



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Danijel Randau

Den nya entreprenadrätten

Examensarbete
20 poäng

Handledare
Eva Lindell-Frantz

Ämnesområde
Civilrätt/Förmögenhetsrätt/Kommersiell
avtalsrätt/Entreprenadrätt

Höstterminen 2006

Innehåll

SAMMANFATTNING	1
FÖRORD	3
FÖRKORTNINGAR	4
1 INLEDNING	5
1.1 Bakgrund	5
1.2 Syfte och frågeställningar	6
1.3 Avgränsningar	7
1.4 Metod och material	7
1.5 Disposition	8
2 ALLMÄNT OM ENTREPRENADRÄTT	10
2.1 Begreppet entreprenad m.m.	10
2.2 Några viktiga begrepp	11
2.3 Upphandlingsformer	12
2.3.1 Delad entreprenad	13
2.3.2 Mycket delad entreprenad	13
2.3.3 Generalentreprenad	14
2.3.4 Samordnad generalentreprenad	15
2.4 Entreprenadformer	16
2.4.1 Utförandeentreprenad	16
2.4.2 Totalentreprenad	16
2.5 Ersättningsformer	18
2.5.1 Fast pris	19
2.5.2 Löpande räkning	19
3 REGELVERK	22
3.1 Lagar	22
3.1.1 Köplagens tillämplighet på entreprenader och förhållandet till jordabalken	22
3.1.2 Tillämpligheten av konsumenttjänstlagen på entreprenader	24
3.2 Standardavtal	25
3.2.1 Tolkning av standardavtal	26
3.2.2 Införlivning av standardavtal	28
3.2.3 Kolliderande standardavtal	28

3.3	Handelsbruk	29
3.4	Avtalen	33
3.4.1	AB 04	33
3.4.2	ABT 94	34
3.4.3	ABS 05/konsumenttjänstlagen	35
3.5	Gränsdragningen mellan olika regelverk	36
4	ANSVAR	38
4.1	Särskild bevisbörderegul för småhusentreprenader	38
4.2	Gränsdragningen mellan fel och skada i AB 04 och ABT 94	38
4.3	Entreprenörens prestation	39
4.3.1	Tiden	39
4.3.1.1	AB 04	39
4.3.1.2	ABT 94	39
4.3.1.3	ABS 05/Konsumenttjänstlagen	39
4.3.2	Entreprenadens utförande	40
4.3.2.1	AB 04	40
4.3.2.2	ABT 94	41
4.3.2.3	ABS 05/Konsumenttjänstlagen	41
4.4	Faran för entreprenaden	43
4.4.1	Fast pris	43
4.4.2	Löpande räkning	43
4.4.3	ABS 05/konsumenttjänstlagen	43
4.5	Entreprenörens kontraktsbrott	44
4.5.1	Allmänt om fel i entreprenad	44
4.5.2	Regleringen av felansvaret under garantitiden i AB 04 och ABT 94	44
4.5.3	Felansvaret efter garantitiden i AB 04 och ABT 94	45
4.5.4	Regleringen av felansvaret i konsumentförhållanden	47
5	BESIKTNINGENS RÄTTVERKAN	49
5.1	Allmänt om besiktning	49
5.2	Typer av besiktningsförfarande	51
5.2.1	Förbesiktning	51
5.2.2	Slutbesiktning	52
5.2.3	Garantibesiktning	55
5.2.4	Överbesiktning	55
5.3	Besiktningsförfarandets rättsliga syfte	56
5.4	Sammanfattning	56
6	AVSLUTANDE KOMMENTARER	58
	KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	64

Sammanfattning

Entreprenadrätt har under de senaste åren varit högaktuellt. Enbart byggsektorn, där arbeten på entreprenad utgör en betydande del, omsätter enorma summor årligen. Tillkomsten av huvudstandardavtalet AB 04 och lagregleringen på konsumentområdet har medfört betydande förändringar inom entreprenadjuridiken. Nya förutsättningar att ta i beaktande vid avtalslutande och ändrade ansvars- och förpliktelsesregler innebär förändrade spelregler för branschens parter. I och med att lagstiftaren valt att reglera konsumentförhållanden gäller numera inte helt marknadsstyrda regler inom entreprenadområdet. Trots det kvarstår faktumet att de branschpassade regler som skapats av branschens aktörer genom intresseföreningen Byggandets Kontraktskommitté (BKK) fortfarande intar en betydande ställning inom entreprenadrätten.

Vikten av att avgöra standardavtals betydelse i entreprenadvister är stor. BKK:s allmänna bestämmelser som är de mest frekvent tillämpade standardavtalen inom entreprenadrätten blir främst en del av parternas rättsförhållande genom att inkorporeras. Inkorporering kan göras implicit, explicit eller genom konkludent handlande. Det är oklart om AB 04 eller ABT 94 skall beaktas i ett kommersiellt förhållande om de inte gjorts till en del av ett ingånget avtal. Avtalen betraktas inte som dispositiv rätt eftersom de inte uppnått tillräcklig stadga, fasthet och utbredning inom entreprenadområdet. Trots detta kan en domstol anse allmänna villkor i avtalen utgöra rättsprinciper som likställs med dispositiv rätt. Allmänna bestämmelser ur AB 04 och ABT 94 kan därmed fylla ut individuella standardavtal. Vilka bestämmelser som kan tänkas uttrycka direkt tillämpliga rättsprinciper är oklart. Det finns möjlighet att beakta ifrågasvarande allmänna bestämmelser som referensram vid entreprenadvister. Huruvida konsumenttjänstlagen som utgör tvingande lagstiftning och reglerar småhusentreprenader kan tillämpas utanför dess egentliga tillämpningsområde är oklart.

Parternas ingångna avtal utgör utgångspunkt vid bedömningen av om fel föreligger. Olika ansvar gäller beroende på vilket avtal parterna hänvisat till. ABT 94 utgår från att projektering ingår i entreprenörens åtagande, vilket innebär att ett funktionsansvar aktualiseras för entreprenören. AB 04 uppställer endast ansvar för själva utförandet. Avvikelse från angiven tid och sätt för utförande av entreprenaden utgör fel. Till följd av ett högre ställt krav på vad begreppet fackmässighet skall innehålla när en näringsidkare utför arbete åt en konsument ställs det högre krav på entreprenören i dessa fall. Begreppet fackmässighet är svårdefinierat och kan skifta mellan enskilda fall. Branschens parter får dras med bristande förutsebarhet.

Ansvaret för ett fel skiljer sig åt beroende på när felet framträder. En entreprenörs ansvar kan med fördel delas in i tre olika perioder. Under första perioden som sträcker sig fram till slutbesiktningen svarar entreprenören för

alla bristfälligheter som uppstår om fast pris avtalats. Har parterna kommit överens om att arbetet skall utföras på löpande räkning så gäller istället att entreprenören endast ansvarar för eget vållande. Andra perioden kallas vanligen för garantitiden. Entreprenören har under denna period ansvar för fel som inte varit synliga vid besiktningen men framträtt under garantitiden. Längden på garantitiden för arbetsprestation är generösare i AB 04 än ABT 94. Tveksamheter kan förekomma rörande vilka fel som beror på entreprenörens arbetsprestation och vilka fel som bör hänföras till material och varor. Tredje periodens ansvar är starkt inskränkt. Efter garantitiden ansvarar entreprenören endast för väsentliga fel som beror på egen vårdslöshet. Är vårdslösheten grov undanröjs dock alla ansvarsbegränsningar.

Entreprenörens felansvar enligt konsumentreglerna innehåller en stor skillnad i förhållande till reglerna i standardavtalen AB 04 och ABT 94. Entreprenörens felansvar preskriberas först tio år efter det att uppdraget avslutades. Det uppställs inga krav på typ av fel eller särskilt handlande. Lagstiftarens val av ett mer långtgående felansvar i dessa relationer stärker konsumenters rätt avsevärt.

Besiktningförfarandets viktigaste rättsverkan är dess preskriptionsverkan av möjligheten att göra gällande fel. AB 04, ABT 94 och konsumenttjänstlagen skiljer sig åt avseende möjligheten att göra gällande fel inom en viss tidsfrist. Tidsfristen om arton månader framåt från godkännandet av entreprenaden för väsentliga fel återfinns bara i AB 04. Konsumenttjänstlagen gör ingen åtskillnad mellan olika typer av fel. Sex månader gäller som tidsfrist oavsett vilket fel det rör sig om. Samma tidsfrist gäller enligt AB 04 för normala fel. Oavsett fel gäller endast tre månaders tidsfrist enligt ABT 94. Slutbesiktningens tidigare starkt avskärande verkan har luckrats upp kraftigt. Numera fungerar besiktningförfarandet istället som ett starkt bevismedel i tvistemål rörande entreprenad.

Förord

Detta examensarbete syftar i första hand till att tillfredsställa min egen nyfikenhet. Mitt intresse för entreprenadrätt väcktes sent under min studietid i Lund. Trots vetskapen om att ett omfattande arbete väntar alla studenter som läser juridik i slutet av deras utbildning har jag alltid sett framemot att få fördjupa mina kunskaper inom något juridiskt ämne. Att under studietiden oroas över vad för ämne mitt examensarbete skulle behandla kändes meningslöst. Med ett vidgat perspektiv på saker och ting är jag väldigt glad över att inte ha stressat mig igenom min utbildning. Erfarenheter som längre utlandsvistelser och boende utomlands skapar förutsättningar som ingen människa kan läsa sig till. När det så nu är dags att avsluta ett kapitel och påbörja ett annat känns det bra att ha genomgått en gedigen utbildning. Insikten om att jag känner mig redo för arbetslivet känns inspirerande. Examensarbetet har varit mycket givande. Det vore roligt att få tillämpa dessa nyvunna kunskaper inom entreprenadområdet praktiskt.

Jag vill rikta ett stort tack till min handledare, jur. dr. Eva Lindell-Frantz, för utmärkt handledning under skrivprocessen. Jag vill även rikta ett särskilt tack till jur. kand. Jörgen Andersson för intressanta åsikter och diskussioner under arbetets gång. Stort tack till alla er som läst och kommenterat uppsatsen.

Avslutningsvis vill jag rikta mitt varmaste tack till min familj och min flickvän för ovärderligt stöd. Kjell, Milena och Johanna, ni är alla underbara. Ett stort tack från hela mitt hjärta!

Lund i september 2006

Danijel Randau

Förkortningar

AB	Allmänna bestämmelser för byggnads-, anläggnings-, och installationsentreprenader
ABS	Allmänna bestämmelser för småhusentreprenader
ABT	Allmänna bestämmelser för totalentreprenader
AVLK	Lag (1994:1512) om avtalsvillkor i konsumentförhållanden
AvtL	Lag (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område
BKK	Byggandets Kontraktskommitté
HD	Högsta domstolen
HovR	Hovrätt
JB	Jordabalk (1970:994)
JT	Juridisk Tidsskrift
KkL	Konsumentköplag (1990:932)
KtjL	Konsumenttjänstlag (1985:716)
KöpL	Köplag (1990:931)
NJA	Nytt juridiskt arkiv, avdelning I
prop.	proposition
RB	Rättegångsbalk (1942:740)
RH	Rättsfall från hovrätterna
SkHovR	Skånes Hovrätt
SOU	Statens offentliga utredningar
SvJT	Svensk Juristtidning
ÄTA	Ändrings och tilläggsarbeten

1 Inledning

1.1 Bakgrund

Principerna för det slags arbetsavtal som inom obligationsrätten benämns det materiella arbetsbetinget uppstod under slutet av 1800-talet och en bit in på 1900-talet på det område som idag till stor del regleras av olika standardavtal; *arbete på entreprenad*.¹ Med begreppet materiellt arbetsbeting avses arbeten på lös eller fast egendom. Analogivis tillämpning av köplagens regler fyllde ut luckorna i avtalet i övrigt. Sedan slutet på 1800-talet har dessutom såväl föreskrifter rörande entreprenadarbeten åt staten som bestämmelser rörande enskilda entreprenader utarbetats.

Redan på 1960-talet kunde konstateras att entreprenadindustrin var en väldigt stark del av den svenska industrisektorn. Entreprenad utgjorde, ur samhällsekonomisk synpunkt, en viktig avtalstyp. De årliga investeringarna i byggnader, anläggningar och installationer som utfördes på entreprenad 1968 uppgick till ca 16,5 miljarder kronor, något som endast överträffades av metall- och verkstadsindustrin.² Knappt 40 år senare, 2004, omsatte de femtio största byggföretagen i Sverige närmare 90 miljarder kronor i entreprenadverksamhet enbart i Sverige.³ Avtalstypen var och förblir, bortsett från när konsumenter står som beställare där det finns regler i konsumenttjänstlagen, trots detta nästan helt oreglerad i lag.⁴ Det finns således ingen lag med regler som är speciella för entreprenader i förhållanden med näringsidkare som beställare. Istället får man i förhållanden mellan kommersiella parter använda de allmänna bestämmelser som, genom centrala förhandlingar, utarbetats av branschens parter. Avtalen utgör standardavtal på området. Dessa allmänna bestämmelser måste dock åberopas av parterna eller hänvisas till genom en referensklausul⁵ för att göras till en del av entreprenadavtalet.⁶

AB 04, vars fullständiga namn är *Allmänna Bestämmelser för Byggnads-, Anläggnings- och Installationsentreprenader AB 04*, är det senaste huvudavtalet på området (fortsättningsvis AB 04). Bakom AB 04 står den

¹ Lindahl Alf G, Malmberg Östen, Norén Alf-Erik, *Entreprenad AB 92*, Stockholm 1994, s. 11.

² Se Motiv AB 65 s. 7. – Uppgifter från Danmark i Hansen, Viltoft & Walsøe, *Ansvar og moderniseret byggeproces*, 1970, s. 15 ff.

³ http://www.bygg.org/Files/Marknad/pdf/50_storsta_byggforetagen_i_sverige_2003-2004.pdf

⁴ Avtalslagen från år 1915 innehåller en rad allmänna regler om hur ett avtal kommer till stånd, när anbud är bindande o.s.v. som är tillämpliga även på entreprenadavtal. Även 1990 års köplag och gällande skadeståndslag har en allmängiltig betydelse som berör det affärsjuridiska förhållandet mellan beställare (köpare)/entreprenör (säljare). Plan och Bygglagen (PBL) innehåller bestämmelser för planläggande och bebyggande av mark. I övrigt är det tunnsätt med vägledning i svensk lagstiftning.

⁵ Jfr t.ex. NJA 1980 s. 46.

⁶ Ramberg och Hultmark, *Allmän avtalsrätt*, 5 uppl., Stockholm 1999, s. 118.

ideella föreningen *Byggandets Kontraktskommitté* (BKK). Föreningen representerar en majoritet av de tunga aktörerna inom byggbranschen. Medlemmar är bl.a. *Banverket, Byggherreforum, Elektriska Installatörsorganisationen (EIO), Fastighetsägarna, HSB: s Riksförbund, Riksbyggen, Svenska kommunförbundet, Sveriges allmännyttiga bostadsföretag (Sabo), Sveriges byggindustrier, och VVS-installatörerna*. Att det krävs konsensus mellan parterna vid förhandlingarna i BKK gör att alla (i olika grad) står bakom resultatet av uppgörelsen. Avtalet är ett så kallat agreed document, vilket talar för att AB 04 kommer få en bred tillämpning. AB 04 bygger på villkoren i föregångaren AB 92, som i sin tur är resultatet av successiva revideringar av de ursprungliga regleringarna i AB 54.⁷

År 2006 uppges 30 % av produktionskostnaderna, motsvarande 50 miljarder kronor om året, orsakas av bl.a. *felaktig projektering och byggfel*. Byggbranschen ser själva orimligheten i detta och planerar sanera sig själv. Effektivare arbetsätt kommer att krävas för att genomföra en effektivisering. Mot bakgrund av detta har 130 av byggbranschens parter ställt sig bakom en avsiktsförklaring där man vill komma till rätta med problemen. Produktiviteten måste förbättras avsevärt för att slippa övervältra kostnaderna på konsumenterna. Ser man till dessa siffror, som till stor del torde stå för arbete som utförs på entreprenad, blir det väldigt intressant att se till den reglering som finns på entreprenadområdet. Framst för att förstå hur regleringen är utformad och utifrån det bättre förstå hur problem som t.ex. det ovan beskrivna uppstår, men även vad branschen kan tänkas göra för att komma till rätta med problem av olika slag.⁸

1.2 Syfte och frågeställningar

Syftet med denna uppsats är att klargöra ansvarsfördelningen mellan beställare och entreprenör vid fel i olika entreprenadförhållanden inom svensk rätt samt klargöra besiktnings rättsverkningar inom entreprenadrätten. Fokus kommer primärt att ligga på vad som gäller enligt de nya standardavtalen och den nya lagstiftningen på konsumentområdet som tillkommit under de senaste åren, nämligen AB 04 och ABS 05 och konsumenttjänstlagen. Därtill kommer ABT 94 att behandlas.

Mina frågeställningar är följande:

1. Hur förhåller sig AB 04 och ABT 94 till dispositiv rätt?
2. Hur förhåller sig regleringen av småhusentreprenader till dispositiv rätt?

⁷ Svenska Teknologföreningen har dessutom givit ut allmänna bestämmelser under åren 1924, 1936 och 1940. Handlingarna utarbetades i samarbete med de byggande ämbetsverken, som jämsides härmed även fastställde sina egna allmänna bestämmelser.

⁸ DN.EKONOMI Nätupplagan fredag 24 februari, 2006 "Byggbranschen slösar bort miljarder", <http://www.dn.se/DNet/jsp/polopoly.jsp?d=678&rss=1401&a=523986>

3. Föreligger det några skillnader mellan hur AB 04 och ABT 94 förhåller sig till dispositiv rätt och hur regleringen av småhusentreprenader förhåller sig till dispositiv rätt? Om så, vilka?
4. När kan de olika standardavtalen respektive lagstiftningen i konsumenttjänstlagen tänkas bli tillämpliga i entreprenadförhållanden?
5. Skiljer sig ansvarsfördelningen vid fel åt mellan AB 04, ABT 94 och ABS 05 och konsumenttjänstlagen? Om så, på vilket sätt?
6. Vilka konsekvenser får en eventuell skillnad i ansvarsfördelningen vid fel för avtalsparterna?
7. Vilken rättsverkan har besiktningen i entreprenadförhållanden?

