² Kravet på lojalitet är ofta asymmetriskt på så vis att det inte sällan ställs högre krav på en av avtalsparterna att agera lojalt mot medkontrahenten. Av detta följer således att nivån av lojalitet varierar med avtalstyp och avtalsförhållandet.³⁶³

Lojalitetsplikten kan konstateras utgöra en ungefärlig kontraktsförbindelse som innebär att part har att uppfylla särskilda förpliktelser gentemot medkontrahenten fastän förpliktelserna inte uttryckligen framgår av avtalet. Vilka förpliktelser som åsyftas torde vara avhängigt avtalstyp och avtalsförhållandet.

4.3 Lojalitetsplikten i praxis

4.3.1 Inledning

Högsta domstolen har historiskt sett varit restriktiv med hänvisningar till lojalitet.³⁶⁴ Under de senaste åren har dock referenserna påtagligt ökat.³⁶⁵ I en rad avgöranden från åren 2017 och 2018 har domstolen till viss del baserat sin argumentation på lojalitetsresonemang. Denna vändning har kastat ett nytt ljus på frågan om lojalitetspliktens roll i svensk rätt. Frågan om

³⁶⁰ Holm (2004) s. 192 f.

³⁶¹ Munukka (2007) s. 135 f.

³⁶² Ibid, s. 185.

³⁶³ Munukka (2010) s. 837.

³⁶⁴ Ramberg & Ramberg (2022) s. 41.

³⁶⁵ Jfr. "Överförmyndaren" NJA 2012 s. 1095, "Multitotal" NJA 2017 s. 9, "Kravmjölken" NJA 2017 s. 203, "Leksaksaffären I Vimmerby" NJA 2018 s. 171 och "Omsättningsmålet" NJA 2021 s. 943.

lojalitetsplikten nått ett fullständigt erkännande genom Högsta domstolens hänvisningar till plikten ämnar de nästkommande avsnitten undersöka.

Av pedagogiska skäl kommer inledningsvis ett antal äldre avgöranden från Högsta domstolen att redogöras för. Detta eftersom domstolens senare praxis till viss del bygger vidare på de tidigare.

Fokus ligger vid att kort beskriva bakgrunden för att sedan övergå till de för uppsatsen relevanta delarna, nämligen domstolens syn på lojalitetsplikten i varje enskilt fall. Detta perspektiv präglar sedermera den sammanfattande analys av praxis som även den lägger tonvikt vid lojalitetsplikten.

4.3.2 "Restaurang Pelé" NJA 2002 s. 630

I "Restaurang Pelé" NJA 2002 s. 630, hade en entreprenör, ett byggbolag, och en beställare, ett restaurangbolag, ingått avtal om att entreprenören skulle utföra vissa ombyggnadsarbeten i lokaler tillhörande beställaren.

Entreprenaden utfördes enligt bestämmelserna i AB 92. Entreprenaden godkändes vid slutbesiktning men besiktningsmannen fann att det förelåg fel i entreprenaden då ljudnivån från en ventilationsanläggning var för hög. Enligt AB 92 kap. 7 § 25 var entreprenören skyldig att avhjälpa det som i besiktningsutlåtandet antecknats som fel, oavsett om entreprenören ansvarade för felet eller inte. Entreprenören var också skyldig att meddela beställaren om entreprenören ansåg att denne inte ansvarade för felet enligt samma bestämmelse.

Nästan två år efter slutbesiktning av entreprenaden ansökte entreprenören om stämning. Entreprenören yrkade fakturabeloppet. Beställaren bestred yrkandet och anförde som grund för sin talan att entreprenören genom sin passivitet försuttit sin rätt att göra anspråk gällande.

Grundat på allmänna förmögenhetsrättsliga principer uttalade Högsta domstolen att part som agerat passivt kunde förlora de rättigheter som stipulerades av avtalet. Med stöd i köplagens bestämmelser sade domstolen att det som huvudregel inte återfinns någon plikt för en säljare som mottagit en reklamation om fel i vara att väcka talan om betalning inom viss tid för att undgå att fordran på betalning bortfaller. Emellertid menade domstolen att en plikt att ge besked om att ett anspråk görs gällande kan finnas. Domstolen pekade på tre omständigheter som skulle kunna föranleda en sådan plikt. *För det första*, när en part vet att motparten inrättat sig på visst sätt i förlitan på en rättslig bedömning som är felaktig.³⁶⁶ *För det andra*, när part har gett motparten intrycket av att part eftergett sin rätt.³⁶⁷ *För det tredje*, när part

³⁶⁶ Jfr. 6 § andra stycket avtalslagen.

³⁶⁷ Jfr. "Pantsättarens passivitet" NJA 1961 s. 26.

under en mycket lång tid underlåtit att göra sin rätt gällande.³⁶⁸ Plikten att informera sin motpart benämner domstolen gälla såsom en allmän förmögenhetsrättslig princip.

Någon sådan situation menade Högsta domstolen, liksom hovrätten, inte föreligger i målet. Entreprenören hade dagen efter besiktningsutlåtandet utfärdat en faktura till beställaren vilken baserades på att ljudnivån från ventilationsanläggningen inte gav beställaren rätt att hålla inne med betalning. Entreprenören hade därtill vägrat att bekosta avhjälpandet av bullret men avhjälp andra fel som upptagits i besiktningsutlåtandet. Högsta domstolen fastslog således att entreprenören inte agerat passivt på ett sådant sätt som skulle innebära att entreprenören förhindrades att få frågan prövad om ljudnivån från ventilationsanläggningen utgjorde ett fel i entreprenaden.

4.3.3 ”Kravmjölken” NJA 2017 s. 203

I ”Kravmjölken” NJA 2017 s. 203 hade Högsta domstolen att pröva frågan om det föreligger en reklamationsrätt för en säljare efter att denne förhållit sig passiv vid köparens avtalsbrott.

Två bröder bedrev en näringsverksamhet. Bröderna hade ingått ett avtal med ett mejeri om regelbundna mjölkleveranser där en tilläggsersättning, utöver grundersättningen för KRAV-certifierad mjölk, skulle utgå. Mejeriet slutade emellertid att betala tilläggsersättningen i december 2003 då mejeriet hävdade att bröderna inte uppfyllde de särskilda regler som gällde för leverantörer av KRAV-certifierad mjölk. Mejeriet hävde sålunda avtalet.

Bröderna fortsatte emellertid att leverera mjölk till mejeriet men erhöll endast grundersättning. Först i januari 2014 väckte bröderna talan och yrkade betalning av den uteblivna tilläggsersättningen. Mejeriet anförde att avtalet om tilläggsersättning hade hävts i december 2003 på grund av ett väsentligt avtalsbrott. Mejeriet anförde också att bröderna reklamerat hävningen för sent då reklamation skedde nästan 10 år efter det att avtalet hade hävts.

Högsta domstolen meddelade prövningstillstånd med utgångspunkt i hovrättens bedömning gällande att mejeriets hävning inte varit befogad. Högsta domstolen anförde att ”många avtal, särskilt sådana som gäller under längre tid och som rymmer ömsesidiga rättigheter och skyldigheter, förutsätter en *lojal samverkan* (här kursiverat) mellan parterna under avtalstiden.” Enligt domstolen hade parterna en ömsesidig skyldighet att i vissa för avtalet väsentliga delar lämna varandra upplysningar eller klargöra sin uppfattning i olika hänseenden. Denna skyldighet gällde även då den ena parten gjort sig skyldig till avtalsbrott. Vidare anförde Högsta domstolen att också vid fullgörande av avtalsåtagande är part skyldig att meddela medkontrahenten för att inte förlora rätten att göra avtalsbrottspåföljder

³⁶⁸ Jfr. ”Bodelning efter 24 år” NJA 1993 s. 570.

gällande. Högsta domstolen menade, med hänvisning till ”Restaurang Pelé” NJA 2002 s. 630, att en situation då part hade vetskap om att medkontrahenten inrättade sig på ett visst sätt i förlitan på en rättslig bedömning som var felaktig, när part givit medkontrahenten intrycket av att part eftergivit sin rätt, eller passivitetsverkan, när part under lång tid underlåtit att göra sin rätt gällande utgjorde sådana situationer där en sådan skyldighet förelåg.