1.3 Avgränsningar

Till följd av ämnets omfattning blir avgränsningar nödvändiga. Framställningen behandlar endast svensk rätt. Endast entreprenörens förpliktelser, främst dennes felansvar, kommer att behandlas. Konsumenttjänstlagens normala felregler kommer inte behandlas ingående, fokus kommer istället huvudsakligen ligga på presentationen av felreglerna som rör småhusentreprenad. Därtill kommer en redogörelse om besiktningens funktion inom entreprenadrätten att presenteras. Framställningen kommer löpande redovisa vad som gäller enligt de tre olika regleringarna som valts ut för en jämförelse och peka på eventuella skillnader mellan dessa. AB 04 kommer få mest utrymme eftersom det kan sägas utgöra huvudstandardavtal inom entreprenadrätten. Beställarens skyldigheter utelämnas i stort. Likaså utelämnas eventuella rättsföljder. Endast det inomobligatoriska partsförhållandet är av intresse. Avslutningsvis kommer inte s.k. husbyggsatser speciellt behandlas eller olika försäkringsskydd att tas upp.

1.4 Metod och material

Den metod jag använt mig av under skrivprocessen omfattar studier av offentligt tryck, praxis och doktrin. Framförallt doktrin tillsammans med de standardavtal som genom åren upprättats för att reglera partsförhållandena inom byggsektorn har legat till grund för insikten och förståelsen av förhållandena som råder inom entreprenadrätten. Anledningen till den grundliga genomgången av standardavtalen är dessas betydande ställning inom entreprenadrätten. De tre avtalen som ingår i framställningen har valts för att få en bred förståelse för olika avtals funktion inom entreprenadrätten. Det s.k. huvudstandardavtalet (AB 04) är det avtal som tillämpas mest

frekvent och är det avtal inom entreprenadområdet som flest människor känner till. Dessutom är AB 04 relativt nytt och därmed intressant ur den aspekten att det, till skillnad från dess föregångare, inte hunnit etablera sig fullt ut på marknaden. Anledningen till att presentera ABT 94 är främst dess unika reglering av frågor kring projektering. Även ABT 94 är ett avtal som tillämpas frekvent inom entreprenadområdet. ABS 05 är liksom AB 04 ett nytt avtal med den skillnaden att ABS 05 är knutet till den lagreglerade konsumenträtten. Ett intressant konsumentperspektiv presenteras genom en genomgång av standardavtalet och den lagreglerade rätten.

Entreprenadlitteraturen är många gånger knuten till branschen. Dess saklighet och objektivitet är därför många gånger svårbedömd. En kritisk hållning är därför ofta påkallad. Det är vanligt förekommande att tvister inom entreprenadrätten hänskjuts till olika skiljenämnder. Sådana avgöranden behandlas när de anses tillföra något och i den mån de varit tillgängliga.

Den litteratur som används är uteslutande svensk litteratur. Till följd av att skiljedomar i regel inte är offentliga blir urvalet som kan studeras starkt begränsat. Tekniken att hänvisa till sammanfattande referat blir därför ofta den enda möjliga. Dessa referat utgör sekundärkällor.

Uppsatsen har en deskriptiv karaktär. Rättskällorna ligger till grund för bedömningen av hur felansvaret fördelas och vilka eventuella konsekvenser detta får för parterna beroende på vilket regelverk som blir tillämpligt på avtalsförhållandet. Samma gäller avseende besiktningens rättsverkan.

Teorin i uppsatsen utgörs av de presenterade rättskällorna. Uppsatsen innehåller inga empiriska inslag. Rättspraxis utgör en del av teorin. Anledningen till avsaknaden av empiriska inslag är främst svåråtkomligheten av rättspraxis (främst skiljedomar) och branschens slutenhet gällande uppkomna tvister. Det som beskrivs i uppsatsen är alltså delar av gällande rätt inom entreprenadrätten eller om man så vill teorin.

Hänvisningar som görs till de olika standardavtalen kommer i de fall endast AB skrivs ut inbegripa såväl AB 04 som ABT 94. Regleringen återfinns i sådana fall i samma bestämmelse i båda standardavtalen och är närmast identisk. För det fall regleringen endast finns i AB 04, ABT 94 eller den konsumenträttsliga lagstiftningen kommer detta klart att framgå.

1.5 Disposition

Bakgrunden till denna uppsats återges i avsnitt 1.1. Uppsatsen innehåller sex kapitel. Kapitel 2 - 5 utgör underlag för de avslutande kommentarer som logiskt presenteras sist i uppsatsen. Andra kapitlet är en allmän genomgång av grundläggande entreprenadrätt. Den allmänna karaktären är ett medvetet val och har ett orienterande syfte. Kapitlet har inte desto mindre även ett pedagogiskt syfte som ligger till grund för den fortsatta framställningen. Kapitel tre innehåller, förutom en genomgång av standardavtalsrätten, en presentation av ett urval av entreprenadbranschens flitigast tillämpade

standardavtal och dessas förhållande till lagar och dispositiv rätt. I det fjärde kapitlet beskrivs entreprenörens ansvar och förpliktelser enligt AB 04, ABT 94 och ABS 05/konsumenttjänstlagen. Femte kapitlet behandlar besikningens rättsverkan i entreprenadförhållanden. Uppsatsens sista kapitel utgörs av avslutande kommentarer.

2 Allmänt om entreprenadrätt

2.1 Begreppet entreprenad m.m.

Vid arbeten i form av uppförande, reparation eller ombyggnad av byggnader och anläggningar aktualiseras oftast ett specifikt rättsområde, den s.k. *entreprenadrätten*. Entreprenadrätten omfattar reglerna för det rättsförhållande som gäller mellan parterna i ett entreprenadavtal. Syftet är att klarlägga beställarens och entreprenörens inbördes rättigheter och skyldigheter. Särskilda regler om felansvar och besiktning tillämpas för detta område, vilka skiljer sig mycket från t.ex. köp av begagnade hus i vilka fall jordabalkens regelverk blir tillämpligt. Begreppet entreprenad beskrivs av Stig Hedberg som: ”ett uppdrag som innebär att leverera material och/eller arbetsinsats för att åstadkomma ett resultat som i normalfallet kommer att vara fast egendom”.⁹ Hedberg fortsätter: ”Entreprenaden kan avse utförande av byggnad eller anläggning eller delar av byggnad/anläggning, t.ex. installationer. Entreprenaden kan också omfatta om- och tillbyggnad eller reparation och även rivning av befintlig byggnad/anläggning”.¹⁰ Hellner anlägger istället ett pragmatiskt kriterium för att bestämma vad som skall förstås med *entreprenad*. För att kunna fastställa vad som faller under begreppet måste man enligt Hellner se till om avtalen är underkastade något av de standardavtal, numera framför allt AB 04, som enligt honom fungerar på ett sätt som liknar en lag för byggnads- och anläggningsindustrin. På detta sätt kan man komma fram till huruvida något faller under entreprenad och därmed de större byggnadsarbeten, inklusive anläggningsarbeten, som regleras genom utförliga standardavtal. Hager och Persson påpekar att trots att AB 04 kan ses som det stora huvudavtalet på området så finns det en rad andra avtal, med större eller mindre likheter med AB 04, som kan vara av betydelse.¹¹ Bertil Bengtsson menar i sin tur på att bristen på lagregler är mindre besvärande. Anledningen till detta är att entreprenadavtalen i stor omfattning regleras av enhetliga standardvillkor.¹² Således har åtminstone ett par av författarna som behandlat entreprenadjuridik använt sig av de villkor som utarbetats inom entreprenadbranschen som utgångspunkt i sina kommentarer till ämnet. Tydligare tecken på standardvilkorens betydelse och utbredda tillämpning under en längre tid är svåra att finna.

I enlighet med vad Sture Johansson påpekar kan man tala om entreprenad i en vidare och en snävare betydelse. I en vidare betydelse omfattar entreprenad allt arbete på mark och byggnad. Den snävare betydelsen avser

⁹ Hedberg Stig, *Entreprenadkontrakt fällor och fel*, Stockholm 1996, s. 62.

¹⁰ Ibid.

¹¹ Hellner Jan, Hager Richard och Persson Annina H, *Speciell avtalsrätt II Kontraktsrätt I häftet. Särskilda avtal*, 4 utg., Stockholm 2005, s. 127.

¹² Bengtsson Bertil, *Särskilda avtalstyper I*, 2 uppl., Stockholm 1976, s. 104

endast byggnadsindustrins särskilda kontrakt.¹³ I denna framställning är ordets snäva betydelse av störst intresse.

2.2 Några viktiga begrepp¹⁴

För förståelsen av ämnesområdet finns det en rad grundläggande termer som läsaren bör känna till. Nedan följer en redogörelse för dessa begrepp.

Entreprenör är den som åtagit sig en entreprenad, dvs. den fysiska eller juridiska person (privatperson eller företag) som mot ersättning åtagit sig att utföra ett mark-, byggnads-, installations-, rivnings-, eller anläggningsarbete.

Motparten till entreprenören kallas för *beställare*. Det är beställaren som gett entreprenören uppdraget och åtagit sig att betala för arbetet.

Med termen *byggherre* avses den som för egen räkning utför eller låter utföra mark-, byggnads-, installations-, rivnings-, eller anläggningsarbete. Det är vanligt att byggherren är ägare till den berörda marken samt kommer att stå som ägare till det blivande byggnadsverket. I de flesta fall är byggherren även beställare men långtifrån alla beställare kan titulera sig byggherrar. Byggherre kan även den vara som bygger åt sig själv utan att anlita entreprenör.

Med *huvudentreprenör* menar man den entreprenör, oftast i samband med delad entreprenad (om begreppet delad entreprenad se vidare avsnitt 2.2.1), som åtagit sig att samordna de olika entreprenörernas insatser. Huvudentreprenören svarar ofta även för platsetableringen, såsom att tillförsäkra t.ex. tillfällig el- och vattenförsörjning.

Den som vid sidan av entreprenören utför entreprenad åt beställaren inom arbetsområdet benämns *sidoentreprenör*.

En *underentreprenör* är en entreprenör som utför entreprenad åt entreprenören. Sistnämnde blir då underentreprenörens beställare.

Dessutom är det viktigt att förstå skillnaden i en rad återkommande, snarlika begrepp som utöver korrekt språkbruk i det avsedda sammanhanget, även är av ekonomiskt intresse. Skillnaden mellan begreppen ”kontrakt” och ”entreprenad”, som frekvent återkommer i bl.a. AB 04, är ett sådant exempel. Åsyftas något som härrör ur parternas ursprungliga avtal används förledet ”kontrakt-”. Förledet ”entreprenad-” syftar istället på vad som slutligt kommit att gälla mellan parterna till följd av tidsförlängning, ändringar och tilläggsarbeten eller försening. Ett exempel är begreppen *kontraktstiden* respektive *entreprenadtiden*. Kontraktstiden avser den

¹³ Johansson Sture, *Entreprenadrätt och praktik*, Stockholm 2005, s. 10.

¹⁴ Liman Lars-Otto, *Entreprenad- och konsulträtt*, 7 utg., Stockholm 2005, s. 14f.

avtalade tiden för utförande av det från början avtalade arbetet, kontraktsarbetena. Entreprenadtiden avser istället den verkliga tiden från påbörjande till garantitidens början, således inkluderande tidsförlängning och försening.

2.3 Upphandlingsformer

Beroende på en rad faktorer, såsom projekttid, risktagande och ekonomi, påverkas beställarens val av hur han ska köpa upp den aktuella entreprenaden. Även olika entreprenörers tillvägagångssätt i projektering och val av arbetssätt torde spela roll. Inledningsvis torde dock beställarens val vara av störst betydelse eftersom val av entreprenör samt dessas flexibilitet i tillvägagångssätt är stor. Bedömningsgrunderna är många och det gäller för beställaren att avgöra vad som är av störst intresse för just honom för att kunna komma fram till vilken form av samverkan som passar bäst för det enskilda projektet. De olika formerna av upphandling fungerar som hjälpmedel när beställaren skall beskriva olika entreprenadavtals inbördes förhållande i byggprocessen. Den enskilde entreprenören upplyses genom upphandlingsformerna om i vilken administrativ position hans arbete ska utföras.¹⁵ Man kan säga att valet av upphandlingsform har stor betydelse för handläggningen av byggprojektet. En beställare med stor erfarenhet och goda resurser kan troligen upphandla bygget i mindre delar och på olika sätt försöka styra sitt projekt.¹⁶

Det sluts normalt sett en rad olika avtal för att ett byggprojekt skall komma till stånd. Variationen i mönster på dessa olika avtal har gett upphov till en rad termer. Utformningen varierar beroende på vem som åtar sig att utföra olika saker, men framförallt beroende på vilken part bland entreprenörerna som styr projektet. De vanligaste upphandlingsformerna är *delad entreprenad*, *generalentreprenad* och *samordnad generalentreprenad*. Begreppen förklaras i 2.3.1 – 2.3.4. Till dessa kommer en del mellanformer. Upphandlingsformerna kan sedan, beroende på mönster, i sin tur inordnas i två entreprenadformer. En redogörelse för dessa följer under 2.4 Entreprenadformer. Trots att upphandlingsformerna är viktiga för att kunna etablera organisationsform är det i praktiken inte liktydigt med att en viss upphandlingsform innebär fasta organisationsformer.¹⁷ Den rikliga förekomsten av mellanformer är i praktiken en verklighet som inte låter sig enkelt inordnas i fasta strukturella mönster.¹⁸

¹⁵ Johansson Sture, a.a., s. 61. Såsom positioner kan nämnas t.ex. huvudentreprenör, generalentreprenör och underentreprenör.

¹⁶ Söderberg Jan, *Att upphandla byggprojekt*, 5 uppl., Lund 2005, s.21.

¹⁷ Se t.ex. byggprojektet och turena kring Moderna Musset och Arkitekturmuseet, Planera, bygga och bo, 2004:3 s. 23f., där omprojektering bl.a. genomfördes och avtalet baserades på såväl AB 92, som ABT 94.

¹⁸ Johansson Sture, a.a., s. 61f.

2.3.1 Delad entreprenad

Den delade entreprenaden, som under fyrtio- och femtiotalet var vanligast i Sverige, kännetecknas av att flera entreprenörer har avtal med byggherren men inte med varandra. Byggherren har en betydande roll i projektet.¹⁹

Byggherren anlitar, vid delad entreprenad, projektörer som ofta är verksamma som konsulter av olika slag. Deras uppgift är att, utifrån mer eller mindre detaljerade anvisningar, utarbeta handlingar för projektet. För att komma fram till en slutprodukt, som genom beskrivningar och ritningar ger uttryck för konsulternas kreativa tänkande, bildas en arbetsgrupp som gemensamt arbetar fram ett förslag.²⁰

Vid delad entreprenad tar byggherren på sig ett betydande ansvar för att samordna och leda verksamheten på byggplatsen. Han har genom de olika entreprenadavtalen ett direktinflytande på de olika delentreprenaderna. I fall där byggherren låter en av entreprenörerna sköta den samordning som enligt 3:9 AB 04 åvilar byggherren, kallas denne entreprenör för ”huvudentreprenör”. I uppdraget ingår ofta att svara för platsetablering i form av el-, vattenförsörjning, bodar o.d. En viss förskjutning av ansvar för utfört arbete, från byggherren till huvudentreprenören, kan på detta sätt uppkomma. Uppdraget tillfaller vanligtvis byggentreprenören.²¹

2.3.2 Mycket delad entreprenad

Mycket delad entreprenad utmärks av att de olika delarna av entreprenaden (inklusive projektering) upphandlas av byggherren. För byggherrens del innebär det att ett specifikt avtal upprättas med varje entreprenör. De olika delarna av den vanliga byggnadsentreprenaden upphandlas typiskt sett i mindre enheter av byggherren. Det ställs i.o.m. detta stora krav på byggherrens samordning av de kontrakterade entreprenörerna. Ett ansvar som för vissa byggherrar kan bli allt för betungande.²²

Entreprenadformen ger ur ekonomisk synpunkt byggherren stor kontroll över prisbilden, att detta i sin tur skulle leda till en bästa total kostnad förefaller mera osäkert.

Byggherren har ur juridisk synpunkt ett ansvar för projekteringen gentemot de anlitate entreprenörerna. Ett problem för byggherren är att det i det enskilda fallet kan vara svårt att identifiera och härleda ansvaret för eventuellt felaktigt utfört arbete till en eller flera entreprenörer eller

¹⁹ Liman Lars-Otto, a.a., 5 utg., Stockholm 1997, s. 35.

²⁰ Begreppet arbetsgrupp skall inte förväxlas med konsultgrupp. En konsultgrupp är, precis som namnet antyder, en grupp konsulter som tillsammans utgör en grupp av intressenter. Den stora skillnaden ligger i att ett solidariskt ansvar infinner sig för medlemmarna av gruppen efter det att samtliga skrivit under ett enda gemensamt avtal med byggherren som motpart, s.k. konsultgruppsavtal.

²¹ Höök Rolf, *Entreprenadjuridik*, 4 utg., Stockholm 2005, s. 36. och Söderberg, a.a., s. 25f.

²² Höök, a.a., s. 35f. och Söderberg, a.a., s. 24f.

projektören. Konsekvensen, till följd av svårigheterna i bevisföringen för byggherrens del, blir ofta att ansvaret stannar eller vältras över på byggherren.²³ En börda som framstår som betungande och kanske rentav måste kalkyleras med.