Eftersom tilläggsersättning inte längre betalades ut menade Högsta domstolen att bröderna måste ha insett att avtalet om tilläggsersättning för KRAV-certifierad mjölk hävts eftersom bröderna fortsatt att leverera mjölk mot erhållande av grundersättning. Vidare menade domstolen att det hade fordrats av bröderna att meddela mejeriet om att bröderna inte accepterade hävningen samt att bröderna gjorde anspråk på den uteblivna tilläggsersättningen. Eftersom bröderna underlåtit att meddela mejeriet hade de försuttit sin rätt att göra kontraktsbrottspåföljder gällande.

4.3.4 ”Skogssällskapet” NJA 2017 s. 1195

I ”Skogssällskapet” NJA 2017 s. 1195 förvärvade köparen, VS, i slutet av år 2009 fyra skogsfastigheter av säljaren, Stiftelsen Skogssällskapet, till en köpeskillning om 70 miljoner kronor. Under början av år 2010, i samband med att VS ansökte om avverkningstillstånd avseende skog på de förvärvade fastigheterna, fick VS besked av Skogsstyrelsen att tillstånd om avverkning inte kunde beviljas då fastigheterna i fråga var föremål för planer om utökad naturskydd. VS reklamerade felet till Stiftelsen Skogssällskapet i oktober 2014. I juli 2015 väckte VS talan vid domstol och yrkade nedsättning av köpeskillingen samt skadestånd.

Som grund för sin talan anförde VS att Stiftelsen Skogssällskapet handlat i strid mot tro och heder alternativt att Stiftelsen Skogssällskapet av grov vårdslöshet underlåtit att upplysa VS om att fastigheternas naturskydd eventuellt skulle utökas. Stiftelsen Skogssällskapet bestred att fastigheten var behäftad med fel samt invände att VS försuttit sin rätt att reklamera. VS menade emellertid att det saknades skyldighet att reklamera felet i fråga.

I en mellandom enades parterna om att låta avgöra huruvida VS, för det fall att Stiftelsen Skogssällskapet begått ett kvalificerat avtalsbrott, till följd av sin långa underlåtenhet att reklamera hade förlorat rätten att göra felet gällande. Prövningen i Högsta domstolen var således inskränkt till att avse verkan av parts passivitet sedan medkontrahenten begått ett kvalificerat avtalsbrott.

Högsta domstolen konstaterade att reklamationsplikten i 4 kap. 19 a § första stycket jordabalken upphävs av den genombrottsregel som framgår av andra stycket samma lagrum vilken stadgar att köparen utan hinder av första stycket

får återropa att fastigheten är behäftad med fel, om säljaren har handlat i strid mot tro och heder eller grovt vårdslöst.

Liknande bestämmelser återfinns i bland annat köplagen, konsumenttjänstlagen och kommissionslagen (2009:865). I förarbetena till dessa lagar uppges som skäl för undantaget att en säljare som handlar illojalt inte ska kunna återropa reklameringsreglerna för att freda sig mot köparens anspråk på grund av fel. Det sägs också att den som vill göra en påföljd gällande inte kan dröja obegränsat länge med att lämna meddelande efter det att denne upptäckt felet.

Av 4 kap. 19 b § jordabalken framgår att preskriptionstiden för fordran på grund av fel i fastighet, om inte preskriptionsavbrott skett dessförinnan, är tio år från det att köparen tillträtt fastigheten.

Trots detta fann Högsta domstolen att rättighetsförluster kan inträda vid ett tidigare tillfälle, varför en part inte kan förhålla sig helt passiv. Enligt allmänna rättsprinciper kan sådan passivitet medföra förlust av rätten att återropa felet. Den yttersta tidsfristen för att göra gällande fordringar i dessa fall bestäms av allmänna preskriptionsregler.

För att exemplifiera vilka situationer som en part kunde åläggas en plikt att lämna meddelande om anspråk hänvisade Högsta domstolen till det tidigare avgörandet ”Restaurang Pelé” NJA 2002 s. 630. Domstolen anförde också att det av senare avgöranden, såsom ”Kravmjölken” NJA 2017 s. 203, följer av allmänna kontraktsrättsliga principer i kommersiella förhållanden att en avtalspart som vill göra gällande påföljder på grund av avtalsbrott inte kan förhålla sig passiv utan måste meddela medkontrahenten. Domstolen anförde att åläggandet av en meddelandeskyldighet utgör en allmän skyldighet för avtalsparter att informera sin motpart samt att detta åläggande bland annat vilar på *lojalitetsöverbäganden*.

Om köparen förhåller sig passiv även då felanspråk har samband med illojalitet hos säljaren kan rätten att göra anspråk gällande gå förlorad. Med hänvisning till ”Kravmjölken” NJA 2017 s. 203 framhöll domstolen att passivitet kunde få betydelse ur ett lojalitetsperspektiv. Domstolen menade att typfallet av illojalitet som innebär att en lagbestämmelse om reklamation gemombryts utgörs av en situation då säljaren haft sådan kännedom om ett fel, eller vetskap om att det föreligger en risk för fel, att köparen borde ha informerats om felet. En passivitetsverkan som grundas på lojalitetsöverbäganden fodrar i sådant fall att köparen haft vetskap om felet. Vidare fordras att underrättelsen är näraliggande samt naturlig. Av betydelse för bedömningen kan säljarens befogade intresse av att erhålla information beaktas, särskilt om säljaren har att åtgärda felet eller lindra felets negativa verkningar för köparen. Även säljarens grad av illojalitet har betydelse.

Avslutningsvis menade domstolen att hänsyn ska fästas vid om köparen genom sin passivitet kan spekulera på säljarens beaktad.

Något generellt stadgande för hur lång tids passivitet som får godtas då meddelandeskyldighet föreligger kunde inte generaliseras. Emellertid anförde Högsta domstolen att tonvikt för bedömningen utgår från att köparen ska ha en väl tilltagen tid på sig att överväga situationen efter att köparen fått vetskap om ett fel. Vidare menade domstolen att passivitetsverkan inte borde inträda förrän det att säljaren haft en beaktansvärd nackdel av köparens passivitet. Passivitetsverkan behöver däremot inte innebära att köparen helt förlorar rätten att göra påföljder gällande. I vissa fall torde rätten till skadestånd kvarstå men rätten till avhjälpande och hävning falla bort. Domstolen tillade att det vid skadestånd är möjligt att passivitet endast borde leda till reduktion av skadeståndet.

Avgörande för vilka verkningar som passiviteten får, bör utgå från vad som motiverar det lojalitetskrav som köparen åsidosatt. Vidare bör den nackdel som säljaren haft på grund av köparens passivitet samt omfattningen därav tillmätas betydelse.

Högsta domstolen konstaterade att VS underrättelse hade skett i sådan tid att VS rätt att framställa krav var bibehållen. Något stöd för att en tidigare underrättelse från VS hade framstått som näraliggande och naturlig gav inte tillräckligt stöd för en annan slutsats.

4.3.5 ”Leksaksaffären i Vimmerby” NJA 2018 s. 171

”Leksaksaffären i Vimmerby” NJA 2018 s. 171 rörde ett avtal mellan en hyresvärd och ett företag, en leksaksaffär. Högsta domstolen hade att ta ställning till passivitetsverkan i ett avtalsförhållande mellan två näringsidkare.

En hyresgäst hade övertagit ett hyresavtal från en tidigare hyresgäst. I hyreskontraktet föreskrevs att hyran bestod av två delar; dels en fast grundhyra, dels två procent av leksaksaffärens omsättning. Emellertid hade den tidigare hyresgästen aldrig deklarerat några uppgifter om omsättningen och inte heller av hyresvärden avkrävt någon redovisning av densamma. Vidare fick inte heller den nya hyresgästen vid övertagande av hyresrätten ta del av hyresavtalet men tillträdde hursomhelst lokalen på samma villkor som den tidigare hyresgästen.

Under en period om mer än 10 år betalade hyresgästen endast den fasta grundhyran men inte två procent av leksaksaffärens omsättning. Frågan som

Högsta domstolen hade att pröva var om hyresvärden hade rätt att erhålla obetald omsättningshyra retroaktivt för 10 år.

I domskälen involverade Högsta domstolen flera grundläggande principer, däribland *lojalitetsplikten* och dess inverkan när part agerat passivt när det förelegat en underrättelseskyldighet.

Inledningsvis konstaterade domstolen att en parts passivitet i vissa situationer kunde ge avtalsrättslig verkan. Vidare menade domstolen att det kunde finnas en plikt att meddela motparten om att ett anspråk görs gällande. Domstolen hänvisade i detta avseende till de tidigare avgörandena ”Restaurang Pelé” NJA 2002 s. 630, ”Skogssällskapet” NJA 2017 s. 1195 och ”Kravmjölken” NJA 2017 s. 203 för att visa på typsituationer samt för att stipulera att den allmänna underrättelseskyldigheten bland annat grundas på lojalitetsskäl.

Mot bakgrund av ”Kravmjölken” NJA 2017 s. 203 anförde domstolen att avtalsparter har en ömsesidig skyldighet att tillämpa avtalet på ett korrekt vis. Högsta domstolen uttalade i avgörandet att lojalitetsplikten, särskilt i en långvarig relation, medför att en part är förpliktad att underrätta sin avtalspart om omständigheter som är av betydelse för avtalsrelationen.

Hyresvärden hade underlåtit att debitera hyresgästen under hela avtalsperioden. Såväl hyresvärden som hyresgästen hade varit ovetande om den avvikande avtalstillämpningen. Hyresvärden, den passiva parten, hade av misstag tillämpat avtalet på ett sätt som avvek från vad som ursprungligen avtalats. Därtill var tillämpningen förmånlig för motparten, hyresgästen. Hyresgästen hade varit ovetandes om den avvikande tillämpningen. Båda avtalsparterna hade således agerat med viss oaktsamhet.

Avgörande för domstolens bedömning blev vilken avtalspart som var närmast att bära risken för de negativa konsekvenserna av den avvikande avtalstillämpningen. Domstolen beaktade i vilken utsträckning parterna underlåtit att bära sin del av ansvaret för avtalsrelationen, under hur lång tid den generösa, för hyresgästen, avtalstillämpningen varat samt vilken av parterna som hade tillgång till relevant information om avtalets innehåll. Förevarande parametrar ansågs emellertid inte uttömmande. Om den passiva parten efter en sådan bedömning anses befinna sig närmast att bära risken för den avvikande avtalstillämpningen följer det att densamma också eftergett sin rätt enligt avtalet för förfluten tid. Detta är oberoende av bristen på insikt om den avvikande avtalstillämpningen som varit till förmån för motparten.

Domstolen bedömde omständigheterna mot bakgrund av de tre parametrar som ovan redogjorts för. Därefter kom domstolen fram till att genom hyresvärdens underlåtenhet att fakturera för omsättningshyra under en lång tid samt hyresvärdens tillgång till relevant information om avtalets innehåll ankom det på hyresvärden att klargöra avtalsläget för hyresgästen.

Hyresvärden skulle därför bära risken för följderna av passiviteten, trots sin brist på insikt om denna avvikande avtalstillämpning. Domstolen fastslog att hyresvärden eftergivit sin rätt till omsättningshyra för förfluten tid.

4.3.6 ”Omsättningsmålet” NJA 2021 s. 943

”Omsättningsmålet” NJA 2021 s. 943, handlar om lojalitet och skadeståndsskyldighet inom ramen för ett aktieöverlåtelseavtal och en avtalad möjlighet till tilläggsköpeskillning eller lättnad mot tredje man för säljaren.

Genom ett aktieöverlåtelseavtal sålde säljaren, PN, i juni 2015 samtliga 500 aktier i Evonet till köparna, JK och MN. Betalning av aktierna skulle ske bland annat genom ett övertagande av hälften av ett borgensåtagande om 800 000 kronor som säljaren hade gentemot det sålda bolagets bank. Återstående del av borgensåtagandet skulle köparna överta när det förvärvade bolagets årsomsättning översteg 10 miljoner kronor alternativt när bolaget hade omsatt 10 miljoner kronor räknat från tillträdesdagen.

Köparna krediterade fakturor utställda på köparna närstående bolag efter aktieöverlåtelsen. Köparna underlät även att fullgöra ineliggande kundorder samt omdirigerade verksamhet i bolaget till andra närstående bolag. Bolaget försattes i konkurs cirka ett år efter aktieöverlåtelsen. Eftersom omsättningsmålet i aktieöverlåtelsen aldrig uppnåddes hade säljaren att betala hälften av det totala borgensåtagandet till banken. Säljaren väckte sedermera talan mot köparen och yrkade skadestånd för betalningen avseende hälften av det totala borgensåtagandet.

Högsta domstolen hade att ta ställning till om köparna haft en skyldighet att verka lojalt för uppnående av det av aktieöverlåtelseavtalet stadgade omsättningsmålet samt om köparna i sådant fall blivit skadeståndsskyldiga mot säljaren genom åsidosättande av denna skyldighet. Av domstolen konstaterades att det i aktieöverlåtelseavtalet inte återfanns någon uttrycklig skyldighet för köparna att driva verksamheten vidare i bolaget.

Högsta domstolen resonerade att om köparna inte skulle haft någon skyldighet att verka för uppnående av omsättningsmålet, så skulle klausulen som innehöll omsättningsmålet vara innehållslös för säljaren. Särskilt eftersom säljaren i sådant fall inte hade haft möjlighet att påverka verksamheten efter överlåtelsen. På grund av detta ansåg domstolen att klausulen som innehöll omsättningsmålet baserades på en gemensam uppfattning hos parterna om att verksamheten skulle drivas vidare i bolaget. Därtill menade domstolen att klausulen innefattade en skyldighet för båda parter att *lojalt* eftersträva omsättningsmålet samt att parterna haft en skyldighet att efter bästa förmåga verka för att bolaget uppnådde omsättningsmålet.

Domstolen gick sedan vidare till att pröva frågan om köparna kunde anses ha agerat i strid mot klausulens innebörd. Domstolen anmärkte att köparnas handlande hade varit radikalt och resulterat i att en stor del av omsättningen hamnat utanför bolaget. Domstolen menade därför att de åtgärder som köparna vidtagit direkt motverkade det avtalade omsättningsmålet. Domstolen fann således att köparna hade åsidosatt sin lojalitetsplikt, nämligen att part ska avhålla sig från att vidta handlingar som medför risk för att motparten drabbas av en skada. Vidare menade domstolen att köparen därigenom ådragit sig skadeståndsskyldighet mot säljaren.