2.3.3 Generalentreprenad

Vid *generalentreprenad* ansvarar generalentreprenören för hela produktionen gentemot byggherren. Huvudtanken är att byggherren upphandlar och låter ta fram projekteringen till entreprenaden. Det föreligger ett renodlat förhållande mellan byggherren och den av honom upphandlade entreprenören. Förhållandet syftar till att befria byggherren från de samordningsproblem och den ansvarssplittring som föreligger vid delad entreprenad. Generalentreprenören träffar i sin tur avtal med olika underentreprenörer, vars uppgift blir att utföra de arbeten som inte utförs i generalentreprenörens egna bolag. I fall där byggherren önskar styra eller ha särskild kontroll över entreprenader finns möjligheten att upphandla dessa. Exempel på sådana är datanätsinstallationer och säkerhetsinstallationer. Därmed tillkommer en sidoentreprenör.²⁴

Generalentreprenören har enligt 3:9 AB 04 ansvaret för samordningen av egna arbeten. Ansvaret omfattar även underentreprenörers arbeten. Beställarens ansvar sträcker sig till samordningen mellan installationer upphandlade vid sidan av generalentreprenaden och arbeten inom densamma. Beställaren kan utnyttja möjligheten att föra över samordningsansvaret för de vid sidan av generalentreprenaden upphandlade installationerna på generalentreprenören. Beställaren tar sig, antingen ensam eller med hjälp av anlidade konsulter, an projekteringen. Även projekteringsarbetet kan överlåtas på generalentreprenören, som då benämns totalentreprenör. Denne kan i sin tur överföra arbetet på underentreprenörer som då kallas för totalunderentreprenörer.²⁵

Förekomsten av uppdelning av generalentreprenad i två former är inte helt främmande inom litteraturen. I de fall där så gjorts benämns denna form som *ren generalentreprenad*.²⁶ Som redan nämnts karakteriseras formen av att byggherren begär anbud på ett åtagande som innefattar alla arbeten och att avtal endast sluts med en entreprenör som styr valet av underentreprenörer. Betydelsen av denna typ av beteckningar ifrågasätts dock av Rolf Höök, som menar på att man vid analysen av den enskilda händelsen måste beakta den faktiska situationen med de dokument som är en del av avtalet. Höök anser parternas val av begrepp vid benämning av

²³ Ibid.

²⁴ Höök, a.a., s. 37f., Liman Lars-Otto, a.a., 7 utg., Stockholm 2005, s. 36f. och Söderberg, a.a., s. 27f.

²⁵ Entreprenadformen totalentreprenad, som känneteckas av att entreprenören utför såväl utredning som projektering, har gett upphov till förledet ”total-”.

²⁶ Se om denna terminologi Hedberg Stig, *Kommentarer till AB 04*, Solna 2005, Liman, a.a., 7 utg. Stockholm 2005 samt Hedberg, a.a.

entreprenadsituationen vara ett tolkningsdata för vilken ansvarssituation som parten troligen avsåg skulle föreligga. Parternas benämning av entreprenaden i det praktiska fallet torde vara av ringa betydelse. Höök menar istället att faktiskt handlande, som att entreprenören tillhandahåller tekniska lösningar medför att ansvar för lösningen uppkommer.²⁷ Således finns det enligt Höök all anledning att vara noga med vilken betydelse man lägger i valet av terminologi, men kanske framförallt att inte stirra sig blind på benämningar. Visserligen är detta ett ofta återkommande tema inom juridiken, men det tycks aldrig nog kunna poängteras.²⁸

Regleringen i 1:6 AB 04 är av betydelse vid en analys av en ansvarssituation där den ena parten hävdar att det utförda arbetet är felaktigt. Den lyder i sina två första stycken:

För riktigheten av uppgifter, undersökningsmaterial och tekniska lösningar ansvarar den part som tillhandahållit dem. Detsamma gäller utsättning som en part tillhandahållit.

Motpartens godkännande inskränker inte ansvaret enligt föregående stycke.

Regleringen styrker Hööks påstående om att ett faktiskt handlande troligen tillmäts större vikt än olika typer av beteckningar och talar därmed för försiktighet vid tillämpning av olika beteckningar, men framförallt vad man lägger för betydelse i dessa i fall där olika ansvarssituationer skall analyseras.

2.3.4 Samordnad generalentreprenad

Den samordnade generalentreprenaden utgör i många avseenden en komplicerad form av upphandling. Inte minst ställs det stora krav på parternas samordning av de kontraktshandlingar som skall tillämpas. BKK har gett ut en handledning för *samordnad generalentreprenad* (den senaste utgåvans titel från år 1999 är densamma) som avser att tjäna som vägledning. Formen syftar till att ge byggherren total kontroll över kostnadsfördelningen genom att avtal träffas med flera olika entreprenörer. Genom att överlåta ett önskat antal av de slutna avtalen på en av entreprenörerna, vanligtvis byggentreprenören, sammanförs de till en generalentreprenad. Det av byggherren slutna avtalet med generalentreprenören medför att denne övertar de av byggherren kontrakterade entreprenörerna. Fördelen i översiktshänseende för byggherren är betydande, vilket i många avseende underlättar dennes ekonomiska struktur, samt befriar honom från samordningsproblem. Att byggherren även kan slippa inblandning i olika ersättningstvister, till följd av brister i samordningen mellan olika representanter på byggplatsen, torde ses som en klar fördel. Problem som kan uppstå, förutom de rörande samordningskomplikationer, rör främst godkännandet av annan som primär

²⁷ Höök, a.a., s. 38.

²⁸ Jfr t.ex. arbetsrättens gränsdragning arbetstagare - uppdragstagare.

kontraktspartner. De av byggherren kontrakterade entreprenörerna måste godkänna generalentreprenören.²⁹

2.4 Entreprenadformer

Precis som valet av upphandlingsform har en organisatorisk betydelse spelar det i organisationshänseende stor roll vilken entreprenadform som väljs. *Entreprenadformen*, *upphandlingsformen* och *ersättningsformen* utgör tre olika grunder enligt vilka en entreprenad kan delas in i för att få densamma klassificerad. Klassificeringen underlättar valet av regler som normalt sett är bäst tillämpliga på parternas mellanhavanden. Det är dock avtalets leveransbestämmelser tillsammans med dess individuella föreskrifter som är avgörande för vad som gäller. Entreprenadformens namn i sig har begränsad juridisk betydelse. Det intressanta är således istället vilken standardavtalstext som åberopas i det specifika fallet. I de fall AB 04 åberopas vid en totalentreprenad blir dess regler tillämpliga. På samma sätt gäller ABT 94 i fall där man hänvisat till densamma vid en utförandeentreprenad. Uppdelningen i frågan om val av entreprenadform behandlar vem som i det specifika entreprenadavtalet, oavsett upphandlingsform, skall svara för projekteringen.

2.4.1 Utförandeentreprenad

De ovan presenterade formerna av upphandling benämns ofta som utförandeentreprenader.³⁰ Benämningen *utförandeentreprenad* används som en gemensam beteckning för entreprenader som är tänkta att genomföras på ett visst sätt. Genom utredning och projektering bestämmer beställaren (ofta i detalj) vad entreprenören ska utföra. I fall där endast krav på hur en viss del skall fungera överläts det på entreprenören att bestämma utförandet. Dessa fall, i vilka direkta föreskrifter om utförandet saknas, rör i allmänhet mindre delar av utförandeentreprenader. Beställaren har projekterings- och funktionsansvar, medan entreprenören har utförandeansvar.

2.4.2 Totalentreprenad

Utmärkande för en *totalentreprenad* är att beställaren oftast endast uppställer ett funktionskrav.³¹ Det är sedan upp till totalentreprenören att

²⁹ *Samordnad generalentreprenad*, 2 uppl., Stockholm 1999, s. 6., Höök, a.a., s. 38f., Johansson, a.a., s. 65f., samt Söderberg, a.a., s. 28ff.

³⁰ Johansson, a.a., Liman, a.a., Höök, a.a. samt Hedberg, a.a. Begreppet har dessutom bestämts i begreppsbestämningarna till AB 04.

³¹ Begreppet *funktion - sådan användbarhet eller sådan för användbarhet nödvändig egenskap, som normalt konstateras genom mätning, provning eller nyttjande* - klargörs inledningsvis i ABT 94. Numera återfinns begreppet även i inledningen till AB 04. Jfr även NJA 2002 s. 630

utreda och projektera det erforderliga arbetsutförandet.³² De funktionskrav som byggherren har uppställt i sitt förfrågningsunderlag och sedan inkorporerat i det mellan parterna gällande avtalet ligger till grund för entreprenadens utförande. ABT 94 har utformats för att passa just sådana situationer. Projekteringen utförs vanligen av anlitate konsulter, medan underentreprenörer anlitas för de arbeten som totalentreprenören önskar ligga utanför det egna företagets arbetsuppgifter. Samordningen står totalentreprenören för.

Ur riskfördelningssynpunkt innebär en *totalentreprenad* att byggherren endast har en part att vända sig emot. Under förutsättning att det i avtalet finns ett åtagande som skall representera det funktionskrav som entreprenören har åtagit sig bär totalentreprenören ansvaret för entreprenadens funktion. Ansvaret omfattar även de faktiska fel som entreprenaden kan vara behäftad med.

Det är ur ansvarssynpunkt viktigt att byggherrens formulering av funktionsbeskrivningen är möjlig att lägga till grund för en analys av hur ett korrekt önskat utförande skall se ut. Funktionsbeskrivningen skall vara formulerad på ett sådant sätt att den är möjlig att analysera med allmänna mätmetoder.³³ I 1:2 ABT 94 anges:

Om kontraktshandlingarna³⁴ inte utvisar krav eller utfästelser beträffande användbarhet eller egenskaper, skall arbetena utföras så att de motsvarar vad som kan fordras med hänsyn till objektets av beställaren redovisade eller för entreprenören eljest kända planerade användning.

En jämförelse med AB 04 kan härvid vara lämplig för att förstå den klara skillnad som föreligger mellan dessa båda standardavtal. Det stadgas i första kapitlets inledande paragraf:

Omfattningen av kontraktsarbetena³⁵ bestäms av kontraktshandlingarna.³⁶

Kontraktsarbetena omfattar även sådana detaljarbeten som, utan att vara särskilt angivna i kontraktshandlingarna, uppenbarligen är avsedda att utföras utan tillägg till kontraktssumman.

Jämför man 1:1, 2 AB 04 med 1:1, 2 ABT 94 finner man att det funktionskrav som ofta uppställs vid totalentreprenader ålägger entreprenören ett vidare ansvar. En enkel jämförelse mellan 1:1 2 stycket AB 04 och 1:2 ABT 94 visar tydligt på detta. Vid en närmare granskning av kommentarerna till 1:1 och 1:2 ABT 94 finner man klara belägg för att så är fallet. Därav framgår:

³² Under begreppsbestämningar i ABT 94 anges uttryckligen totalentreprenadens karaktär: såväl projektering som utförande. Begreppsbestämningen är ny.

³³ Höök, a.a., s. 41.

³⁴ Begreppet *kontraktshandlingarna* - kontraktet jämte de handlingar som är fogade till detta eller som – utan att vara därtill fogade – är däri angivna som gällande för kontraktsarbetena - klargörs under begreppsbestämningar i ABT 94.

³⁵ Begreppet *kontraktsarbetena* - de arbeten som enligt kontraktshandlingarna ingår i entreprenörens åtagande - klargörs under begreppsbestämningar i ABT 94.

³⁶ Likalydande med första meningen i 1:1 ABT 94.

Villkoret om att omfattningen av entreprenörens åtagande bestäms av kontraktshandlingarna är ett av de mest grundläggande vid utförandentreprenader. Vid en totalentreprenad med ABT 94 som avtalsvillkor har detta villkor också grundläggande betydelse, men villkorets innebörd påverkas av att entreprenörens uppdrag vid totalentreprenad även innefattar utredning och projektering. Eftersom entreprenören vid totalentreprenad svarar för hela eller en väsentlig del av produktbestämningen måste beställaren kunna räkna med, att entreprenörens arbete utmynnar i en produkt som fungerar för det ändamål vartill den är avsedd. Detta utgör en grundläggande princip för totalentreprenaden, nämligen den om entreprenörens ansvar för objektets användbarhet och egenskaper. Ofullständigheter i de av entreprenören presterade beskrivningarna eller ritningarna innebär i sig inte någon begränsning av entreprenörens åtagande. På grund av kapitel 1 § 2 kan entreprenörens åtagande också omfatta arbeten som inte finns uttryckligen angivna i kontraktshandlingarna men som med hänsyn till avtalat resultat eller omständigheterna i övrigt ändå måste anses ingå i entreprenörens åtagande.

Det finns naturligtvis möjlighet för entreprenören att reservera sig mot de krav som ställs på honom. Avtalsfrihet råder trots allt.

Noteras bör, att det i 1 kap 7 § ABT 94 föreskrivs att entreprenören endast har utförandeansvar i de avseenden där beställaren föreskrivit tekniska lösningar. Inget funktionsansvar föreligger således i dessa fall för entreprenören. Regleringen fastställer beställarens ansvar för egna tekniska lösningar.

Ännu en gång saknar valet av beteckningar (som beteckningar för entreprenadformen totalentreprenad) någon större roll. Beteckningar som *styrd totalentreprenad*, *funktionsentreprenad* och *totalentreprenad med total funktionsansvar*, rör som regel bara till det för parterna. ABT 94 reglerar, förutsatt att det åberopats i kontraktet, förhållandena och därmed gäller samma regler oavsett vad man väljer att kalla entreprenadformen. Regleringar som den i 1 kap 6 § ABT 94, att uppgiftslämnare svarar för uppgifts riktighet, gäller precis lika väl som redan nämnda regleringar, oavsett vad entreprenadformen kallas.

2.5 Ersättningsformer

Det finns en rad olika sätt att bestämma priset för en entreprenad på. Till de vanligaste varianterna hör *fast pris* och *löpande räkning*. BKK har ett standardkontrakt för fast pris (1/04) och ett för löpande räkning (2/04). Trots att det inte framgår av texten i de allmänna villkoren är AB 04 avsedd för *fast pris*.³⁷ Valet av ersättningsform baseras till stor del på ekonomiska överväganden. Vid oenighet rörande vilken ersättningsform som avtalats mellan parterna i ett kommersiellt förhållande har den part som hävdar att avtal träffats om fast pris bevisbördan för att så är fallet.³⁸ Lyckas inte part

³⁷ Se t.ex. Höök, a.a., s. 42f.

³⁸ HD uttalade i NJA 2001 s. 177 rörande bevisbördan när den ena parten påstår att fast pris har avtalats och den andra parten att arbetet skall ske på löpande räkning att ”vid köp av arbetsbeting som direkt eller analogivis omfattas av 1990 års köplag bör huvudregeln vara

med detta skall istället 45 § KöpL tillämpas, vilket innebär att köparen skall betala ett skäligt pris. I entreprenadförhållanden mellan en näringsidkare och en konsument får det enligt HD (NJA 1975 s. 280) anses ankomma på entreprenören att styrka avtalets innebörd i fråga om priset. HD anförde: ”På detta område framstår det som motiverat att i fråga om priset lägga bevisbördan på entreprenören redan av det skälet, att det kan anses lämpligt och rimligt att det får ankomma på honom att säkerställa bevisning i prisfrågan. Det måste antagas att man därigenom främjar bruket att upprätta avtalet i skriftlig form, vilket är ägnat att skapa klarhet om avtalets innehåll och därmed också står i samklang med strävandena att upprätthålla regler som skyddar konsumenterna”. Av 36 § KtjL följer att skäligt pris även gäller i förhållanden mellan näringsidkare och konsument när priset inte följer av avtalet.³⁹

2.5.1 Fast pris

Med *fast pris* menas att parterna kommit överens om en klumpsumma som ersättning för samtliga kontraksarbeten⁴⁰ eller bestämda belopp för (huvud) delar därav. Beställaren får normalt sett ett pris av entreprenören vid upphandlingen. Priset representerar ersättningen entreprenören är villig att utföra det sammanlagda arbetet för. Även ändrings- eller tillägsarbete kan regleras på detta sätt. Ett fast pris kan i viss mån göras rörligt genom reservationer för ändrade kostnader. Exempelvis material- och lönekostnader ändras vad tiden lider. Regleringen av priset kan då antingen göras enligt index eller enligt en i förväg överenskommen förutsatt kostnadsutveckling. Konjunkturen inom byggbranschen torde vara starkt styrande, liksom förfrågningsunderlagets kvalitet.

2.5.2 Löpande räkning

Vid *löpande räkning* betalar beställaren de kostnader entreprenören haft för att utföra bygget. Värdet av utförda arbeten fastställs enligt *självkostnadsprincipen* till verkliga självkostnaden. Av 6:9 AB 04⁴¹ framgår:

Enligt självkostnadsprincipen utgår ersättning för

att den part som hävdar att avtal har träffats om priset eller om beräkningsgrunden för detta har bevisbördan för sitt påstående”. HD frångick därmed det tidigare, i doktrinen starkt kritiserade, vägledande avgörandet NJA 1951 s. 1. Spekulationer kring vad som varit avgörande för utgången berörde bl.a. den kritik som framförts i doktrinen, om att det är lättare för en part att säkra bevisning rörande en omständighet som faktiskt inträffat, såsom avtal om bestämt pris, än för motparten att säkra bevisning om något som inte har inträffat, såsom att prisfrågan inte berörts vid avtalets ingående.

³⁹ Se s. 287 NJA 1975 s. 280 (min markering). Jfr även den särskilda bevisbörderegeln i 51 § KtjL som reglerar småhusentreprenader.

⁴⁰ Begreppet *kontraksarbete* - arbete som enligt kontraktshandlingarna ingår i entreprenörens åtagande - klargörs under begreppsbestämningar i AB 04.

⁴¹ Jfr 6:7 ABT 94 där uppräknningen nästan exakt ser likadan ut och i stort föreskriver samma.

- 1 kostnader för material och varor
- 2 kostnader för arbetsledning
- 3 kostnader för arbetare
- 4 kostnader för hjälpmedel
- 5 kostnader för underentreprenader
- 6 kostnader för försäkringar i den mån de avser entreprenörens risk samt avgifter enligt lag och till företagarorganisationer
- 7 kostnader i övrigt som inte anges i § 10 p. 2 i detta kapitel
- 8 a) entreprenörarvode beräknat som procent av kostnaderna enligt p. 1-7 ovan, exklusive mervärdesskatt eller,
b) entreprenörarvode beräknat som procent av kostnaderna enligt p. 1-7 ovan, för arbetare, hjälpmedel, material eller vara, som tillhandahålls av beställaren, exklusive mervärdesskatt.