Domstolen slog fast att parter i en avtalssituation många gånger är förpliktigade att visa viss lojalitet gentemot motparten utan att något uttryckligt stöd i lag eller avtal fordras för att lojalitetsplikten ska aktualiseras.

4.3.7 Sammanfattande analys

I denna framställning har det tidigare konstaterats att parter till ett entreprenadavtal är förpliktigade att samarbeta och hålla varandra underrättade under avtalstiden. Det finns också stöd för att kraven på samarbete och underrättelse, på grund av lojalitetsskäl, kan sträcka sig längre än vad som uttryckligen följer av bestämmelserna i AB 04. Därtill kan avtalsparterna komma att åläggas ytterligare förpliktelser. Vilka förpliktelser det handlar om och hur långt kraven på underrättelse och samarbete sträcker sig har Högsta domstolen preciserat närmare.

I ”Restaurang Pelé” NJA 2002 s. 630 uttrycker Högsta domstolen att plikten att informera sin motpart utgör en allmän förmögenhetsrättslig princip. I de senare avgörandena ”Kravmjölken” NJA 2017 s. 203, Skogssällskapet” NJA 2017 s. 1195 och ”Leksaksaffären i Vimmerby” NJA 2018 s. 171 används emellertid lojalitetstermer vid hänvisning till, och för beskrivande av, den av ”Restaurang Pelé” NJA 2002 s. 630 gällande allmänna förmögenhetsrättsliga principen avseende meddelandeskyldighet. Domstolen går till och med så långt att de i ”Leksaksaffären i Vimmerby” NJA 2018 s. 171 för första gången uttryckligen hänvisar till en lojalitetsplikt. Domstolen skriver att lojalitetsplikten är särskilt viktig vid långvariga avtalsförhållanden. Parter i ett avtalsförhållande kan således konstateras ha en skyldighet till lojal samverkan innefattande en underrättelseskyldighet.

Till följd av domstolens uttryckliga hänvisningar till lojalitetsplikten kan det diskuteras vilken betydelse plikten ska tillmätas samt om plikten numera vunnit acceptans och därmed kan betraktas som en självständig princip. För fastställande av pliktens styrka och självständighet fordras emellertid klagörande av pliktens omfattning och innebörd. Närmare bestämt vilka förpliktelser som, genom Högsta domstolens avgöranden, kan konstateras omfattas av lojalitetsplikten.

Domstolen anför att underrättelseskyldigheten innebär att parter till ett avtal är förpliktigade att lämna upplysningar eller klargöra sin uppfattning. Denna skyldighet omfattar vissa för avtalet väsentliga delar och omständigheter av betydelse för avtalsrelationen. Vad domstolen emellertid anser utgör en sådan väsentlighet är inte helt klarlagt. Det kan ur ”Restaurang Pelé” NJA 2002 s. 630 konstateras att part är skyldig att underrätta sin motpart under tre omständigheter, nämligen när part vet att motparten inrättat sig på visst sätt i förlitan på en rättslig bedömning som är felaktig, när part har gett motparten intrycket av att part eftergett sin rätt och när part under en mycket lång tid underlåtit att göra sin rätt gällande. Om part underlåter att göra så kan part förlora rättigheter enligt avtalet på grund av sin passivitet.

Domstolen bekräftar att åläggandet av en meddelandeskyldighet ger uttryck för en allmän skyldighet för avtalsparter att informera sin motpart och att denna skyldighet bland annat vilar på lojalitetsöverväganden. Det följer därför av allmänna kontraktsrättsliga principer att part som vill göra avtalsbrottspåföljder gällande inte kan förhålla sig passiv. För att part inte ska förlora sin rätt måste part underrätta motparten om sina avsikter om att göra påföljder gällande.

Tidsfristen för när part kan anses ha försummat sin underrättelseplikt får avgöras i varje enskilt fall. Vad som anses som skäligt bedöms mot bakgrund av det specifika avtalsförhållandet samt tillämpliga lagar. Om part själv haft vetskap om felet eller kännedom om att det föreligger en risk för fel och det kan konstateras att en underrättelse framstått som naturlig och näraliggande kan passivitet innebära att part förlorar sin rätt att göra felanspråk gällande även om motparten handlat illojalt. Vid illojalt handlande bör passivitetsverkan emellertid inte inträda förrän säljaren haft beaktansvärd nackdel av köparens passivitet. Motpartens befogade intresse av att erhålla information är även av betydelse för bedömningen. I synnerhet då felets negativa verkningar hade kunnat lindras genom erhållande av sådan information. Hänsyn ska även fästas vid om köparen genom sin passivitet kan spekulera på säljarens bekostnad.

Parts skyldighet att reklamera vid fel i prestation anser domstolen motiveras av skadebegränsande skäl. Den avtalsbrytande parten ska ges möjlighet att säkra bevisning samt vidta skadebegränsande åtgärder. Domstolen ger även uttryck för att samtliga rättigheter att göra anspråk gällande inte behöver gå förlorade till följd av passivitet. Rätten att begära skadestånd bör finnas kvar. Emellertid bör skadeståndet reduceras med den skada som köparens passivitet inneburit för säljaren.

I ”Omsättningsmålet” NJA 2021 s. 943 stipuleras en regel, nämligen att parter till ett avtal är förpliktigade att visa lojalitet utan att något uttryckligt stöd i lag eller avtal fordras. Avgörandet kan förstås som att det inom ramen för ett avtalsförhållande kan uppkomma förpliktelser för part att tillgodose

motpartens intressen trots att detta kräver uppoffringar för egen del. Domstolen framhåller att lojalitetsplikten omfattning och innehåll till viss del är oklar. Skyldigheten att agera lojalt ”kan förklaras av att ett avtal syftar till att vardera parten genom samverkan ska uppnå en gynnsammare position och därför bör utgå från parternas rimliga förväntningar på hur avtalet ska genomföras.”³⁶⁹

Fastän domstolen numera mer frekvent kommit att uttryckligen hänvisa till, samt underbygga sin argumentation på, lojalitetsplikten framstår domstolens uttalanden om plikten som oprecisa. Det kan konstateras att pliktens omfattning ska avgöras efter en helhetsbedömning av omständigheterna i varje enskilt fall. Vidare måste parts agerande ställas i relation till motpartens rimliga förväntningar och hänsyn måste därvid tas till fördelningen av kontroll samt risk över omständigheter som regleras i avtalet.

Lojalitetsplikten status kan genom ”Omsättningsmålet” NJA 2021 s. 943 ha kommit att omvärderas. Genom prejudikatet går det att föra en rättsligt underbyggd argumentation om att plikten numera verkar på självständig grund. Avgörandet kan således få stor betydelse i entreprenadförhållanden. Emellertid belyses inte grundtanken om att part i första hand får tänka på sig själv men om det inte kostar för mycket ska parten aktivt verka till förmån för medkontrahenten. En förklaring till varför part, i egenintresse, ska förväntas göra uppoffringar till fördel för motparten måste antas grunda sig i att denna uppoffring ökar parternas sammanlagda avtalsnytta. Var Högsta domstolen menar att gränsen för hur stor uppoffring en part kan åläggas till fördel för motparten går är således oklar. Några av de främsta argumenten mot erkännande av lojalitetsplikten grundar sig i att förutsebarheten minskar, avtalsfriheten inskränks samt ökade transaktionskostnader.

Ur ett entreprenadrättsligt perspektiv, där entreprenaden präglas av oförutsägbara omständigheter, torde det vara av yttersta vikt att avtalet så långt som möjligt undviker oklarheter och tolkningar.

³⁶⁹ Se ”Omsättningsmålet” NJA 2021 s. 943 p. 14.

5 Sammanfattande analys

Detta avslutande kapitel består av en sammanfattande analys. Avsnittet övergår sedermera till att redogöra för de slutsatser som dras där examensarbetets frågeställning besvaras.

Det råder konsensus kring att skadebegränsningsplikten utgör en allmän kontraktsrättslig princip samt att plikten är tillämplig även på kommersiella entreprenader. Parter till ett entreprenadavtal har således en inomkontraktuell skyldighet att begränsa sin skada.

I en delad entreprenad är sidoentreprenörer inte i något avtalsförhållande med varandra. Till följd av principen om avtalets subjektiva utsträckning samt utformningen av Allmänna bestämmelser, nämligen att det inte föreligger någon skyldighet att informera andra än parter till avtalet, borde inte någon informationsskyldighet föreligga sidoentreprenörer emellan. I praktiken förhåller det sig emellertid annorlunda eftersom entreprenadbranschen präglas av en hög grad av komplexitet. Detta har resulterat i att branschen innehar särskilda karaktärsdrag. Aktörer verksamma i en entreprenad är förpliktigade att samverka och koordinera sitt arbete i hög utsträckning. Inte sällan är entreprenörer underkastade att förhålla sig till och acceptera andra starttider än vad entreprenören själv hade önskat. Vidare kan entreprenörer sällan utföra arbeten oberoende av vad som i övrigt pågår inom ramen för entreprenadens framdrift. Detta åläggande gäller för samtliga aktörer som är kontrakterade av beställaren, men ådrar inte beställaren några ökade kostnader. Fastän sidoentreprenörer inte är i något avtalsförhållande till varandra kan det konstateras att de utför arbete under kontraktsliknande former.

I tvister har representanter från BKK avgett utlåtanden med förtydliganden av Allmänna bestämmelser och vad BKK menat men som BKK inte förmått sig att uttrycka vid avtalsskrivandet. Det framstår som anmärkningsvärt att dessa yttranden vunnit acceptans. Den långa frånvaron av rättslig vägledning från Högsta domstolen och lagstiftaren kan möjligen ha föranlett detta. Frånvaron av avtal, sidoentreprenörer emellan, framstår närmast som en tillfällighet. Eventuellt utgör detta ett exempel på något som BKK haft för avsikt att ge uttryck för i avtalsbestämmelserna men inte lyckats att uttrycka. Hur BKK:s utlåtanden förhåller sig till förutsebarheten mellan avtalsparterna samt balansen mellan rättigheter och skyldigheter är emellertid en annan fråga.

Till följd av det ökande antalet tvister inom entreprenadrättens område som nått ett avgörande i Högsta domstolen har BKK:s inflytande minskat. Högsta domstolen kan här komma att fylla en viktig roll genom att fortsätta stadga och utveckla avtalsrättsliga förpliktelser. Emellertid kan domstolens prejudikat utgöra en risk för att rättsliga avgöranden inom entreprenadrätten

kan komma att erhålla en annan ståndpunkt och beakta andra intressen än de som BKK avsett vid upprättandet av Allmänna bestämmelser.

På det sätt som skadebegränsningsplikten kommer till uttryck i 70 § köplagen förefaller sig plikten tämligen simpelt uttryckt. Plikten ålägger den skadelidande att begränsa sin skada. Pliktens vaga formulering kan möjligen ha föranlett Högsta domstolen att med stor försiktighet omnämna densamma. Det är emellertid angeläget att pliktens ansvarsgränser och närmare innebörd preciseras, inte minst mot bakgrund av de ekonomiska konsekvenser som blir följden av att endera anses ha försummat sin skadebegränsningsplikt.

Det är naturligt att dra slutsatsen att parter till ett avtal, som kräver ett nära samarbete, har att iaktta en högre grad av lojalitet. Det fordras således större ansträngningar för uppfyllande av skadebegränsningsplikten. Det kan emellertid ifrågasättas hur denna slutsats förhåller sig till de komplexa och indirekta avtalsförhållanden som entreprenadrätten präglas av. Påståendet om att en sidoentreprenör har att iaktta en lägre grad av lojalitet gentemot en annan sidoentreprenör kan ifrågasättas eftersom de i hög utsträckning är förpliktigade att samverka och koordinera sitt arbete. Emellertid utför sidoentreprenören arbete åt och erhåller betalning av beställaren.

Vid förekomsten av en skada menar lagstiftaren att skadelidande många gånger förutsätts kontakta skadevållaren för att samråda om vilka skadebegränsande åtgärder som bör vidtas. Denna så kallade meddelandeplikt eller underrättelseplikt framstår som särskilt viktig vid långvariga avtalsrelationer såsom exempelvis kommersiella entreprenader.

AB 04 innehåller en rad underrättelseskyligheter. Bland annat bestämmelsen i AB 04 kap. 2 § 9 vilken avslutas i den femte att-satsen med en i princip uttömmande underrättelseskylighet. Mot bakgrund av bestämmelsens huvudsakliga syfte, nämligen att minimera skador samt att underrätta motparten när förutsättningarna för entreprenaden ändras, kan bestämmelsen motiveras ur ett skadebegränsningsperspektiv. Genom att underrätta motparten om upptäckten av bristfälligheter kan omfattningen av en skada innebära reducerade kostnader. Ett första steg för vidtagande av skadebegränsande åtgärder kan därför många gånger innebära att skadelidande förpliktigas att underrätta skadevållaren. Denna aktivitetsplikt torde i de flesta fall inte vara tillräcklig. Ytterligare förpliktelser krävs för att skadelidande inte ska anses ha varit försumlig. Enligt bestämmelsen krävs därtill att entreprenören upptäcker bristfälligheten. De bevisvärigheter som föreligger för motparten att visa att entreprenören upptäckt en bristfällighet eller borde upptäckt en sådan är en annan fråga.

För skadebegränsningspliktens vidkommande kan bestämmelsen i AB 04 kap. 2 § 9 vara av relevans. Högsta domstolen förordnar en systematisk tolkning av avtalet i dess helhet. Bestämmelsen kan därför sägas sätta en slags

standard för entreprenörens grad av aktsamhet. Denna standard torde kunna ge ledning och aktualiseras för andra situationer som fordrar entreprenörens aktsamhet inom ramen för entreprenadens framdrift.

Högsta domstolen har uttalat att skadebegränsningsplikten grundas på allmänna lojalitetsöverväganden. I doktrinen är uppfattningen att även underrättelseskyldigheten motiveras av lojalitetsskäl. Det råder emellertid delade meningar avseende den allmänna lojalitetspliktens självständighet och närmare innebörd. Det kan i vart fall konstateras att plikten givits ett större utrymme i svensk rätt än vad som var fallet vid ikraftträdandet av nu gällande köplag. Somliga rättsvetenskapliga författare menar att lojalitetsplikten utgör en allmän kontraktsrättslig princip. Viss kritik måste emellertid framföras mot detta påstående.

Som utgångspunkt måste frågan ställas om part kan vinna framgång med en talan som grundar sig i påståendet om att motparten brutit mot lojalitetsplikten. Någon entydig definition av lojalitetsplikten återfinns ännu inte. Vidare är begreppet lojalitet flertydigt och avhängigt sammanhanget. För att lojalitetsplikten ska kunna fylla en funktion behöver plikten underbyggas, preciseras och konkretiseras. Lojalitetsplikten behöver således knytas an till specifika förpliktelser som bygger på resonemanget om att avtalsparter ska vara lojala och visa varandra hänsyn. Med andra ord, för att ett argument grundat på lojalitetsplikten ska leda till rättsverkningar fordras att rättsfakta specificeras och sedermera knyts an till en rättsföljd.