Vad som gäller vid tillämpning av självkostnadsprincipen följer av 6:10 AB 04 respektive 6:8 ABT 94. Regleringen föreskriver i stort samma sak. Huvudregeln är att beställarens intressen, ur såväl teknisk som ekonomisk aspekt, så långt möjligt skall tas i beaktande.⁴² Detta innebär att byggherrens önskemål måste beaktas i större utsträckning. Det är beställarens ansvar att betala entreprenörens faktiska kostnader. Enda sättet att komma från denna förpliktelse är att visa på att entreprenören gjort sig skyldig till åtminstone försummelse avseende sitt åtagande. Bevisbördan vilar på beställaren.⁴³

Den kanske största skillnaden mellan *fast pris* och *löpande räkning* utgör (åtminstone i juridiskt hänseende) specialreglerna rörande ansvaret för fel under entreprenadtiden. Av regleringen i standardkontrakt 2/04⁴⁴ respektive 2/94⁴⁵ anknutet till ABT 94, avseende löpande räkning, framgår det att det föreligger ett culpaansvar⁴⁶ för entreprenören under entreprenadtiden. Detta ger vid handen att ett ytterligare kriterium måste vara uppfyllt för att entreprenören skall kunna hållas ansvarig för skada på icke avlämnad del av entreprenaden under entreprenadtiden, nämligen att han förfarit vårdslöst. En annan vanlig benämning är oaktsamhet. Det anges i 2/94 rörande kapitlet om ansvar:

Entreprenören svarar för skada enligt ABT 94 kapitel 5 §§ 4 och 16 endast i den mån skadan beror på entreprenörens vårdslöshet. Härigenom inskränks ej entreprenörens skyldighet att teckna försäkring enligt ABT 94 kapitel 5 § 22.

Fel som beror på entreprenörens vårdslöshet skall avhjälpas utan kostnad för beställaren vid äventyr att detta annars sker genom beställarens försorg på entreprenörens bekostnad. Kostnad för avhjälpande av fel av annan art får entreprenören inräkna i självkostnaden enligt § 6 nedan.

⁴² Motiv AB 72, 2 utg., Stockholm 1985 s. 185 och Lindahl, Malmberg, Norén, a.a. s. 185.

⁴³ Ibid.

⁴⁴ Finns att hämta på Sveriges byggindustriers hemsida:

http://www.foreningenbkk.org/documents/kontrakt/formular_2_04.doc

⁴⁵ Lindahl, a.a., 271 ff.

⁴⁶ Avseende terminologi och innebörd se t.ex. Hellner Jan och Johansson Svante, *Skadeståndsrätt*, 6 uppl., Stockholm 2002, s. 123 ff., Agell Anders, *Familjerätt, skadeståndsrätt och annan förmögenhetsrätt: valda skrifter*, Uppsala 1993, s. 103 ff., Karlgren Hjalmar, *Culpa och samtycke inom skadeståndsrätten*, Lund 1969, s. 7 ff., Agell Anders, *Culpa och samtycke inom skadeståndsrätten*, SvJT 1966, s. 402 ff.

Entreprenören svarar enligt gällande regler endast i fall där han åtminstone förfarit vårdslöst. Resultatet blir en förskjutning av ansvarsfördelningen som har betydelse för valet av ersättningsform. Entreprenören har därmed inte ansetts behöva stå faran (se vidare 4.4) för entreprenaden vid löpande räkning.⁴⁷ Entreprenörens culpabaserade ansvar gäller endast under entreprenadtiden. Skälet till det normalt sett minskade ansvaret vid löpande räkning finner man i principen om självkostnad. Tanken är att beställaren skall bära risken och betala vad det faktiskt kostat.⁴⁸

⁴⁷ Lindahl, Malmberg, Norén, a.a. s. 285.

⁴⁸ Liman, a.a., 7 utg. Stockholm 2005, s. 45.

3 Regelverk

3.1 Lagar

Som redan framgått av framställningen finns det för närvarande bara en lag som direkt⁴⁹ reglerar förhållandena vid entreprenad; konsumenttjänstlagen. En stark koppling mellan lagen och standaravtalet ABS 05 föreligger i fall där parter hänvisar till avtalet.

3.1.1 Köplagens tillämplighet på entreprenader och förhållandet till jordabalken

Köplagen från år 1990 innehåller de viktigaste reglerna om förhållandet mellan säljare och köpare vid köp av lös egendom. Dess huvudsakliga funktion är att tillhandahålla lämpliga normlösningar för parterna i de fall köpeavtalet inte är tillräckligt fullständigt.⁵⁰

Av 1 § KöpL framgår att lagen gäller vid *köp av lös egendom*. Avsaknaden av en legal definition av vad som egentligen utgör ett köp gör att man får se till en allmänt vedertagen uppfattning, nämligen den att köpet utgör en överlåtelse av äganderätten till egendom mot ett vederlag i pengar. Även andra typer av motprestationer, såsom tjänster av olika slag, aktualiserar lagens tillämplighet. Nyttjanderättsavtal faller däremot utanför lagens tillämplighetsområde eftersom köpet karakteriseras av en överlåtelse av äganderätt. Lagen gäller även byte. Vidare krävs att egendomen utgör *lös egendom*. Genom att med hjälp av bestämmelserna i första och andra kapitlet JB bestämma vad som utgör fast egendom, kan man motsatsvis sluta sig till vad som utgör lös egendom.⁵¹ Fast egendom kan sägas utgöras av en fastighet med eventuella tillbehör som tillförts av fastighetsägaren. Allt annat utgör lös egendom. Till skillnad från JB finns det inget krav på fysisk existens vid tidpunkten för avtalets ingående för att KöpL skall bli tillämplig. Lagen är således även tillämplig på tillverkningsavtal⁵². Till följd av att byggnad på annans grund utgör lös egendom kan köplagens regler aktualiseras även i dessa fall. För att en byggnad på viss fastighet skall räknas som fast egendom krävs att den ägs av samma person som äger

⁴⁹ Avtalslagen från år 1915 innehåller en rad allmänna regler om hur ett avtal kommer till stånd, när anbud är bindande o.s.v. som är tillämpliga även på entreprenadavtal. Även 1990 års köplag och gällande skadeståndslag har en allmängiltig betydelse som berör det affärsjuridiska förhållandet mellan beställare (köpare)/entreprenör (säljare). Därtill innehåller Plan och Bygglagen (PBL) bestämmelser för planläggande och bebyggande av mark.

⁵⁰ Hellner Jan och Ramberg Jan, *Speciell avtalsrätt I Köprätt*, 2 uppl., Stockholm 2001, s. 18f., Ramberg Jan och Herre Johnny, *Allmän köprätt. Det köprättsliga regelsystemet och marknadspraxis*, 3 uppl., Stockholm 2005, s. 19.

⁵¹ Cervin Ulf, *Fastighetsköpet*, 6 uppl., Malmö 1994, s. 25, Grauers Folke, *Fastighetsköp*, 17 uppl., Lund 2006, s. 84ff. samt Ramberg Jan och Herre Johnny, a.a., s. 36ff.

⁵² Med *tillverkningsavtal* avses sådana avtal där säljaren skall tillverka en viss vara till köparen.

marken.⁵³ Uppför arrendator en byggnad på den fastighet han arrenderar utgör byggnaden lös egendom.⁵⁴ Detta innebär att ett undantag aktualiseras. Av 1 § 4 st KöpL framgår att lagens regler om riskens övergång och reglerna om fel inte tillämpas på *byggnader som uppförts för stadigvarande bruk*. Istället blir, trots att avtalen egentligen reglerar lös egendom, vissa av bestämmelserna i jordabalken tillämpliga. Anledningen finner man i att sådana avtal till stor del liknar ett fastighetsköp.⁵⁵

Ytterligare en viktig begränsning i lagens tillämpningsområde hittar man i 2 § KöpL. Ett avtal är att betrakta som ett köp i de fall där en säljare överlåter en vara som han åtagit sig att tillverka åt beställaren. Det är däremot inte ett köp om beställaren skall tillhandahålla en väsentlig del av materialet, vilket framgår av 2 § 1 st 1 p KöpL. Istället föreligger ett s.k. *arbetsbeting*, vilket köplagens regler inte avser att reglera. **Enligt 2 § 1 st 2 p gäller KöpL inte uppförande av byggnad eller annan fast anläggning på mark eller i vatten.** Genom andra paragrafens första stycke undantar KöpL alla entreprenader inom byggprocessen från dess direkta tillämpning att reglera innehållet i avtalen. Avtal om uppförande av en byggnad betraktas inte heller som köp av fast egendom eftersom köpeobjektet inte existerar vid tidpunkten för avtalets ingående. Sådana avtal är undantagna från jordabalkens tillämpningsområde. Som motivering har bl.a. anförts att förhållandena vid byggnadsentreprenader anses så säregna att de inte kan underkastas samma regler. Skulle förhållandena vara sådana att byggnadsentreprenören inte är ägare till den mark på vilken han uppfört byggnaden är inte KöpL (eller JB) tillämplig. Avtalet mellan parterna reglerar i många fall sådana eventuella problem. Därtill finns dessutom en rad standardavtal (AB 04, ABT 94 etc.) som förenklar det för parterna.⁵⁶

Genom att se till regleringen i KöpL kan det konstateras att **lagen inte gäller byggnadsentreprenader**. Lagens 2 § 1 st 2 p är klar i sin formulering. JB kan inte heller bli tillämplig eftersom byggnaden ännu inte existerar i avtalsögonblicket. En analog tillämpning av köplagen kan dock bli aktuell. Även allmänna rättsgrundsatser kan komma att spela en viktig funktion i dessa fall. Principen om tillämpning av praxis som har utbildats mellan parterna (jfr 3 § KöpL) kan eventuellt komma att användas.⁵⁷ Detta är något som kan tala för tillämpning av de allmänna bestämmelserna som finns på entreprenadområdet. Det är även möjligt att principerna för arbete på annans egendom, kallat arbetsbeting, kan komma att tillämpas.

⁵³ Se 2 kap 4 § 1 st JB

⁵⁴ Ibid.

⁵⁵ Håstad Torgny, *Den nya köprätten*, 5 uppl., Uppsala 2003, s. 29f. och Ramberg Jan, *Inledning till köprätten*, 1 uppl., Stockholm 1993, s. 9ff.

⁵⁶ Hellner och Ramberg, a.a., s. 41ff., Håstad, a.a., s. 27ff. samt Ramberg och Herre, a.a., s. 36ff.

⁵⁷ Hellner och Ramberg, a.a., s. 41ff., Hellner m.fl., a.a., s. 131 samt Ramberg och Herre, a.a., s. 36ff, 236f.

3.1.2 Tillämpligheten av konsumenttjänstlagen på entreprenader

KtjL reglerar förhållandet konsument – näringsidkare. Av 1 § KtjL framgår att lagen gäller avtal om tjänster som näringsidkaren (entreprenören⁵⁸) utför åt konsumenten (beställaren⁵⁹) avseende, dels arbete på lösa saker (p.1), dels arbete på fast egendom, på byggnader eller andra anläggningar på mark eller i vatten eller på andra fasta saker (p.2). Paragraf 1 a definierar konsument och därmed kan man sluta sig till att arbetet som entreprenören utför åt beställaren skall vara huvudsakligen för enskilt bruk. Första paragrafen innehåller två nya stycken.⁶⁰ Det nytilkomna andra stycket hänvisar till 51-61 § § som innehåller särskilda bestämmelser om småhusentreprenader. Det framgår således klart och tydligt att lagen reglerar sådana entreprenadförhållanden. Vidare kan man ur tredje stycket utläsa att lagens allmänna bestämmelser, i fall där annat inte framgår av de särskilda bestämmelserna, även de är tillämpliga på småhusentreprenader.

Tillämpligheten av KtjL styrs av förhållandet mellan parterna. Står ett företag som beställare aktualiseras inte regelverket annat än om näringsidkarna avtalat om det. Möjligheten att hänvisa till ett eller flera av de befintliga standardavtalen som finns på området för att reglera förhållandet finns då. Det framgår av 3 § att reglerna i KtjL är tvingande till konsumentens fördel. Det konsumentskyddande syftet talar mot att lagen får särskild betydelse, trots dess unika ställning som enda lag som direkt reglerar entreprenadförhållanden, även utanför lagens egentliga tillämpningsområde. Det torde vara svårt att dra slutsatser från konsumenttjänstlagen avseende kommersiella förhållanden, undantaget förhållanden där köplagen och konsumenttjänstlagen har samma principer. Läget är dock ovisst och det är möjligt att lagen i viss utsträckning, även i kommersiella förhållanden, kan komma att tillämpas. Som anledning till att lagen kan tänkas bli tillämplig utanför det egentliga tillämpningsområdet kan anföras att KtjL till stor del är kodifiering av dispositiv rätt på tjänsteområdet. De stadgade reglerna ger vid avsaknad av avtalsregleringar uttryck för utfyllande dispositiv rätt.⁶¹ Lagens huvudsakliga användningsområde avseende byggnation, är vid småhusbyggen.⁶²

⁵⁸ Det framgår av de begreppsbestämningar som finns i inledningen av avtalet att entreprenör motsvarar näringsidkare i konsumenttjänstlagen.

⁵⁹ Det framgår av de begreppsbestämningar som finns i inledningen av avtalet att beställare motsvarar konsument i konsumenttjänstlagen.

⁶⁰ Trädde i kraft 1 januari, 2005.

⁶¹ Se prop. 1984/85:110 s. 33 och 142.

⁶² Krantz Elsa och Lantz Magnus, *Uppdrag och ansvar vid besiktning och kontroll av småhus*, 2 utg., Stockholm 1996, s. 23f.

3.2 Standardavtal

Med standardavtal avses avtal vilka ingås med i förväg fastställda standardiserade villkor. Standardavtal utarbetas främst i branscher där liknande rättshandlingar sker frekvent. Standardavtalen är avsedda att tillämpas enhetligt vid transaktioner som är likartade.⁶³ Vanligen behandlas leveransvillkor och betalningssätt, reklamation och påföljder för dröjsmål och fel.⁶⁴

Med anledning av den knappa regleringen av byggnadsentreprenader i lag kom det under förra århundradet att utarbetas standardvillkor på området. Entreprenad utgör en avtalstyp som till övervägande del regleras av standardavtal, vilket inte nödvändigtvis medför att bestämmelserna är mindre utförliga än lagstiftade regler. Idag finns det inom entreprenadbranschen ett väl utvecklat system av olika standardavtal. Fördelar för såväl de inblandade parterna, som för samhället i stort uppnås på detta sätt. Exempelvis erhåller en näringsidkare som ingår flera liknande avtal med olika parter rationaliseringsvinster. En ökad effektivitet vid transaktioner uppnås med bruket av standardavtal.⁶⁵ En annan fördel med standardavtal som kan nämnas i sammanhanget är deras anpassning för specifika transaktioner. Standardavtal kan, till skillnad från dispositiva abstrakt utformade civilrättsliga regler, genom att de i regel är framförhandlade för att reglera de speciella situationer som kan tänkas uppkomma vid avsedda transaktioner, anpassas för en konkret situation. Större tydlighet, precisering och förutsägbarhet skapas därmed vid rättstillämpningen inom de branscher som framtagit branschanpassade regler.⁶⁶ Standarddokumenten utgörs av allmänna bestämmelser, administrativa föreskrifter och tekniska beskrivningar. Endast ett urval av dessa behandlas i denna framställning, dels p.g.a. utrymmesskäl, dels för överskådlighetens skull. Viktigt att ta i beaktande är att olika standardavtal i praktiken ofta kombineras eller modifieras genom individuella överenskommelser.⁶⁷ De olika standardavtalen kan i detta hänseende ses som utgångspunkter som fungerar som vägledande instrument för aktörerna på området.

Det är viktigt att ha klart för sig att den initiala riskfördelningen mellan parter kan förändras när bindande avtal uppkommer. Åsidosättandet av den dispositiva rätten medför s.a.s. att andra spelregler blir tillämpliga. Det kan i många fall vara en fördel för parterna att kunna fördela rättigheter och skyldigheter efter vad de anser passa i den konkreta situationen. Parternas inbördes styrkeförhållande spelar en mycket stor roll i dessa sammanhang. Precis som i de flesta affärsrelationer försöker ofta respektive part uppnå ett så fördelaktigt läge som möjligt. Att tillskansa sig en fördelaktig fördelning

⁶³ Ramberg och Hultmark, a.a., s. 113.

⁶⁴ Hellner Jan, *Kommersiell avtalsrätt: kompendium*, 4 uppl., Stockholm 1993, s. 89ff.

⁶⁵ Ramberg och Hultmark, a.a., s. 113f.

⁶⁶ Dahlman Christian, Glader Marcus och Reidhav David, *Rättsekonomi- En introduktion*, Lund 2002, s. 85ff.

⁶⁷ Hellner m.fl., a.a., s.128f.

av rättigheter och skyldigheter torde i många fall vara frestande. I vissa fall har lagstiftaren valt att gå in och reglera möjligheten att avtala om vissa situationer. Konsumenträtten är ett tydligt exempel på ett område där avtalsvillkor till nackdel för viss part är utan verkan i konsumentförhållanden. Som redan nämnts framgår det exempelvis av 3 § KtjL att avtalsvillkor till nackdel för konsument är utan verkan i konsumenttjänstförhållanden. Vidare kan 36 § AvtL komma att tillämpas i fall där oskäliga avtalsvillkor föreligger. Exempelvis kan friskrivningsklausuler⁶⁸, som möjliggör en omfördelning av riskerna i förhållande till dispositiv rätt, anses för långtgående. Jämkning eller ogiltigförklaring kan då anses påkallat. Tanken bakom (åtminstone) AB 04 är, enligt förordet och därmed enligt parterna själva, att avtalet skall bygga på en rimlig balans mellan rättigheter och skyldigheter som syftar till en ekonomisk optimal riskfördelning mellan parterna. Ändringar anses som olämpliga eftersom sådana kan rubba balansen. I vilken utsträckning detta stämmer låter jag vara osagt, men det tål att tänkas på före avtalsslutande med standardavtalet som utgångspunkt.

3.2.1 Tolkning av standardavtal

Av 1 § AvtL framgår att avtalsbundenhet inom svensk rätt uppkommer genom ett anbud- och acceptförfarande. Det krävs två samstämmiga viljeförklaringar för att ett bindande avtal skall anses ha uppkommit. Grunden för rättigheter och skyldigheter i ett avtal är således konsensus mellan parterna. Tolkning av den gemensamma partsviljan blir i många fall nödvändigt för att kunna fastställa huruvida konsensus råder avtalskontrahenterna emellan. Domstolarna tillämpar en fri bevisprövning.⁶⁹ Innebörden av detta är att en domstol inte enbart behöver följa avtalets ordalydelse, som långtifrån alltid ger uttryck för den gemensamma partsviljan, utan i sin bedömning även kan ta hänsyn till andra avtalsgrundande fakta.⁷⁰ Muntliga avtalsvillkor och utfästelser tilläggs normalt samma vikt som skriftligt avtal. Därtill utgör vad som sagts muntligen vid avtalsförhandlingar ett viktigt datum vid avtalstolkning.⁷¹

Det är inte alltid möjligt att fastslå parternas gemensamma avsikt. En objektiv tolkning av avtalsinnehållet måste då till. En sådan tolkning utgår ifrån hur en utomstående betraktare skulle bedöma den språkliga innebörden i avtalstexten.⁷² Den totala kontexten i ett avtal måste ofta även beaktas.⁷³ I fall där det inte är möjligt att fastslå en avtalsklausuls klara betydelse kan domstolarna använda sig av utfyllnad av allmänna rättsgrundsatser. Det står

⁶⁸ Jfr t.ex. NJA 1936 s. 521, 1949 s. 609, 1969 s. 285, 1970 s. 478, 1971 s. 36, 1975 s. 545, 1978 s. 432, 1979 s. 401 och 1980 s. 46. Se även Bernitz i SvJT 1972 s. 427 och Nerep i *Festskrift till Sveriges Advokatsamfund*, Stockholm 1987, s. 399 ff.

⁶⁹ Jfr 35 kap 1 § RB.

⁷⁰ Ramberg och Hultmark, a.a., s. 106.

⁷¹ Bernitz Ulf, *Standardavtalsrätt*, 6 uppl., Stockholm 2006, s. 44.

⁷² Bernitz Ulf, a.a., s. 44f.

⁷³ Jfr NJA 1990 s. 24.

domstolarna fritt att tolka en klausul i ljuset av handelsbruk, sedvänja samt dispositiv rätt för att utröna parternas gemensamma vilja.⁷⁴

Reglering av kommersiella transaktioner genom allmänna villkor i standardavtal ger sällan uttryck för den gemensamma partviljan eftersom avtalsinnehållet utarbetats av branschorganisationer.⁷⁵ Härav följer att det är svårt att tillämpa samma tolkningsmetoder på standardavtal som på individuellt utformade avtal.⁷⁶ Det finns inom standaravtalsrätten en rad olika tolkningsprinciper som kan aktualiseras. En sådan är att individuella villkor har företräde framför allmänna villkor.⁷⁷ Rent praktiskt innebär detta att *"muntligt och skrivet går före tryckt"*.⁷⁸ En annan är oklarhetsregeln⁷⁹, som innebär att oklara avtalsvillkor tolkas till nackdel för den som utformat dem. Oklarhetsregeln tillämpas ofta i samband med tolkning av friskrivningsklausuler. Nämnas bör även minimiregeln. Korrekt tillämpning av regeln innebär att den minst betungande tolkningen väljs. Därmed tolkas avtalsklausuler till den förpliktades förmån.⁸⁰ Mot bakgrund av vad som framförts står det klart att allmänna villkor som regel tolkas objektivt. Är en klausul tvetydig övergår man till en fri tolkning mot bakgrund av dispositiv rätt.

För det fall något av standardavtalen inkorporerats i avtalet finns det rangordningsregler i AB 04⁸¹ och ABT 94⁸². Reglerna syftar till att komma till rätta med otydliga formuleringar som kan ge ett oklart innehåll och strida mot formuleringar som finns i andra dokument. Föreskrift eller uppgift i en överordnad handling gäller därmed före en föreskrift eller uppgift i en underordnad handling, i fall där de innehåller motstridiga uppgifter eller föreskrifter. Föreligger t.ex. motstridiga uppgifter i en ritning och en beskrivning gäller det att med hjälp av bland annat

⁷⁴ Bernitz, a.a., s. 46. Jfr även NJA 1989 s. 269 och 1992 s. 403.

⁷⁵ Förarbeten till standardavtal tillmäts normalt ringa betydelse vid tolkning av sådana avtal. Anledningen till att förarbeten till standardavtal i allmänhet inte beaktas vid avtalstolkning är framförallt att de inte är tillräckligt genomarbetade och att de upprättats av enskilda parter eller organisationer i eget partsintresse. Avtal som skapats gemensamt av branschens parter och är av särskilt kvalificerad natur kan dock tillmätas större betydelse vid tolkning av dylika avtal. (Bernitz, a.a., s. 44) BKK: s standardavtal inom entreprenadområdet torde vara ett typiskt exempel på sådana avtal vars förarbeten tillmäts större betydelse vid tolkning (NJA 1970 s. 72).

⁷⁶ Ramberg och Hultmark, a.a., s. 114f.

⁷⁷ Adlercreutz Axel, *Avtalsrätt II*, 5 uppl., Lund 2001, s. 47ff.

⁷⁸ Jfr t.ex. NJA 1964 s. 152, 1980 s. 398 och 1983 s. 865.

⁷⁹ Jfr 10 § AVLK vari oklarhetsregeln kodifierats för avtalsvillkor som näringsidkare erbjuder konsumenterna.

⁸⁰ Ramberg och Hultmark, a.a., s. 147ff.

⁸¹ Jfr 1:3 AB 04, vari man speciellt uttrycker kravet på tydlighet avseende bestämmelser som skiljer sig från vad som anges i AB 04 för att de skall gälla före AB 04. Kravet på tydlighet i en särreglering ges vidare en bestämd innebörd. Jfr även Thunell Sten, *Så gick det: domar och beslut i entreprenadvister*, BKK Stockholm 1995, s. 12-17.

⁸² Jfr 1:3 ABT 94 som bl.a. anger att anbudshandlingar gäller före förfrågningsunderlaget. Av regeln följer vidare att beställarens funktionskrav i förfrågningsunderlaget intar en privilegierad ställning i förhållande till en teknisk lösning i anbudshandlingarna. De förstnämnda gäller helt enkelt före de sistnämnda.

rangordningsreglerna göra en korrekt tolkning av avtalet. ABS 05 som är knuten till konsumenttjänstlagen innehåller inte någon rangordningsregel.

3.2.2 Införlivning av standardavtal

För att standardavtal skall bli aktuella i kontraktsförhållanden krävs i regel att de införlivas i det individuella avtalet mellan parterna. Såväl skriftlig som muntlig införlivning godtas. Ett annat sätt för villkoren att bli en del av avtalen är att det sker genom konkludent handlande. En referensklausul, förutsatt att avtalet som det refereras till inte innefattar oväntade eller särskilt tyngande klausuler, är i kommersiella förhållanden i regel tillräckligt.⁸³ Med oväntade eller särskilt tyngande klausuler avses villkor som avviker på ett för motparten ofördelaktigt sätt i förhållande till dispositiv rätt eller för branschen sedvanliga standardvillkor.⁸⁴ Medlemskap i en branschorganisation kan, för kommersiella aktörer, leda till bundenhet till ett eller flera standardavtal. Möjligheten att tolka in standardavtal i individuella avtal som underförstådda anses enligt Adlercreutz inte vara några problem i kommersiella förhållanden, där parterna har stor branschkännedom och standardavtal frekvent tillämpas.⁸⁵ Adlercreutz ståndpunkt leder osökt till frågeställningen kring standardavtals tillämpning i fall där inget uttryckligen avtalats. Frågan behandlas under Handelsbruk (3.3). Först skall dock kolliderande standardavtal beröras under nästa rubrik.

3.2.3 Kolliderande standardavtal

När två avtalsparter hänvisar till sina respektive standardavtal och dessa är osamstämmiga samt det i samband med avtalsslutet inte klargjorts vilka villkor som skall gälla uppkommer ett särskilt problem. Situationen kallas för *kolliderande standardavtal* eller med ett engelskt uttryck *the battle of forms*.⁸⁶ Det kan konstateras att avtal troligtvis inte har kommit till stånd enligt avtalslagens regler.⁸⁷ En oren accept gäller som bekant enligt 6 § 1 st AvtL som avslag i förening med nytt anbud. I fall där acceptanten har antagit att accepten var ren och anbudsgivaren insett detta men inte reklamerat har avtal kommit till stånd enligt acceptens innehåll, 6 § 2 st AvtL.⁸⁸ Detta torde dock höra till ovanligheterna. Vilka villkor som kommer att gälla i en framtida tvist är svårt att med säkerhet avgöra. Det saknas avgöranden från HD där endera parten hävdar sina villkor utan att yrka på ogiltighet när två standardavtal kolliderar. Gemensamma regler som passar i alla fall torde vara omöjliga att uppställa enligt Adlercreutz. Densamme anser att olika individuella tolkningsdata måste ligga till grund

⁸³ Jfr t.ex. NJA 1980 s. 46.

⁸⁴ Adlercreutz, a.a., s. 64ff.

⁸⁵ Adlercreutz, a.a., s. 69.

⁸⁶ Adlercreutz, a.a., s. 73f., Bernitz, a.a. s. 40f., Lehrberg Bert, *Avtalstolkning*, 3 uppl., Uppsala 2003, s. 68. samt Ramberg a.a., s. 118ff.

⁸⁷ Jfr NJA 1916 s. 583.

⁸⁸ Avtalslagens 6 § är på grund av sina subjektiva rekvisit mindre lämpad för att läggas till grund för lösningar av detta slag. (Adlercreutz, a.a., s. 74) Jfr även NJA 1980 s. 46.

för en lämplig lösning. Stor vikt bör i dessa fall fästas vid lämplighets- och rimlighetssynpunkter, passande lösningar med hänsyn till dispositiva regler, gängse bruk samt mest frekvent tillämpade standardavtal mellan parterna. Ett *agreed document*⁸⁹ har särskilt goda utsikter att slå igenom.⁹⁰ I litteraturen⁹¹ diskuteras åtminstone fyra olika lösningsalternativ; *the first shot*, *the last shot*, *the performance rule* och *klausulupplösning*.

The first shot innebär att den först delgivna uppsättningen av standardvillkor skall gälla om villkoren inte mötts av klar reklamation. Lösningen innebär att den som av någon anledning inte reklamerar mot hänvisning till standardavtal i ett anbud får stå sitt kast. Det omvända alternativet, att istället låta det sista obestridda standardavtalet gälla, kallas för ***the last shot***. I sådana fall tillämpas motsvarande regel som vid oren accept, trots att rekvisiten i 6 § 2 st AvtL inte är uppfyllda. Båda alternativen har den fördelen att de leder till förutsebarhet.⁹²

Fullgörelse av prestation eller godtagande av medkontrahentens prestation utan protest mot dennes villkor leder till bundenhet enligt ***the performance rule***. Konkludent handlande från parts sida kan således leda till bundenhet. Liksom de två ovanstående alternativen till lösning av situationer av detta slag har denna lösning den huvudsakliga fördelen att den leder till förutsebarhet. Rutinmässiga upplägg för avtalsslut underlättas på detta sätt och det blir på så vis enklare för parterna att undvika liknande problem i framtiden.⁹³

Möjligheten att använda sig av ***klausulupplösning*** medför att villkor som överrensstämmer i båda parternas standardvillkor tillämpas. På avvikande punkter kan man tänka sig olika lösningar. Ett alternativ är att göra en nyanserad bedömning, där förekommande handelsbruk och dispositiv rätt beaktas och tillmäts betydelse. Ett annat alternativ är att i större utsträckning bortse från villkoren och tillämpa dispositiv rätt. Klausulupplösning har, till följd av en friare bedömning, bra förutsättningar att uppnå lämpliga lösningar i det enskilda fallet.⁹⁴

3.3 Handelsbruk

Som redan påtalats flera gånger utgår AB 04 och ABT 94, som en förutsättning för tillämpning, från att det avtalats att dessa villkor skall gälla. Intressant blir då att ställa sig frågan vad som gäller i fall där inget

⁸⁹ Standardavtal upprättade av organisationer som företrätt båda partsintressena i den typ av avtalsförhållande som standardavtalet är avsett för.

⁹⁰ Adlercreutz, a.a., s. 74.

⁹¹ Adlercreutz, a.a., s. 73ff., Bernitz, a.a., s. 40f., Lehrberg, a.a., s. 68ff. samt Ramberg, a.a., s. 118ff.

⁹² Ibid.

⁹³ Lehrberg, a.a., s. 70. och Ramberg, a.a., s. 120.

⁹⁴ Lehrberg, a.a., s. 69f.

uttryckligen avtalats. Kan AB 04 eller ABT 94 få tillämpning trots avsaknaden av särskild överenskommelse?

Vid en jämförelse mellan 1 § 2 st AvtL och 3 § KöpL⁹⁵ framgår det att handelsbruk⁹⁶ och sedvänja har företräde framför lag. Handelsbruk, dvs. sådan sedvänja (kutym) som har nått en hög grad av fasthet och stadga och som avser handlingsmönster inom affärslivet, är således att jämställa med dispositiv rätt.⁹⁷ Har inte annat avtalats mellan parterna binds de av handelsbruk och sedvänja. Domstolarna brukar, enligt en numera förhärskande uppfattning, anses ha rätt att självständigt pröva om handelsbruk skall tillämpas istället för dispositiv rätt.⁹⁸ Förarbetena till KöpL använder sig av formuleringen *kommersiellt bruk som har nått allmän acceptans inom den aktuella branschen* för att förklara vad som krävs för att bedömas som handelsbruk. Handelsbruket eller sedvänjan skall vidare vara bindande för parterna.⁹⁹ Är de allmänna villkoren att se som handelsbruk eller sedvänja binder de avtalsparterna, även om de inte införlivats i det individuella avtalet parterna emellan.¹⁰⁰

Det är inte helt enkelt att klarlägga om handelsbruk utvecklats och vad sådant bruk i så fall innefattar. Såsom exempel på vad som kan tänkas utgöra handelsbruk kan nämnas innebörden av i affärslivet använda uttryck och speciellt förfarande vid mätning av husgrund. Huruvida visst avtalsinnehåll skall anses underförstått mellan parterna eller är att anse som handelsbruk är i många fall svårt att bestämma. Gränsen torde i flera fall vara väldigt tunn, om ens befintlig. Benämningen flytande gräns synes passande i sammanhanget. Det hör inte till ovanligheterna att olika branschorganisationer får uttala sig i tvister för att bringa klarhet i huruvida handelsbruk kan tänkas föreligga i ett visst partsförhållande. Domstolarna har möjlighet att pröva skäligheten i handelsbruk för att bedöma om däri grundad förpliktelse är att anse som oskäligen och huruvida förpliktelsen skall åsidosättas eller bara jämkas.¹⁰¹

Till följd av svårigheterna med att fastställa om handelsbruk är för handen blir det nödvändigt att bestämma vem som skall stå risken för det fall detta rättsfaktum inte går att utreda. Den tyngande bevisbördan faller på den part som skall stå risken. Som regel blir det den part som påstår något som avviker från dispositiv rätt.¹⁰² Viss stadga och utbredning krävs för att handelsbruk skall anses för handen och ha företräde framför dispositiv rätt. Det är först när handelsbruk undanträngt dispositiv rätt som dessa kan likställas. Den som påstår handelsbruk får anses avvika från den dispositiva

⁹⁵ Stadgandet slår fast köplagens dispositiva karaktär och principen om avtalsfrihet. En bred analog tillämpning på andra typer av avtal är möjlig.

⁹⁶ Skilj från partsbruk som står för sådan praxis som kan ha utbildats mellan två parter i motsvarande tidigare affärsförbindelser inom näringslivet.

⁹⁷ Adlercreutz, a.a., s. 63.

⁹⁸ Se prop. 1988/89:76 s. 66.

⁹⁹ Ibid.

¹⁰⁰ Gorton Lars, *Rekursrätt*, Stockholm 1980, s. 42.

¹⁰¹ Se prop. 1988/89:76 s. 66.

¹⁰² Adlercreutz, a.a., s. 27ff. och Ekelöf, Per-Olof, *Rättegång 4 häftet*, Stockholm 1992, s. 95f.

rätten. Därmed blir det den som kommer med ett sådant påstående som har bevisbördan för att så är fallet.¹⁰³

Tidigare framfördes från entreprenörshåll åsikten att AB: s principer skulle vara gällande rätt också när partsavtalet inte hänvisade till befintliga villkor i fråga.¹⁰⁴ Tanken avvisades dock bestämt i SkHovR III: 211/1965, som rörde regler om reklamation och garantitid i äldre AB.

Lindsö menade att AB 72 kan sägas innehålla gällande rätt för branschen och därmed utgöra en ersättning för de lagregler som fattas.¹⁰⁵ Han förefaller ha behållit denna åsikt. Trots att AB reviderats tycks han med andra ord inte ha ändrat åsikt.¹⁰⁶

Det framgår av Motiv AB 72¹⁰⁷ att *”ehuru allmänna obligationsrättsliga principer för arbetsbetinget och köplagens regler legat till grund för utvecklingen av entreprenadrätten kan de således ofta icke direkt användas vid rättstillämpningen inom entreprenadområdet. Vissa grundprinciper kan dock fortfarande ha betydelse, om innehållet i det träffade entreprenadavtalet icke skulle ge vägledning i en särskild fråga. AB såsom uttryck för vad som allmänt tillämpas inom entreprenadområdet lär dock normalt böra tillerkännas normerande betydelse för vad som anses gälla enligt praxis; särskilt gäller detta de delar av rättsområdet som är påtagligt entreprenadspecifika”*. Dessa uttalanden uttrycker standardavtalens enorma betydelse på området. Bengtsson är inne på samma linje, han anser att *”man bör i varje fall pröva, om AB: s bestämmelser passar in eller ej; det bör dock fordras vägande grunder för att gå ifrån en så väl genomtänkt reglering som dessa villkor ger”*.¹⁰⁸

Ett uttalande från hovrätten (RH 2001:77) avseende tillämpningen av principerna i AB 92, där rätten ställde sig positiv till att dessa kunde tjäna som viss vägledning, talar för att en domstol i tvist kan tänkas ta hänsyn till vad som föreskrivs i standardavtalen som reglerar området. Vidare framgår ur ett betänkande¹⁰⁹ till den ändrade konsumenttjänstlagen:

”Det har hävdats att AB: s principer skulle vara gällande rätt också när det enskilda avtalet inte hänvisar till dessa villkor. Man torde dock iaktta största försiktighet vid

¹⁰³ Se NJA 1989 s. 215 och Westberg Peter, *Överraskande rättsbildning på grundval av handelsbruk eller allmänt tillämpade standardvillkor*, JT 2000/01 s. 348-379. Till följd av problematiken kring hur och var man ska dra gränsen mellan rättsfaktum och rättstillämpningsfaktum blir bevisbördefrågan för handelsbruk komplicerad. Handelsbruket torde först ses som rättsfaktum som skall styrkas. Dispositiv rätt undanträns när handelsbruk fastställts. Avviker part från handelsbruket står han risken och därmed bevisbördan.