Lojalitetsplikten får närmast betraktas som ett samlingsbegrepp för förpliktelser som grundar sig på lojalitetsresonemang. Högsta domstolen har klargjort att skadebegränsningsplikten grundas på allmänna lojalitetsöverväganden och utgör en förpliktelse som omfattas av lojalitetsplikten. Denna uppfattning delas av doktrinen. Vidare har Högsta domstolen gjort gällande att även passivitet omfattas av lojalitetsplikten. Emellertid återfinns ingen uttömmande lista över vilka förpliktelser som kan knytas an till lojalitetsplikten. Till viss del torde detta bero på att lojalitetsöverväganden och förpliktelser som kommer därav bland annat är avhängigt avtalstypen och avtalsrelationen.

Mot denna bakgrund uppkommer frågan om lojalitetspliktens fullständiga omfattning måste klargöras eller om det är tillräckligt att under vissa omständigheter konstatera att skadebegränsningsplikten i vart fall omfattas av lojalitetsplikten.

Om samtliga kontraktsrättsliga principer skulle kräva en fullständig precisering uppstår problematik vid tillämpning av principer i allmänhet. Till följd av den svenska lagstiftningstekniken förekommer luckor i lagstiftningen. Luckorna fylls ut med hjälp av allmänna avtalsrättsliga principer. Tolkningsutrymmet för en princip borde som huvudregel vara

större än tolkningsutrymmet för en rättsregel. En rättsregel får anses utgöra en konkret rättsnorm vilken begränsas till i huvudsak ett antal förutbestämda fakta. En regel är därför tillämplig för en viss situation eller så är regeln inte tillämplig. Principer äger tillämpning när ett särskilt lagrum eller en avtalsbestämmelse inte ger ledning. Vidare behöver principen ses i sitt sammanhang där principens flexibilitet är avhängigt bland annat avtalstypen och avtalsförhållandet. Det värderande inslaget för rättstillämparen för en princip är således större än för en regel.

En fullständig redogörelse av lojalitetspliktens innehåll är däremot paradoxalt. Om lojalitetsplikten, som en allmän kontraktsrättslig princip, skulle preciseras i allt för stor utsträckning riskerar tillämpligheten att inskränkas och principens möjlighet att tillämpas på olika avtalstyper och avtalsförhållanden begränsas. Principen blir närmast att likna en rättsregel vilket får till följd att verktyget för utfyllnad av lagstiftningsluckor tillintetgörs.

Inte sällan ger prejudikat meddelade av Högsta domstolens uttryck för att tillämpningsområdet för en viss princip utvidgas till att omfatta ytterligare rättigheter eller skyldigheter för endera. Att kräva en fullständigt uttömmande redogörelse av lojalitetspliktens omfattning, när andra principer tillåts vara flexibla och avhängigt omständigheter i varje enskilt fall, är kanske för mycket att begära.

Emellertid, behöver lojalitetsplikten, för att fylla en funktion, inordnas i det tänka system som präglar avtalstypen. Beaktandet av ”en rimlig balans mellan rättigheter och skyldigheter som syftar till en ekonomiskt optimal riskfördelning mellan parterna”³⁷⁰ kan innebära att en sidoentreprenör som inte är direkt drabbad av skadan kan åläggas en skadebegränsningsplikt om detta åläggande passar in i det system som AB 04 inordnas i.

Ponera att sidoentreprenören erhåller en lättnad från lojalitetsplikten samt att densamme befrias från skadebegränsningsplikten gentemot skadevällaren som sidoentreprenören förvisso inte står i något avtalsförhållande till. Detta scenario skulle innebära direkta negativa följder för beställaren, som sidoentreprenören står i avtalsförhållande med. Mot bakgrund av detta kan sidoentreprenörens underlåtenhet inte annat än medföra en negativ verkan för beställaren. Den ekonomiska risk som sidoentreprenören försätts i genom vidtagande av skadebegränsande åtgärder måste emellertid vägas mot risken för bland annat dröjsmål i andra åtaganden samt åsidosättande av den lojalitetsplikt som råder i avtalsförhållandet till beställaren.

Det torde inte vara till nytta för någon av aktörerna, som är verksamma i entreprenaden, att inte iaktta en annan aktörs intresse. Syftet presumeras vara samstämmigt, nämligen färdigställande av entreprenaden under så drägliga

³⁷⁰ Se förordet till AB 04.

betingelser som möjligt. Med nytta avses i detta hänseende att förutsebarheten för parterna bibehålls. Detta uppnås genom främjandet av en ekonomisk optimal riskfördelning med en rimlig balans mellan rättigheter respektive skyldigheter. Därtill finns det stöd för att en sådan underlåtelse utgör ett illojalt handlande samt en försummelse av skadebegränsningsplikten, specifikt för entreprenader.

Vid en utblick till andra inomobligatoriska avtalsförhållanden finns visst stöd för att åtgärder som vidtas av tredje man även kan tillgodoräknas skadelidande. Denna ståndpunkt motiveras av att skadebegränsningspliktens funktion uppfylls genom att tredje man ingriper. Eftersom skadevållaren har lika mycket nytta av att tredje man inträder som skadelidande själv borde skadevållaren även kunna bli ersättningsskyldig för tredje mans skadebegränsande åtgärder.

Det finns flertalet argument för ståndpunkten att skadebegränsande åtgärder vidtas i skadevållarens intresse. Likväl kan samtliga aktörer som är verksamma i en entreprenad ha nytta av att part som inte är direkt drabbad av skadan åläggs en skyldighet att vidta skäliga åtgärder för att begränsa en skada i entreprenaden. I annat fall riskerar ytterligare aktörer i entreprenaden att drabbas genom att tidplanen förskjuts vilket blir närmast att likna en dominoeffekt. Aktörer verksamma i entreprenaden riskerar således att hamna i dröjsmål även i andra projekt. De ekonomiska konsekvenserna riskerar att bli större än om endera som inte är direkt drabbad av skadan åläggs att vidta skäliga skadebegränsningsåtgärder inom ramen för den allmänna lojalitetsplikt som konstateras råda.

Åläggandet av en skadebegränsningsplikt för en sidoentreprenör som inte är direkt drabbad av skadan måste vägas mot de ekonomiska risker som förpliktelsen kan komma att medföra. De skadebegränsande åtgärderna vidtas på den avtalsbrytande partens risk. Emellertid har den skadelidande parten rätt till ersättning för samtliga skäliga åtgärder som denne vidtagit även om åtgärderna i efterhand visar sig leda till större skada än om part förhållit sig passiv. Så länge åtgärden, ur den skadelidandes perspektiv, framstod som adekvat och därmed skälig när den vidtogs ska en åtgärd som leder till större skada än nytta inte påverka rätten till ersättning.

Rättsfallet ”De ingjutna rören” NJA 2018 s. 653 behandlar en situation som inte är helt olik den situation som detta examensarbete ämnar utreda. I avgörandet aktualiseras frågan om hur utfyllande normer konstrueras. Vidare är situationen mer eller mindre akut och skadebegränsande åtgärder behöver vidtas. Det ska emellertid poängteras att det, till skillnad från den situation som examensarbetet ämnar utreda, i ”De ingjutna rören” NJA 2018 s. 653 rör sig om en situation där entreprenören är skadevållaren. Avgörandet kan förstås som att den part som med lägst kostnad eller med minsta ansträngning kan utföra en åtgärd också bör vara den part som åläggs en förpliktelse i de

fall när situationen inte regleras av avtalet. Att vidta en skadebegränsande åtgärd i ett tidigare läge kan motiveras av billighetsskäl. Skador tenderar att bli av större ekonomisk omfattning desto längre det dröjer innan skadebegränsande åtgärder vidtas.

Parter till ett avtal är förpliktigade att visa varandra lojalitet utan att något uttryckligt stöd i lag eller avtal krävs. I "Omsättningsmålet" NJA 2021 s. 943 bekräftar Högsta domstolen lojalitetspliktens betydelse. Prejudikatet kan förstås som att det kan uppkomma förpliktelser för part att tillgodose motpartens intressen trots att det innebär uppoffringar för egen del. Nutida rättsutveckling tenderar att gå mot en mer lojalitetsbetonad tolkning av avtalsrätten. Avgörandet kan komma att få stor betydelse för tolkning av entreprenadavtal. Emellertid går domstolen inte in på specifikt vilka förpliktelser det rör sig om. Det kan i vart fall konstateras att en sidoentreprenör kan, inom ramen för entreprenaden, förpliktigas att vidta åtgärder utöver vad avtalets ordalydelse ger uttryck för samt att sådana åtgärder kan innebära uppoffringar för egen del. Mot denna bakgrund finns det således stöd för åläggandet av en handlingsplikt för en sidoentreprenör i form av skadebegränsande åtgärder för tillgodoseende av beställarens intressen. Argument mot denna hållpunkt skulle emellertid kunna grundas i hur detta påverkar den tänkta balans mellan rättigheter och skyldigheter som AB 04 syftar till att upprätthålla.

Det vilar på rättsordningen att, vid partsoenigheter, klargöra fördelningen av förpliktelser respektive risker för avtalsparterna. AB 04 ämnar att på förhand tydliggöra vem av parterna som bär risken i olika situationer. Att lämna detta klargörande åt rättsordningen är således inte till fullo i enlighet med syftet. Parternas inbördes ställning i avtalsförhållandet kan komma att förändras beroende på vilka förpliktelser som åläggs endera. Detta kan innebära stora förändringar av det avtalsinnehåll och de kalkylerade risker som parterna utgått från vid ingången av avtalet. Emellertid förekommer luckor i avtal, så även i AB 04. Likt AB 04 syftar avtalsrätten till att främja en ekonomiskt optimal riskfördelning och effektivitet. Därav borde utgångspunkten vara att ingen part ska åläggas kostnader som inte borde uppkommit om skadebegränsande åtgärder vidtagits. Främjandet av ett annat syfte än det nyss sagda skulle riskera att öka avståndet mellan de särpräglade entreprenadavtalen och den lagstadgade avtalsrätten. Till följd av det ökade antalet entreprenadrättsliga tvister som avgörs i allmän domstol ökar kongruensen mellan entreprenadrätten och den lagstadgade avtalsrätten. Att motarbeta denna utveckling får närmast till följd att förutsebarheten minskar för parterna.

En särskilt tillpassad regel för entreprenadavtal kan således konstateras ha utkristalliserats. Regeln ämnar upprätthålla ändamålet med AB 04 genom att ålägga en sidoentreprenör, som inte är direkt drabbad av skadan, en förpliktelse att vidta skadebegränsande åtgärder under premissen att

sidoentreprenören antingen är den part som med minsta ansträngning eller med lägst kostnad kan vidta en åtgärd. Emellertid måste bedömningen för när plikten kan aktualiseras nyanseras givet situationen. Det bör krävas något särskilt allvarligt. Till följd av frånvaron av avtalsförhållande är det också befogat att kravet för när skäliga åtgärder ska anses ha vidtagits är lägre ställt än då parterna befinner sig i ett avtalsförhållande. Vad som emellertid anses skäligt beror av omständigheterna i varje enskilt fall.

Käll- och litteraturförteckning

Källor

Offentligt tryck

Statens offentliga utredningar

SOU 1976:66 Köplag: Slutbetänkande av köplagsutredningen.

SOU 2002:56 Investeringsfonder förslag till ny lag.

Propositioner

Prop. 1984/85:110 Om konsumenttjänstlag.

Prop. 1988/89:76 Om ny köplag.

Prop. 1989/90:89 Om ny konsumentköplag.

Prop. 2002/03:150 En ny lag om investeringsfonder.

Övrigt

Elektroniska källor

Byggföretagen, *Totala bygg-investeringar: Fasta bruttoinvesteringar i byggnader och anläggningar enligt SCB:s Nationalräkenskaper (NR)*, <<https://byggforetagen.se/statistik/bygginvesteringar/>>, besökt 2022-12-10, [Byggföretagen, 2022].

LITTERATUR

Andersson, Håkan (1993), *Skyddsändamål och adekvans. Om skadeståndsansvarets gränser*, Iustus förlag AB, Uppsala, 1993 [Andersson (1993)].

Bengtsson, Bertil (1982), *Om jämkning av skadestånd*, Norstedt, Stockholm, 1982 [Bengtsson (1982)].

Bengtsson, Bertil, Ullman, Harald, & Unger, Sven (2013), *Allehanda om skadestånd i avtalsförhållanden*, Jure förlag AB, 2 uppl., Stockholm, 2013 [Bengtsson m.fl. (2013)].

Bergström, Göran, Boréus, Kristina (red.) (2012), *Textens mening och makt; metodbok i samhällsvetenskaplig text-och diskursanalys*, 3 uppl., Studentlitteratur, Lund, 2012 [Bergström & Boréus (2012)].

Bernitz, Ulf (2018), *Standardavtalsrätt*, 9 uppl., Norstedts Juridik, Stockholm, 2018 [Bernitz (2018)].

Bernitz, Ulf, Kleineman, Jan, Munukka, Jori & Sluijs, Jessika van der (red.) (2016), *Festskrift till Lars Pehrson*, Jure, Stockholm, 2016 [Bernitz m.fl. (2016)].

Deli, Robert (2017), *Kommersiella entreprenadavtal i praktiken*, 2 uppl., Svensk Byggtjänst, Stockholm, 2017 [Deli (2017)].

Flodgren, Boel (2016), 'Civilrätten i ett framtidsperspektiv', *SvJT* 2016, s. 23–52 [Flodgren (2016)].

Gorton, Lars (2010), 'AB-kontrakten och den allmänna kontraktsrätten', I: *Festskrift till Torgny Håstad*, Iustus Förlag, Uppsala, 2010 [Gorton (2010)].

Grönfors, Kurt (1995), *Avtal och omförhandling*, Nerenius & Santéus Förlag, Stockholm, 1995 [Grönfors (1995)].

Hagstrøm, Viggo & Bruserud, Herman (2014), *Entrepriserett*, Universitetsforlaget, Oslo, 2014 [Hagstrøm & Bruserud (2014)].

Hellner, Jan, Hager, Richard & Persson, Annina H. (2019), *Speciell avtalsrätt II: kontraktsrätt Första häftet Särskilda avtal*, 7 uppl., Norstedts Juridik, Stockholm, 2019 [Hellner m.fl. (2019)].

Hellner, Jan, Hager, Richard & Persson, Annina H. (2016), *Speciell avtalsrätt II: kontraktsrätt Andra häftet 2, Allmänna ämnen*, 6 omarb. uppl., Wolters Kluwer, Stockholm, 2016 [Hellner m.fl. (2016)].

Hellner, Jan (1989), *Kommersiell avtalsrätt: kompendium*, 3 uppl., Juristförl., Stockholm, 1989 [Hellner (1989)].