¹⁰⁴ Motiv AB 65, Stockholm 1969, s. 11f.

¹⁰⁵ Lindsö Åke, *Juridik för byggbranschen*, Stockholm 1974, s. 75.

¹⁰⁶ Lindsö Åke, *Juridik för byggbranschen*, Solna 1996, s. 97. Visserligen behandlar den senaste utgåvan inte de nya bestämmelserna i AB 04, men det torde kunna antas att författarens ståndpunkt inte förändrats eftersom inga radikala ändringar som skulle kunna påverka författarens åsikt på denna punkt tycks föreligga i.o.m. det nya avtalets tillkomst.

¹⁰⁷ Motiv AB 72, a.a., s. 19.

¹⁰⁸ Bengtsson, a.a., s. 103 ff.

¹⁰⁹ SOU 1979:36 Konsumenttjänstlagen s. 69.

överförandet av AB: s regler på entreprenadtyper för vilka de inte är avsedda t.ex. på arbeten av mindre omfattning. Så synes också vara fallet i HD: s praxis. Man får vidare beakta att bestämmelserna i AB tillsammans bildar ett system där ur sitt sammanhang lösryckta regler knappast lämpar sig för analog tillämpning”.

Uttalandet påtalar behovet av försiktighet och ställer sig tveksamt till för bred analogi i vissa fall. Utredningen påtalar skillnaderna mellan de olika avtalen och vikten av att förstå deras olikheter, såväl ur strukturihänsyn som vilka förhållanden de tillämpas på. Utredningen menar på att villkor i AB-systemet inte bör tillämpas analogt på kommersiella tjänsteuppdrag när de är tagna ur sitt sammanhang. Numera gäller särskilda regler i konsumentförhållanden som ändrar förutsättningarna något.

Det är svårt att säga bestämt huruvida AB 04 eller ABT 94 är tillämpliga trots avsaknad av särskild överenskommelse. Det råder en allmän tveksamhet till att erkänna standardavtal såsom handelsbruk. Tveksamheten manifesterar sig särskilt tydligt rörande betydande riskfördelningsfrågor. Vidare har det ökade bruket av standardavtal, till viss del, beskurit utrymmet för en fri utveckling av handelsbruk. Huvudregeln torde därmed enligt Bernitz¹¹⁰ bli att allmänt använda standardavtal inte är att anse som handelsbruk eller sedvänja. Hellner¹¹¹ anser inte att AB 04 kan tillerkännas ställning vare sig som en samling allmänna rättsgrundsatser eller som handelsbruk som uttränger dispositiva lagregler. Flera författare, däribland Bengtsson och Höök, tycks vara av samma åsikt.¹¹² I sammanhanget bör till stöd för att allmänt tillämpade villkor som inte utgör handelsbruk ändå kan utgöra branschspecifika rättsprinciper nämnas två avgörande av HD, som enligt Westberg¹¹³ innebar en rättslig innovation. I NJA 1998 s. 448¹¹⁴ ansåg domstolen allmänt tillämpade avtalsvillkor uttrycka allmänna rättsprinciper. HD tycks mena att branschspecifika allmänna rättsprinciper kan uttryckas direkt genom standardavtal. I sådana fall rör det sig om dispositiv rätt som domstolarna kan tillämpa direkt enligt *jura novit curia*¹¹⁵. Det normala vid handelsbruk är att sådant måste åberopas som rättsfaktum. Konsekvensen av rättsfallet blir att standardavtal som inte är en del av avtalet och inte utgör handelsbruk, trots allt kan komma att bli aktuella vid en tvist mellan kommersiella parter som dispositiv rätt.¹¹⁶

Till följd av att ett osäkert rättsläge råder kan olika lösningar sökas. De lösningar som diskuteras av Hellner¹¹⁷ är, när ett särskilt ämne inte är

¹¹⁰ Bernitz, a.a., s. 30f.

¹¹¹ Hellner m.fl., a.a., s. 131. Jfr därtill NJA 1985 s. 397 II, som dock var inskränkt till småhusentreprenader.

¹¹² Bengtsson, a.a., s. 106 och Höök, a.a., s. 13ff.

¹¹³ Westberg, *Överraskande rättsbildning på grundval av handelsbruk eller allmänt tillämpade standardvillkor*, s. 377ff. Rättsfallet är, till följd av att HD explicit nämner att bolagen representerats av bransch-kunniga, av begränsat prejudikatvärde.

¹¹⁴ Jfr även NJA 1999 s. 629, där HD angreps för att ha gjort sig skyldig till domvilla i NJA 1998 s. 448.

¹¹⁵ Grundsatsen innebär att domstolarna har monopol på att tolka och tillämpa lagen.

¹¹⁶ Westberg, *Överraskande rättsbildning på grundval av handelsbruk eller allmänt tillämpade standardvillkor*, s. 377ff.

¹¹⁷ Hellner m.fl., a.a., s. 131.

behandlat i villkoren, bland annat att analogivis söka en lösning i andra bestämmelser i samma villkor. Faktorer som skulle kunna spela roll i frågeställningen är sådana som företagens storlek, hur etablerade kontakter parterna har, regelmässigheten i tillämpandet av visst standardkontrakt och kännedomen om befintliga standardavtal på området. Kännedomen torde i många fall tala för att parterna i fall där de inte införlivat något standardavtal inte heller haft för avsikt att göra så. Avsaknad av införlivning av standardavtal kan således ge uttryck för en gemensam partsvilja, vilket måste tas i beaktande. Det är som synes viktigt att klart och tydligt ange om man vill att ett standardavtal skall ligga till grund för avtalsförhållandet. Klarhet underlättar dessutom tveksamheter i förhållande till äldre bestämmelser, vilka som bekant är möjliga att använda sig av än idag. Avslutningsvis torde alltid möjligheten att beakta AB-systemet som referensram för att skapa eller finna entreprenadrättsliga principer finnas för en domstol. En rättspolitiskt lämplig lösning kan på detta sätt uppnås.¹¹⁸

3.4 Avtalen

De på området största och tillika mest frekvent tillämpade avtalen är: Allmänna bestämmelser för byggnads-, anläggnings-, och installationsentreprenader AB 04, Allmänna bestämmelser för totalentreprenader ABT 94 och Allmänna bestämmelser för småhusentreprenader ABS 05. Dessa avtal utgör i många hänseenden den enda konkreta vägledningen för branschens parter.

3.4.1 AB 04

Som redan nämnts ovan tillkom det senaste huvudstandardavtalet inom entreprenadområdet, AB 04, 2004. Av förordet framgår att avtalet består, dels av avtalsvillkor som är avsedda att tillämpas i samtliga upphandlingar, kallade *fasta bestämmelser*, dels av *täckbestämmelser*. Medan de föregående, av upphovsmännen, förutsätts inte behöva ändras i det enskilda fallet, kan förhållandena variera så pass i andra att bestämmelsen kan behöva ändras. Till AB 04 finns tillhörande kommentarer, vilka utgör en integrerad del av avtalet som skall vara vägledande vid tolkning och tillämpning av berörda villkor. Flera av kommentarerna, liksom deras placering i anslutning till respektive paragraf, utgör en nyhet i förhållande till tidigare bestämmelser. För utformningen stod, precis som till föregångarna, Bygandets Kontraktskommitté (BKK). Eftersom det inte gått lång tid (mitten av oktober 2004) sedan bestämmelserna färdigställts finns det all anledning att avvakta en vidare tillämpning av avtalet. Bl.a. ska en rad administrativa föreskrifter¹¹⁹ omarbetas. Branschfolkets ovana att

¹¹⁸ Ibid.

¹¹⁹ Dessa bygger på AF AMA som senast utkom 1998 och som då var anpassade till AB 92. AF AMA står för Administrativa Föreskrifter rörande Allmänna Material- och Arbetsbeskrivningar och innehåller tillämpliga standardtexter samt råd och anvisningar till författaren av individuella administrativa föreskrifter. Tanken är att bl.a. tekniska

tillämpa reglerna är tillsammans med anpassning av material, såsom mallar, ytterligare anledningar till att avvakta en vidare tillämpning av AB 04.

Bestämmelserna i AB 04 kan i viss mån sägas utgöra gällande rätt för branschen. Anledningen till detta är avsaknaden av lagregler. AB 04 måste dock, till skillnad från vanliga lagar, åberopas av parterna själva i det föreliggande avtalet för att bli tillämpligt. Det står parterna fritt att tillämpa föregångare, såsom AB 92, till det senaste standardavtalet. I kommersiella förhållanden är huvudregeln att en hänvisning i ett avtal till standardvillkoren medför att reglerna blir gällande mellan parterna.¹²⁰ AB kan då sägas utgöra en form av handelspraxis mellan parterna.¹²¹ Bestämmelserna täcker inte uttömmande alla avtalsituationer utan måste kompletteras av allmänna rättsprinciper.¹²² Detta framgår av rättsfallet NJA 1970 s. 72 där entreprenören, med hänsyn till allmänna rättsgrundsatser om bristande förutsättningar, ansågs ha rätt att häva avtalet då ett grävningsarbete hade misslyckats. Angående bestämmelserna i entreprenadavtalet om ansvaret för lämnade uppgifter uttalade HD att *”dessa bestämmelser kan emellertid ej, liksom ej heller avtalets bestämmelser om hävningsrätt (§ § 15 och 16 i de allmänna bestämmelserna), anses uttömmande reglera verkningarna av avvikelser från entreprenadavtalet. Om nämligen avvikelser går utöver vad som kan anses förutsatt vid avtalets ingående, måste följderna därav kunna bedömas enligt allmänna rättsgrundsatser”*.¹²³ HD tillämpade sedan förutsättningsläran.

Bestämmelserna i AB 04 är avsedda att användas som standardavtal för entreprenadformen utförandeentreprenad (se avsnitt 2.4.1 ovan), dvs. den form av entreprenad där beställaren förutsätts tillhandahålla projekteringen. Trots detta är AB 04 tillämplig på i princip alla entreprenader oberoende av upphandlingsform, entreprenadform och ersättningsform.¹²⁴

3.4.2 ABT 94

Första gången frågan om bestämmelser för totalentreprenader aktualiserades var under utarbetandet av AB 72. Det var dock inte förrän den dåvarande

beskrivningar som passar det särskilda fallet skall kunna tas fram. AF AMA kommer att omarbetas för att anpassas till AB 04. Troligtvis kommer Riksbyggen, HSB och Sabo enas om egna regleringar som kommer att skilja sig en del från de allmänna. Särregleringar framtagna av dessa parter har nämligen förekommit tidigare.

¹²⁰ Gällande införlivande av standardvillkor i avtal se vidare NJA 1979 s. 401, NJA 1980 s. 46 och NJA 1981 s. 711. Se även t.ex. Ramberg och Herre, a.a., s. 236f.

¹²¹ Jfr därtill att, så snart AF AMA utnyttjas som hjälpmedel för upprättande av administrativa föreskrifter för entreprenaden gäller enligt AF AMA punkt AFC, i jämförelse med AMA: s tillämpningsföreskrifter AF AMA s.9, AB. Likalydande enligt punkten AFD avseende ABT.

¹²² Hedberg, *Kommentarer till AB 04*, a.a., s. 17, Liman, a.a., 7 utg., Stockholm 2005, s. 16 samt Lindsö Åke, *Juridik för byggbranschen*, Solna 1996, s. 97.

¹²³ Se s. 86 NJA 1970 s. 72 (min markering). HD: s resonemang kan tillämpas på andra entreprenadavtal i branschen.

¹²⁴ Hedberg, *Kommentarer till AB 04*, a.a., s. 17.

förhandlingskommitténs efterföljare BKK tillkom som några konkreta bestämmelser blev till. Detta resulterade i ABT 74. Den största anledningen till framtagandet av särskilda, i förhållande till AB kompletterande bestämmelser torde vara den något annorlunda ansvarsbilden som aktualiseras när entreprenören även utför projekteringen (se avsnitt 2.4.2 ovan). ABT 94 avser till stor del att reglera fall där entreprenören känner till mer om beställarens redovisade användning av byggobjektet än som framgår av kontraktshandlingarna. ABT är avsedd för totalentreprenader, men kan även användas i andra fall då parterna är överens om det.

3.4.3 ABS 05/konsumenttjänstlagen

Särskilda regler har utarbetats för småhusentreprenader där en enskild konsument står som beställare. *Allmänna bestämmelser för småhusentreprenader där enskild konsument är beställare (ABS 05)* reglerar förhållandena i fall där uppförande eller tillbyggnad av en- eller två-bostadshus (småhusentreprenader) som en näringsidkare utför åt en konsument på entreprenad, är för handen. Bestämmelserna har tagits fram för att hantera de ändringar i KtjL¹²⁵, som trädde i kraft årsskiftet 2004/05. Bakom initiativet står Sveriges Byggindustrier (SBI), Konsumentverket, Villaägarnas Riksförbund, Bostadsgaranti GAR-BO och Svensk Trähusindustri. Villkoren i avtalet är något enklare än villkoren i AB 04 och ABT 94 och avser tillgodose småhusbyggarens intresse i större utsträckning än övriga standaravtal på området. ABS 05 har, till följd av att KtjL är tvingande även avseende småhusentreprenader, fått en struktur som motsvarar lagens. ABS 05 kommer således att gälla tillsammans med KtjL om parterna hänvisar till standardavtalet. För att korrekt kunna bedöma helheten blir det därför nödvändigt att läsa såväl ABS 05 som KtjL. Ändringarna i lagen innebär förhållandevis små förändringar jämfört med vad som tidigare har gällt i avtalsförhållanden som har reglerats av ABS 95.¹²⁶ De nya reglerna stärker ytterligare konsumenternas skydd vid ny- och tillbyggnad. Föregångarna till nu gällande bestämmelser kallas ABS 95 och ABS 80.¹²⁷

¹²⁵ Ändringarna i konsumenttjänstlagen gäller avtal som ingås efter årsskiftet 2004-05. Avgörande är således inte när arbetena utförs. Observera dock att avtal om ändringar och tillägsarbeten – i avtalsförhållanden där kontrakt ingicks före årsskiftet – som ingås efter årsskiftet kan träffas av de nya bestämmelserna i lagen. Eftersom ABS 05 bygger på den lagstiftning som trädde i kraft vid årsskiftet bör ABS 95 användas på avtal som ingicks dessförinnan.

¹²⁶ Se prop. 2003/4:45 s. 126.

¹²⁷ En dom av Marknadsdomstolen (MD 1979:17) låg till grund för avtalet. Konsumentombudsmannen förde i målet talan mot en byggnadsentreprenör om vissa avtalsvillkor i AB 72, vilka ansågs oskäligen mot konsumenten. Resultatet blev vissa för konsumenten gynnsamma regler.

3.5 Gränsdragningen mellan olika regelverk

Eftersom framställningen endast tar upp regleringen i de lagar och standardavtal som avser entreprenadförhållanden kommer endast felansvaret som behandlas i dessa regelverk att tas upp framöver. Syftet med detta avsnitt är att visa på de problem som finns i val av regelverk och ge klarhet rörande när för framställningen aktuella regler kan tänkas bli tillämpliga. De nya reglerna i KtjL skall särskilt tas i beaktande då lagen kan vara tillämplig i en näringsidkarkonsumentrelation.

Enligt 1 § KtjL gäller lagen både reparation av och uppförande av byggnad i fall där en näringsidkare (entreprenör) utför arbete åt en konsument (beställare) för huvudsakligen enskilt bruk¹²⁸. Därmed bidrar KtjL till att försvåra gränsdragningen för vilka byggnadsarbeten som faller under lagen och vad som regleras enligt reglerna om köp av fast egendom. Inte heller förarbetena ger någon tydlig vägledning.¹²⁹ Frågan huruvida entreprenadreglerna/KtjL:s regelverk eller 4 kap JB skall tillämpas är av stor vikt för att kunna fastställa vad som gäller i ansvarsfördelningshänseende. Ansvarsfördelningen ligger i sin tur till grund för bedömande av felansvaret.

Det går att söka viss vägledning i doktrin för att om möjligt finna de svar som inte står att finna i lagar och förarbeten. De tolkningsförslag som presenteras är Grauers och Hellners.

Hellner är av åsikten att KtjL skall tillämpas på småhusentreprenader och att gränsdragningen, trots otydligheten i förarbetena, får göras utifrån detta faktum. Enligt Hellner innebär det att KtjL är tillämplig när konsumenten köper en fastighet med ett hus som säljaren håller på att uppföra. Samma sak gäller när konsumenten köper mark på vilken säljare sedan uppför ett hus. Hellner påpekar dock att 4 kap JB måste gälla för marköverföringen. Det är även mest ändamålsenligt att låta jordabalkens bestämmelser gälla för feltyperna rådighetsfel och rättsliga fel, eftersom dessa feltyper inte berörs av KtjL. Grauers åsikt skiljer sig något från Hellners i detta fall. Han menar att reglerna i 4 kap JB kommer bli tillämpliga i fråga om fastighetsköpet och entreprenadreglerna (entreprenadavtal eller KtjL) i fråga om byggnaden. Säljes en fastighet där en byggmästare valt att uppföra ett nybyggt hus, rör det sig enligt Grauers om ett vanligt fastighetsköp. Jordabalkens regelverk tillämpas i dessa fall.¹³⁰ Uppstår samma gränsdragningsproblematik i kommersiella förhållanden torde frågan kunna besvaras genom standardavtal. Hellner¹³¹ påpekar att ”där avtal saknas bedömningen bör motsvara den för konsumentavtal, dvs. att entreprenadprinciper bör tillämpas där så kan ske”.