Hellner, Jan & Radetzki, Marcus (2014), *Skadeståndsrätt*, Norstedts förlag AB, 9 uppl., Stockholm, 2014 [Hellner & Radetzki (2014)].

Hellner, Jan (1993), *Speciell avtalsrätt II: Kontraktsrätt, 2 häftet*, 2 omarb. uppl., Juristförl., Stockholm, 1993 [Hellner (1993)].

Hellner, Jan & Ramberg, Jan (1991), *Speciell avtalsrätt. 1, Köprätt*, 2 uppl., Juristförl., Stockholm, 1991 [Hellner & Ramberg (1991)].

Herre, Johnny & Ramberg, Jan (2021), *Köplagen: en kommentar*, kommentar till köplagen (1990:931) 1, 67 och 70 §§, JUNO, Norstedts Juridik, Stockholm, 2021 [Herre & Ramberg (2021)].

Herre, Johnny (2012), 'DCFR och svensk rätt', *SvJT* 2012, s. 933–940 [Herre (2012)].

Herre, Johnny (1996), *Ersättningar i köprätten: särskilt om skadeståndsberäkning*, Juristförl., Diss. Stockholm : Handelshögsk., Stockholm, 1996 [Herre (1996)].

Holm, Anders (2004), *Den avtalsgrundade lojalitetsplikten - en allmän rättsprincip*, Ekonomiska institutionen, Univ. [distributör], Diss. Linköping : Univ., 2004, Linköping, 2004 [Holm (2004)].

Håstad, Torgny (2022), *Köprätt: och annan kontraktsrätt*, 7 omarb. uppl., Iustus, Uppsala, 2022 [Håstad (2022)].

Håstad, Torgny (1973), *Tjänster utan uppdrag*, Norstedts förlag AB, Uppsala, 1973. [Håstad (1973)].

Ingvarson, Anders & Utterström, Marcus (2015), 'Tolkning av entreprenadavtal – det köprättsliga kontrollansvaret möter hinderbestämmelserna i AB 04', *SvJT* 2015, s. 20–39 [Ingvarson & Utterström (2015a)].

Ingvarson, Anders & Utterström, Marcus (2015), Högsta domstolens intåg i entreprenadrättens slutna rum, *SvJT* 2015, s. 258-278 [Ingvarson & Utterström (2015b)].

Iversen, Torsten (2016), *Entrepriseretten*, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, Köpenhamn, 2016 [Iversen (2016)].

Kaldal, Anna, Sjöberg, Gustaf (2018), *Vetenskapskrav på uppsatser i rättsvetenskap – handfasta tips*, Jure Förlag AB, Stockholm, 2018 [Kaldal & Sjöberg (2018)].

Kihlman, Jon, Munukka, Jori & Svensson, Ola (2020), kommentar till köplagen (1990:931) 70 §, Lexino, 2020 [Kihlman m.fl. (2020)].

Kleineman, Jan (2002), Utomkontraktuella lojalitetsförpliktelser – ett sakrättsligt problem?, Festskrift till Gösta Wallin, 207-225, Norstedts Juridik AB, Stockholm, 2002 [Kleineman (2002)].

Lehrberg, Bert (2008), *Köprätt enligt 1990 års köplag*, 1. uppl., Institutet för bank- och affärsjuridik (IBA, Uppsala, 2008 [Lehrberg (2008)].

Liman, Lars-Otto, Sahlin, Claes, Peterson, Martin & Kåvius, Niklas (2016), *Entreprenad- och konsulträtt*, 9 rev. uppl., Svensk byggtjänst, Stockholm, 2016 [Liman m.fl. (2016)].

Mellqvist, Mikael (2013), 'Entreprenadrätten och kontraktsrättens finrum', *SvJT* 2013, s. 233–265 [Mellqvist (2013)].

Munukka, Jori (2010), 'Lojalitetsplikten som rättsprincip', *SvJT* 2010, s. 837–848 [Munukka (2010)].

Munukka, Jori (2007), *Kontraktuell lojalitetsplikt*, Jure, Diss., Stockholm : Stockholms universitet, 2007, Stockholm, 2007 [Munukka (2007)].

Nääv, Maria & Zamboni, Mauro (red.) (2018), *Juridisk metodlära*, 2 uppl., Studentlitteratur, Lund, 2018 [Nääv & Zamboni (2018)].

Peczenik, Aleksander (1995), *Juridikens teori och metod: en introduktion till allmän rättslära*, 1. uppl., Fritze, Stockholm, 1995 [Peczenik (1995)].

Radetzki, Marcus (2012), *Skadeståndsberäkning vid sakskada*, Svenska försäkringsföreningen, 2 uppl., Stockholm, 2012 [Radetzki (2012)].

Ramberg, Christina & Ramberg, Jan (2022), *Allmän avtalsrätt*, Tolfte väsentligt omarbetade upplagan, Norstedts Juridik, Stockholm, 2022 [Ramberg & Ramberg (2022)].

Ramberg, Christina (2005), *Kontraktstyper*, 1. uppl., Norstedts Juridik, Stockholm, 2005 [Ramberg (2005)].

Ramberg, Jan (1995), *Köplagen*, 1 uppl., Fritze, Stockholm, 1995 [Ramberg (1995)].

Rosengren, Jonas (2010), 'Engelsk avtalstolkning i ett svenskt perspektiv', *SvJT* 2010, s. 1–22 [Rosengren (2010)].

Samuelsson, Joel (2012), Avtalstolkning på europeiska. Del I: Systemet', *SvJT* 2012, s. 962–985 [Samuelsson (2012)].

Samuelsson, Per (2022), *AB 04: en kommentar*, Tredje väsentligt omarbetade upplagan, Norstedts Juridik, Stockholm, 2022 [Samuelsson (2022)].

Samuelsson, Per (2011), *Entreprenadavtal: särskilt om ändrade förhållanden*, Karnov Group, Stockholm, 2011 [Samuelsson (2011)].

Sandgren, Claes (2015), *Rättsvetenskap för uppsatsförfattare: ämne, material, metod och argumentation*. 3 uppl., Norstedts Juridik, Stockholm, 2015 [Sandgren (2015)].

Taxell, Lars Erik (1972), *Avtal och rättsskydd*, Åbo Akademi, Åbo, 1972 [Taxell (1972)].

Von Bar, Christian (2000), *The common European law of torts volume two*, Oxford University press, 1 uppl., Oxford, 2000 [Von Bar (2000)].

Votinius, Sacharias (2004), *Varandra som vänner och fiender: en idékritisk undersökning om kontraktet och dess grund*, B. Östlings bokförlag Symposion, Diss. Lund : Lunds universitet, 2004, Stockholm, 2004 [Votinius (2004)].

Wolff, Jonathan (1996), *An introduction to political philosophy*, Oxford University Press, Oxford, 1996 [Wolff (1996)].

Rättsfallsförteckning

Högsta domstolen

NJA 1911 s. 472

NJA 1961 s. 26

NJA 1990 s. 745

NJA 1992 s. 351

NJA 1993 s. 570

NJA 2001 s. 750

NJA 2002 s. 630

NJA 2008 s. 572

NJA 2009 s. 672

NJA 2010 s. 629

NJA 2011 s. 600

NJA 2012 s. 1095

NJA 2013 s. 271

NJA 2013 s. 659

NJA 2013 s. 1174

NJA 2014 s. 960

NJA 2015 s. 741

NJA 2015 s. 862

NJA 2017 s. 9

NJA 2017 s. 203

NJA 2017 s. 371

NJA 2017 s. 1195

NJA 2018 s. 127

NJA 2018 s. 171

NJA 2018 s. 653

NJA 2021 s. 943