¹²⁸ Skall t.ex. ett hus användas för olika ändamål blir vilket som får anses som det huvudsakliga ändamålet avgörande. (prop. 1984/85:110 s. 140).

¹²⁹ Jfr prop. 1989/90:77 s. 17ff. samt SOU 1986:38.

¹³⁰ Grauers, a.a., s. 266ff och Hellner m.fl., a.a., s. 86ff. Jfr även Hellner Jan, Speciell avtalsrätt II Kontraktetsrätt 1 häftet. Särskilda avtal, 3 uppl., Stockholm 2003, s. 87-88.

¹³¹ Hellner m.fl., a.a., s. 88.

Det förekommer situationer där en entreprenör har börjat bebygga en fastighet med förhoppningen att en köpare skall visa intresse. Skulle intresset visa sig realiseras i form av ett köp, med därtill slutet entreprenadavtal om slutförande av den redan påbörjade byggnationen, aktualiseras samma frågeställning som ovan. Det gäller att bestämma om någon del av bestämmelserna faller under ett speciellt område, eller om överenskommelsen i sin helhet regleras likadant. Till skillnad från Hellner som hävdar att KtjL tillämpas på avtalsrelationen i sin helhet om det rör sig om en näringsidkar – konsumentrelation, för Grauers ett resonemang kring att åtminstone någon del av överenskommelsen faller under jordabalkens regler om fastighetsköp. Grauers menar att man möjligen kan hävda att fastighetsköpet inte bara omfattar marken utan även tillbehöret som utgörs av den halvfärdiga byggnaden. 4 kap JB skulle i sådana fall reglera ansvaret för eventuella fel i den påbörjade byggnaden, medan byggnationen i övrigt regleras av entreprenadavtalet. Ett noggrant studium av köpeavtalet är av vikt enligt Grauers. Resonemanget avslutas med att det troligaste ändock är att entreprenadavtalet (åtminstone i tveksamma fall) omfattar även den halvfärdiga byggnaden. Författaren anför att detta trots allt ger en rimligare helhetsbild. Dessutom anser han att systemet med slutbesiktning och garantibesiktning passar bättre än reglerna om fel i 4 kap JB.¹³²

Grauers tar även upp situationen att en byggherre säljer fastigheten under pågående entreprenad. Gränsdragningsproblem aktualiseras än en gång och den troliga lösningen blir enligt Grauers att inte låta den halvfärdiga byggnaden omfattas av reglerna i JB, utan endast fastigheten som sådan. Genomförs överlåtelsen enbart genom ett vanligt köpekontrakt kan bedömningen dock bli annorlunda.¹³³

Sammanfattningsvis torde det med klarhet framgå att valet av regelverk i en rad speciella situationer inte på långa vägar är givet i praktiken. Det uppstår, i synnerhet vid köp av fast egendom, gränsdragningsproblem. Grunden till detta är framförallt rättsområdenas snarlikheter och det faktum att de i många avseenden överlappar varandra. I praktiken medför detta konsekvenser för parterna. Framförallt rör det sig om skillnader i preskriptionsverkan, som i sin tur leder till skillnader i möjligheterna att göra gällande felanspråk. Valet av regelverk påverkar således möjligheten att i praktiken göra gällande eventuella anspråk om fel.

¹³² Grauers, a.a., s. 266ff och Hellner m.fl., a.a., s. 86ff. Jfr även Hellner Jan, a.a., s. 87-88.

¹³³ Grauers, a.a., s. 266ff. Jfr även NJA 1983 s. 808.

4 Ansvar

4.1 Särskild bevisbörderegeln för småhusentreprenader

Mot bakgrund av vikten av att skydda konsumenter föreligger en del bestämmelser om krav på skriftlighet i olika avseenden vid ingående av avtal som rör småhusentreprenad. Det har intagits en regel som föreskriver att näringsidkaren har bevisbördan för det fall det är oklart vad som avtalats mellan parterna. Stadgandet återfinns i 51 § konsumenttjänstlagen och lyder:

Vid småhusentreprenad gäller vad konsumenten påstår har avtalats om

1. arbetets omfattning
 2. priset eller grunderna för hur priset bestäms,
 3. tiden för betalning, och
 4. tiden för arbetets avslutande,
- om inte annat framgår av ett skriftligt avtal eller av omständigheterna i övrigt.

Syftet är att ge näringsidkaren incitament att upprätta skriftliga avtal och offerter, vilket ger konsumenten tydligare besked om avtalets innehåll.¹³⁴

4.2 Gränsdragningen mellan fel och skada i AB 04 och ABT 94

Det finns ingen klar gränsdragning mellan fel och skada, varken i AB 04 eller ABT 94. Med *fel* menas enligt begreppsbestämningarna i AB 04: ”avvikelse som innebär att en del av en entreprenad inte utförts alls eller inte utförts på kontraktsevenligt sätt”. Vid en jämförelse med språkbruket i ABT 94¹³⁵ är formuleringen något kortare, men innebörden densamma. En skada tycks enligt språkbruket i BKK: s bestämmelser syfta på något som i sin tur kan komma att betraktas som ett fel. Avgörande för bedömningen är vad som framkommer vid besiktning. Även ett fel kan leda till att skada uppkommer. Exempelvis kan ett fel på en vattenledning leda till läckage, något som i sin tur kan leda till fuktskador. Det är viktigt att förstå förhållandet till kontraktshandlingarna. Har entreprenören följt handlingarna och t.ex. avsaknad av detalj eller bristande funktion beror på bristfälliga handlingar föreligger inte fel, annat än om entreprenören har ett funktionsansvar. Normalt sett är det inte några problem att skilja mellan fel och skada, eller ens nödvändigt.¹³⁶ Det finns dock situationer där det har betydelse eftersom avtalsvillkoren om ansvaret kan vara olika. En

¹³⁴ Se prop. 2003/4:45 s. 31ff. Jfr även NJA 1951 s. 1 och NJA 1975 s. 280.

¹³⁵ Jfr begreppsbestämningar i ABT 94, s. 3.

¹³⁶ Skillnaden mellan *fabrikationsfel* och *konstruktionsfel* kan vara svår att förstå. Vid konstruktionsfel föreligger inte fel eftersom föreskriven vara levererats med de egenskaper den har. Däremot *fabrikationsfel*, där varan i sig är felaktig, innebär ansvar för fel.

entreprenör kan t.ex. vara ansvarig för ett fel, men inte fullt ut för en skada som uppkommit till följd av felet.¹³⁷

4.3 Entreprenörens prestation

4.3.1 Tiden

4.3.1.1 AB 04

Regleringen i AB 04 har kontraktet som utgångspunkt för bestämmande av tid och sätt för utförande av entreprenaden. Detta framgår av en jämförelse mellan 1:1 som rör omfattningen av kontraksarbetena och kontraktshandlingarna, 2:1 som behandlar entreprenadens utförande, 4:1 som reglerar tidplan samt reglerna om färdigställande i 4:2. Slutbesiktning, som ligger till grund för felbedömningen och normalt även för farans övergång, görs normalt efter färdigställandet av kontraksarbetena vid kontraktstidens utgång.¹³⁸ Av 4:3 framgår dessutom att olika former av hinder kan leda till förlängning av kontraktstiden.

4.3.1.2 ABT 94

I likhet med AB 04 utgår ABT 94 från kontraktet för bestämmande av tid och sätt för utförande av entreprenaden. Avseende tiden gäller föreskriven tidplan enligt 4:1 och att kontraksarbetena skall vara färdigställda och tillgängliga för slutbesiktning vid kontraktstidens utgång enligt 4:2 ABT 94. Reglerna i de båda standardavtalen är i stort de samma.

4.3.1.3 ABS 05/Konsumenttjänstlagen

Reglerna i KtjL om den tid inom vilket ett arbete skall slutföras är allmänt hållna, med en ofta skönsmässig bedömning som följd. Avtalet blir i de flesta fall styrande för bedömningen av när ett arbete skall anses avslutat. Av 24 § KtjL framgår att uppdraget skall avslutas inom den tid som avtalats. Spelar något förhållande på konsumentens sida in kan bedömningen bli annorlunda.¹³⁹ För det fall inget avtalats har entreprenören skälig tid på sig.¹⁴⁰ Utgångspunkten för vad som är skäligt bedöms främst utifrån vad som är normalt för en tjänst av samma art och omfattning. Avtal som, till följd av näringsidkares påtagliga frihet vad gäller tiden, sträcker sig utöver

¹³⁷ Liman, a.a., 7 utg. Stockholm 2005, s. 155.

¹³⁸ AB 04 innehåller dessutom regler om ändrings- och tillägsarbeten som kan komma att påverka förloppet. Det stadgas såväl om en skyldighet att utföra sådana arbeten, som en rätt att utföra dem, jfr 2:3-8 AB 04. Kontraktstiden skall i sådana fall förlängas eller avkortas enligt 4:2.

¹³⁹ Se prop. 1984/85:110 s. 246ff.

¹⁴⁰ Jfr 24 § 1 st KtjL.

vad som anses rimligt kan komma att jämkas enligt 36 § AvtL.¹⁴¹ Entreprenören har även att speciellt beakta påbörjandet och framskridandet av arbetet. Överenskommen tid skall hållas även i dessa avseenden för att inte dröjsmål skall uppstå. Rätt till tidsförlängning till följd av bl.a. ändrings- och tillägsarbeten kan bli aktuellt.¹⁴² Det preciseras bara i ett avseende i KtjL vad som fordras för att uppdraget skall vara avslutat. Av 12 § framgår att för det fall att, *tjänsten avser en sak som har överlämnats i näringsidkarens besittning eller som skall tillverkas av denne, skall uppdraget anses avslutat först när saken har kommit i konsumentens besittning*. Vad som skall fordras i andra fall för att uppdraget skall vara avslutat framgår inte direkt av regleringen i lagen. Viss vägledning kan sökas i motiven som säger att tjänsten är avslutad när konsumenten har fått klart för sig att näringsidkaren anser sig ha slutfört tjänsten. Mer precist skall det avtalade arbetet jämte eventuella tillägsarbeten vara utfört samt förpliktelser, såsom att ha städat efter sig och avlägsnat sin utrustning, vara uppfyllda. Näringsidkaren måste även meddela konsumenten att han anser arbetet färdigt.¹⁴³

4.3.2 Entreprenadens utförande

4.3.2.1 AB 04

Som redan nämnts under föregående rubrik är avtalet utgångspunkt för hur entreprenaden skall utföras. En viktig bestämmelse rörande entreprenadens utförande återfinns i 2:1 AB 04, vari det stadgas att entreprenaden skall utföras i överensstämmelse med entreprenadhandlingarna. Villkoret motsvarar vad som sägs i 1:1 och fastslår att entreprenaden för att vara kontraktsenlig skall utföras strikt enligt kontraktshandlingarna.¹⁴⁴ Första meningen i bestämmelsen skall även användas motsatsvis, vilket betyder att arbete som inte redovisats i kontraktshandlingarna inte heller omfattas av entreprenörens åtagande. Detta framgår av kommentaren som finns i direkt anslutning till paragrafen. Av beställaren lämnade kompletteringar och beställningar av ÄTA-arbeten kan komma att påverka entreprenörens arbetsinsats. Har kvalitetsangivelse i visst hänseende inte lämnats, skall arbetet i det avseendet utföras i klass med entreprenaden i övrigt. Bestämmelsens andra mening tar således sikte på hur avtalet skall tolkas när det inte angivits någon särskild kvalitetsangivelse för entreprenörens arbete. Av andra stycket framgår ett krav på fackmässigt¹⁴⁵ utförande, något som

¹⁴¹ Se prop. 1984/85:110 s. 247ff.

¹⁴² Jfr p.16 och 17 samt 19 ABS 05 med 24 § KtjL.

¹⁴³ Se prop. 1984/85:110 s. 203.

¹⁴⁴ Hedberg, *Kommentarer till AB 04*, a.a., s. 41., jfr även densammes *Kommentarer till AB 92*, s. 33 f. och Lindahl, Malmberg, Norén, a.a. s. 39ff. där den vedertagna uppfattningen inom entreprenörbranschen tycks vara att ett strikt utförande enligt kontraktshandlingarna är tillämpligt.

¹⁴⁵ Begreppet utgör en förändring av kraven på entreprenören från AB 72 till AB 92 som kommit att bestå i AB 04.

rimligtvis innebär att vissa krav ställs på utförandets kvalitet.¹⁴⁶ Det torde därmed kunna ställas krav på att de normer och kvalitetskrav som gäller inom området skall genomsyra arbetet. Uttrycket branschstandard, förutsatt att en sådan existerar, kan begagnas. Att entreprenaden skall utföras fackmässigt inskränker inte beställarens ansvar enligt 1:6. Tillhandahållande av olika slags uppgifter från parts sida innebär därmed alltid ansvar för uppgifternas riktighet.

Betydelsen av att entreprenören inte frångår handlingarna är stor. Entreprenören skall enligt 2:9 AB 04 meddela beställaren om han anser att handlingarna ger ett på något sätt otillfredsställande resultat, annars riskerar han att fel uppstår. Fel kan sägas föreligga om en del av entreprenaden är utförd på ett sätt som inte överrensstämmer med kontraktet.

4.3.2.2 ABT 94

Precis som AB 04 har ABT 94 avtalet som utgångspunkt för hur entreprenaden skall utföras. Kontraktshandlingarna tillsammans med övriga handlingar och föreskrifter som före entreprenadtidens utgång lämnats till kontraktshandlingarnas fullständigande och förtydligande, dvs. entreprenadhandlingarna utgör underlag för bedömningen enligt 2:1 ABT 94. Fackmässighetskravet återfinns, liksom i AB 04, i 2:1 2 st. Skillnaden är att åtagandet dessutom avser projektering och/eller konstruktion utöver utförande enligt kommentaren till paragrafen.¹⁴⁷ En grundläggande princip för totalentreprenader är att entreprenören har ett ansvar för objektets användbarhet och egenskaper. En konsekvens av detta blir att entreprenörens åtagande även kan omfatta arbeten som inte finns uttryckligen angivna i kontraktshandlingarna men, som med hänsyn till avtalat resultat eller omständigheterna i övrigt, ändå måste anses ingå i entreprenörens åtagande.¹⁴⁸ Vidare framgår av kommentaren att kravet på fackmässighet inte innebär att entreprenören övertar beställarens ansvar för tekniska lösningar som framgår av 1:7. Däremot kan fackmässighetskravet innefatta att entreprenören till följd av omständigheter som framkommer under entreprenadtiden i särskilda fall måste komplettera av beställaren tillhandahållen utredning, begära precisering av uppdraget och kontrollera uppgifter från beställaren. Omständigheterna i det enskilda fallet avgör skyldigheten.¹⁴⁹ I övrigt gäller i stort samma som för utförandeentreprenader, med den skillnaden att kontraktet i sig inte får samma betydelse av ovan anförda anledningar.

4.3.2.3 ABS 05/Konsumenttjänstlagen

¹⁴⁶ Jfr NJA 2002 s. 630 och Lindahl, Malmberg, Norén, a.a. s. 73f.

¹⁴⁷ Lindahl, a.a., s. 69ff.

¹⁴⁸ Jfr 1:1, 2 med 2:1 ABT 94

¹⁴⁹ Lindahl, a.a., s. 69ff.

Lagstiftningstekniken i KtjL går ut på att inledningsvis ange vissa anspråk som kan ställas på en tjänst. Därefter redogörs det för när en tjänst är att anse som felaktig. Vid bestämmande av om så är faller utgår man från vilka anspråk konsumenten kan ställa på näringsidkaren. Man kan säga att näringsidkaren har en del plikter att uppfylla för att undgå felansvar. I avsaknad av särskilt avtal uppställer KtjL, som ett allmänt inledande krav, att tjänsten skall utföras fackmässigt, 4 § 1 st. Till följd av att regeln är tvingande kan inte näringsidkaren, vid undermåligt arbete, åberopa friskrivningar i avtalsvillkoren. Det finns inte heller något utrymme för densamme att åberopa begagnat material som bristfälligt. Möjligheten att avtala om ett arbete som håller lägre standard än normalt torde finnas i speciella fall. Det kan inte heller uteslutas att parterna kan avtala på vilket sätt arbetet skall utföras. Jämkning enligt 36 § AvtL kan bli aktuell i dessa båda fall. Fackmässighetskravet följs upp av ett krav på näringsidkaren att med tillbörlig omsorg ta till vara konsumentens intressen och samråda med denne i den utsträckning som det behövs och är möjligt.

En stor del av alla tjänster är uppbyggda i två faser. I den inledande fasen skall näringsidkaren ta reda på vad som skall utföras. Därefter skall tjänsten utföras.¹⁵⁰ Bestämmelsen i 4 § KtjL är kopplad till 8 § KtjL som behandlar regler om tilläggsarbete. Även reglerna om tilläggsarbete kan komma att påverka huruvida tjänsten anses uppfylla avtalade krav. Tillhandahållande av behövligt material kan dessutom komma att ingå i tjänsten enligt 4 §. Tjänsten får inte utföras i strid med olika föreskrifter, 5 §. Enligt förarbetena anses ett visst hållbarhetskrav kunna ställas till följd av de allmänna kraven på tjänsten.¹⁵¹

Konsumenttjänstlagen innehåller en allmänt hållen specialregel om *avrådande* som gäller även småhusentreprenader. Av lagens 6 § framgår en skyldighet för näringsidkaren att avråda en konsument från att låta utföra en viss tjänst, om den med hänsyn till priset, värdet av föremålet för tjänsten eller andra särskilda omständigheter¹⁵² inte kan anses vara till rimlig nytta för konsumenten. Med rimlig nytta avses *rimlig ekonomisk nytta*.¹⁵³ Konsumenten förväntas bli underrättad av näringsidkaren om förhållandet och lämna anvisningar. Avrådande kan även bli aktuellt sedan tjänsten påbörjats, 2 st. En sanktion är knuten till förpliktelsen. Finns det starka skäl att anta att konsumenten inte skulle ha beställt tjänsten får näringsidkaren stå för kostnaden själv. Ersättning kan dock utgå om konsumenten gynnas på ett oskäligt sätt genom att slippa betala för sig. Samrådsskyldighet och skyldighet att avråda kan avslutningsvis aktualiseras i fall där tilläggsarbete enligt 8 § kan komma att bli aktuellt. Det går inte att helt utesluta att en

¹⁵⁰ Se prop. 1984/85:110 s. 46.

¹⁵¹ Se prop. 1984/85:110 s. 48.

¹⁵² Som exempel nämns i förarbetena (prop. 1984/85:110 s. 169.) konsumentens felaktiga uppfattning rörande nödvändigheten av att visst arbete utförs för att ett föremål skall kunna användas för ett särskilt ändamål, med näringsidkarens vetskap om att så inte är fallet och att arbetet därför är onödigt. Det nämns även att näringsidkaren vet att tilltänkt åtgärd medför mycket snabbare förslitning, än som annars skulle vara fallet, på ett föremål.

¹⁵³ Se prop. 1984/85:110 s. 166ff.

motsvarande princip kan tillämpas på kommersiella avtal, om förhållandena är någorlunda lika dem vid konsumentavtalen.¹⁵⁴

4.4 Faran för entreprenaden

4.4.1 Fast pris

Under entreprenadtiden ansvarar entreprenören enligt 5:1 1 st AB 04 för skada på de delar av entreprenaden som inte avlämnats. Använder man sig av juridiskt språkbruk kan man istället säga att entreprenören står faran för entreprenaden fram till slutbesiktningen då överlämnande normalt sett sker. Att stå faran för entreprenaden innebär för entreprenörens del att sådant arbete som går förlorat genom olyckshändelse (casus) på nytt måste utföras till det avtalade priset. Det utgår således ingen särskild ersättning, trots nödvändigheten av ytterligare arbetsinsatser. Entreprenaden anses behäftad med fel om inte skadorna avhjälpas innan besiktningen. Regleringen skiljer sig inte åt mellan AB 04 och ABT 94. Formuleringen är densamma, med den skillnaden att regleringen återfinns i 5:4 ABT 94.

I 5:1 2 och 3 st AB 04 stadgas undantag för mer extraordinära händelser. Beställaren ansvarar enligt andra stycket för skada som han själv orsakat. Även händelser av ”force majeure-typ” undantas från entreprenörens ansvar. Motsvarande bestämmelser för totalentreprenader återfinns i samma stycken i 5:4 ABT 94. Bestämmelserna är identiska.

4.4.2 Löpande räkning

Som redan framgått av framställningen (se ovan 2.5.2) föreligger ett culpaansvar för entreprenören vid arbete på löpande räkning. Entreprenören måste därmed ha förfarit oaktsamt för att kunna hållas ansvarig för sitt avtalade åtagande. Det föreligger således en förskjutning av ansvarsfördelningen under entreprenadtiden vid arbete på löpande räkning. Resultatet blir att beställaren är skyldig att betala än en gång för arbete som utförts en gång men som måste göras om p.g.a. olyckshändelse. Precis som vid fast pris gäller det samma enligt bestämmelserna i ABT 94 som enligt AB 04 vid löpande räkning.

4.4.3 ABS 05/konsumenttjänstlagen

Reglerna om farans övergång återfinns man i 12 §, 39 § och 58 § KtjL. Farans övergång knyts enligt 39 § till avslutandet av uppdraget. Kan inte tjänsten avslutas p.g.a. något förhållande på konsumentens sida blir istället tidpunkten då uppdraget skulle ha avslutats avgörande, 2st.

¹⁵⁴ Jfr RH 2001:71. Jfr även Håstad Torgny, Dröjsmål och fel enligt AB 72, *Festskrift till Gotthard Calissendorff*, Stockholm 1990, s. 86f. och Hellner m.fl., a.a., s. 91.

Specialregleringen i 58 §, som avser småhusentreprenader där slutbesiktning skall ske, fäster istället vikt vid den tidpunkt då entreprenaden godkändes vid slutbesiktningen. Näringsidkaren står således för alla kostnader som är att förknippa med eventuellt extra arbete och material fram till att tjänsten avslutats i fall där ingen slutbesiktning sker. Sker slutbesiktning gäller samma fram till ett godkännande vid en sådan inspektion. För det fall konsumenten själv tillhandahåller material står han faran för det. Detta framgår e contrario av 39 §, vari det stadgas att näringsidkaren står faran för material som han har ”**tillhandahållit**”.

4.5 Entreprenörens kontraktsbrott

4.5.1 Allmänt om fel i entreprenad

Entreprenörens viktigaste åtagande är att avlämna entreprenaden kontraktsenligt. Entreprenaden skall motsvara vad som står i kontrakten, annars riskerar entreprenören att entreprenaden anses vara behäftad med fel. Entreprenörens ansvar för fel kan delas in i tre olika perioder. Varje period kan sägas innehålla olika typer av ansvar. Tidpunkten för när en bristfällighet framträder blir därför avgörande för vilken typ av ansvar som entreprenören har för fel i entreprenaden. Den första perioden (presenterad ovan under 4.4 Faran för entreprenaden) utgörs av tiden fram till besiktningen, då entreprenören vid fast pris står faran och svarar för alla tänkbara bristfälligheter som uppstår. Har parterna avtalat om att arbetet skall utföras på löpande räkning gäller istället ett culpaansvar för entreprenören. Under *garantitiden*, som utgör den andra perioden, svarar entreprenören för fel som inte varit synliga vid besiktningen men som framträtt under den andra perioden.¹⁵⁵ Entreprenören står inte faran under garantitiden. Avslutningsvis, efter garantitiden, svarar entreprenören endast för väsentliga fel som beror på vårdslöshet från dennes sida.¹⁵⁶ ABS 05/konsumenttjänstlagen skiljer sig från de två andra standardavtalen. De särskilda bestämmelserna som rör småhusentreprenader skiljer sig dessutom från lagens allmänna reglering. Skillnaderna presenteras framöver när näringsidkarkonsumentförhållandet behandlas. Oavsett avtal och om besiktning företas eller inte spelar slutbesiktning en viktig roll.

4.5.2 Regleringen av felansvaret under garantitiden i AB 04 och ABT 94

Efter slutbesiktningen löper en *garantitid*. Beroende på vad som skall bedömas gäller olika lång tid. Två år är normalt för material och varor, medan utförd arbetsprestation enligt 4:7 AB 04 har en garantitid om fem år.

¹⁵⁵ Hellner m.fl., a.a., s. 139., Johansson, a.a., s. 265. samt Liman, a.a., 7 utg. Stockholm 2005, s. 149.

¹⁵⁶ Hellner m.fl., a.a., s. 139., Höök, a.a., s. 97ff. samt Liman, a.a., 7 utg. Stockholm 2005, s. 150.

För det fall beställaren erhållit en längre garantitid än fem år enligt ovan gäller dock denna längre tidsperiod, 3 st. Entreprenören svarar för fel som framträder under garantitiden och det är hans skyldighet att avhjälpa sådana fel, 5:5 AB 04. Ordvalet *framträder* i bestämmelsen markerar att felet skall ha varit dolt vid slutbesiktningen. Ansvaret sträcker sig inte längre än att det utesluter sådant som beror på felaktig projektering, bristande underhåll, felaktig skötsel eller förslitning. Entreprenören har bevisbördan för att fel som uppträtt inom garantitiden inte beror på hans handlande.

Enligt ABT 94 skiljer sig ansvaret under garantitiden något från bestämmelserna avsedda för utförandeentreprenader. En standardiserad garantitid om två år gäller för det fall inte annat föreskrivits i övriga kontraktshandlingar, 4:7. Överrensstämmelse med köplagens reklamationsfrist uppnås på detta sätt. Regleringen i nämnda paragraf innehåller dessutom en korrigerande regel för det fall slutbesiktning inte verkställs inom föreskriven tid och detta beror på beställarens underlåtenhet. I så fall räknas garantitiden enligt tredje meningen från den dag sådan egentligen skulle ha utförts.¹⁵⁷ Samma villkor återfinns numera i (7 st) regleringen rörande godkännande och avlämnande i 7:12 AB 04.¹⁵⁸ Entreprenörens ansvar för fel som framträder under garantitiden framgår av 5:6.¹⁵⁹

Ytterligare ansvar för entreprenören kan aktualiseras under särskilda förhållanden. Bland annat svarar entreprenören, i fall där han är ansvarig för fel, även för skada på entreprenaden p.g.a. fel. Ansvar för följdskador kan därmed bli aktuellt när sådana beror därav eller genom hans vårdslöshet eller försummelse vid avhjälpan därav, 5:8, 5:9 AB 04 respektive 5:8 ABT 94. Ansvaret är dock begränsat till ett belopp motsvarande 15 % av kontraktssumman enligt 5:11 AB 04 respektive 5:14 ABT 94. Avbrott eller störning i industriell produktion ersätts inte. En generell regel vid grov vårdslöshet som undanröjer alla ansvarsbegränsningar återfinns även.

4.5.3 Felansvaret efter garantitiden i AB 04 och ABT 94

BKK lyfter i 4:7 AB 04 fram ett nytt begrepp, *ansvarstid*, som främst torde syfta till att öka medvetandet om entreprenörens tioåriga felansvar.¹⁶⁰ Det framgår av bestämmelsen att den tioåriga ansvarstiden från det att entreprenaden godkänts inleds med garantitid. Lydelsen i 5:7 2 men ABT 94 är istället som följer: **”För nu angivna ansvar gäller i lag föreskriven allmän preskriptionstid, räknad från garantitidens början.”** 1981 års preskriptionslag

¹⁵⁷ Enligt Lindahl, a.a., s. 118 torde verkan av tredje meningen bli att formuleringen blir att jämställa med att entreprenaden anses godkänd i det avseendet att garantitiden kan börja löpa. I detta hänseende tycks slutsatsen rimlig.

¹⁵⁸ Tidigare återfanns regeln i 4:7 AB 92.

¹⁵⁹ Det längre ansvaret för arbetsprestation gäller, förutom entreprenörens eget arbete, även anlitate underentreprenörers arbete. Detta framgår vid en jämförelse mellan 4:7, 5:6 och 5:12 AB 04.

¹⁶⁰ Liman Lars-Otto, *ABC om AB 04*, Solna 2004, s. 29.

stadgar i sin andra paragraf en allmän preskriptionstid om tio år.¹⁶¹ Första meningen i 5:7 ABT 94 reglerar entreprenörens ansvar efter garantitiden och är (med den skillnaden att garantitiden löper något annorlunda beroende på om det rör sig om arbetsprestation eller material och varor i AB 04) snarlik den som återfinns i 5:6 AB 04. Enligt bestämmelserna ansvarar entreprenören för väsentliga fel som framträder efter garantitidens utgång när felet beror på dennes vårdslöshet. Ansvaret sträcker sig tio år framåt i tiden från godkännandet av entreprenaden som normalt sker vid slutbesiktningen.

Entreprenörens ansvar bygger enligt presenterade regler på kombinationen av två kriterier. För ansvar erfordras dels att felet är väsentligt, dels att det beror på entreprenörens vårdslöshet. Vid väsentlighetsbedömningen skall enligt BKK avseende inte endast fästas vid själva felet. Hänsyn skall även tas till vilken skada som uppkommit till följd av felet eller som kan tänkas uppkomma. Stora kostnader för beställaren till följd av felet medför vanligtvis att ett fel är att anse som väsentligt. Vidare skall hänsyn tas till om ett fel påverkar möjligheterna att använda en byggnad eller en anläggning. Beställaren kan alltid ställa krav på vissa kärnegenskaper, såsom fungerande tak, väggar, golv och grund i den färdiga produkten. Byggnadens eller anläggningens goda bestånd får inte påverkas. Fel som medför upprepade avbrott i sammanhängande tekniska system torde inte heller godtas. Fel som typiskt sett innebär fara för hälsa och säkerhet är normalt att anse som väsentliga.¹⁶²

För bedömningen av om kriteriet på vårdslöshet är uppfyllt krävs en något annorlunda bedömningsgrund. Har entreprenören handlat på något annat sätt än vad som kan fordras av honom kan ansvar bli aktuellt. Beställarens anvisningar kan i det enskilda fallet bli avgörande för utgången, liksom entreprenörens bristande uppfyllande av fackmässighetskravet. Totalentreprenadformen, som i fackmässighetsavseende ställer krav även på tekniska lösningar, innebär ett krav på beaktande av den sakkunskap och yrkesskicklighet som kan förutsättas inom berörda fackområden vid val av teknisk lösning. Information till beställaren kan dessutom bli aktuellt vid val av teknisk lösning för att möjliggöra en riskavvägning. Vårdslöshet kan presumeras när avvikelser av nämnda slag föreligger. I sådana fall måste entreprenören, för att undgå ansvar, visa godtagbara skäl för avvikelserna.¹⁶³

¹⁶¹ Jfr även NJA 1987 s. 243. HD klargjorde i fallet rätt utgångspunkt för beräkningen av preskriptionstiden. I fall där slutbesiktning hålls torde normalfallet vara att dagen för avslutande av besiktningen utgör utgångspunkt för preskriptionstiden. Numera anges i 4:7 AB 04 garantitidens början, vilket är samma tidpunkt som slutbesiktningen, som utgångspunkt. För det fallet inte någon annan tid för fullgörande av entreprenadens huvudförpliktelse angetts än dagen för avlämnande av byggnaden, räknas preskriptionstiden istället från den dagen; NJA 1987 s. 716.

¹⁶² Jfr NJA 1992 s. 130, där HD uttalade att anvisningar borde ha inhämtats med hänsyn till att arbetena avsåg en lokal där risken för personskador var uppenbar. Vårdslösheten bedömdes i fallet som grov.

¹⁶³ Jfr kommentaren till kapitel 5 § 6 i AB 04 (s. 21f) med Lindahl, a.a., s. 143ff. Jfr därtill bostadsproducenterna Riksbyggen, HSB och Sabo som tillämpar en annan regel som går ut på att anse alla fel vars kostnader för avhjälpande av felet och för eventuell följdskada på entreprenaden som överstiger ett halvt basbelopp (19850 Skr 2006) som väsentliga under

Det är beställaren som skall visa på att kriterierna är uppfyllda för att kunna få igenom sina krav. Omvänd bevisbörda gäller endast under garantitiden.

4.5.4 Regleringen av felansvaret i konsumentförhållanden

De tidigare presenterade standardavtalens regler skiljer sig till stora delar åt från konsumenttjänstlagens reglering om ansvar för fel. Enligt lagen gäller, istället för en uppdelning av olika typer av ansvar under olika tidsperioder, ett mer kontinuerligt felansvar för entreprenören. Denne svarar normalt för fel i utfört arbete, utan speciella krav på t.ex. vårdslöshet eller allvarligheten i felet. Definitionen av vad som utgör fel återfinns främst i 9-11 § § KtjL. Tjänsten skall utföras avtalsenligt, fackmässigt och i enlighet med speciella föreskrifter eller myndighetsbeslut som syftar till att säkerställa att tjänsten är tillförlitlig ur säkerhetssynpunkt, 9 §. Vidare skall resultatet motsvara betydande uppgifter som lämnats av näringsidkaren eller till denne speciellt knutna kontrahenter enligt 10 §. Förutsättningen är att näringsidkaren åtminstone borde ha känt till uppgifterna, 2 st. Avslutningsvis återfinns en bestämmelse om upplysningsplikt för näringsidkaren i 11 §. Avtalets innehåll blir avgörande för bedömningen i felhänseende. Detta uttrycks bl.a. i 9 § 1 st 3 p med formuleringen ”*vad som därutöver får anses avtalat*”. Bestämmelsens tillämplighet är beroende av att uppgifterna inverkat på avtalet och att de lämnats under angivna omständigheter.

Konstruktionen med ett inledande avsnitt som är knutet till uppdraget och anger vissa anspråk som kan ställas på tjänsten (se ovan 4.3.2.3) följs således upp av ett avsnitt, där det definieras när en tjänst är att anse som *felaktig*. **Huvudsakligen utgår man från att en tjänst är felaktig enligt 9 § KtjL när resultatet avviker från de anspråk som återges i 4-8 § §.** Kompletterande bestämmelser om vad som gör en tjänst felaktig återfinns i, förutom redan nämnda, 12-15 § §. Det finns bl.a. en bestämmelse om tidsbestämda garantier i 14 §. Endast funktionsgarantier, dvs. sådana garantier som avser förhållandena under hela garantitiden, tillåts.¹⁶⁴

En viktig bestämmelse rörande småhusentreprenader återfinns i 59 § KtjL. Ett utökat felansvar gäller alltid vid småhusentreprenader om ett förhållande som avses i 9, 10 eller 11 § visar sig inom två år efter det att entreprenaden godkändes vid slutbesiktning eller, om slutbesiktning inte har gjorts, inom två år efter det att arbetena avslutades. I förarbetena används benämningen ”garantiregel”.¹⁶⁵ Faktorer, såsom vanvård och onormalt brukande, som beror på beställaren eller olyckshändelse medför dock enligt andra meningens i lagrummet att entreprenörens ansvar enligt bestämmelsen faller bort.

förutsättning att de beror på entreprenörens vårdslöshet. Vid bedömningen skall vidare samma slags fel som visar sig på flera ställen bedömas som endast ett.

¹⁶⁴ Se om garantier SOU 1995:11 s. 93ff.

¹⁶⁵ Se prop. 2003/04:45 s. 246.

Konsumenten har enligt konsumenttjänstlagen inget krav på sig att undersöka utfört arbete. Det föreskrivs således ingen uttrycklig undersökningsplikt i konsumentförhållanden som rör småhusentreprenader. Motiven framhåller dock att en ”ytlig granskning” kan krävas vid bestämning av den frist inom vilken reklamation skall ske.¹⁶⁶ Reklamation, som är en allmän förutsättning för att kunna göra påföljder gällande, skall normalt sett ske inom skälig tid. I allmänhet gäller som yttersta gräns två år efter det att uppdraget avslutades, 17 §; jfr 18 §. Reklamation får inte ske senare än tre år efter det att uppdraget avslutades. Yttersta gränsen för småhusentreprenader är istället tio år. Handlande från entreprenörens sida som är grovt vårdslöst eller i strid mot tro och heder berättigar alltid till tio års reklamation, 2 st.¹⁶⁷ Enligt bestämmelsen om småhusentreprenader i 61 § KtjL behöver inte reklamation avseende fel som har antecknats i ett besiktningsutlåtande enligt 56 § eller har påtalats av konsumenten enligt 60 § 2 st 3 p vidtas. Avslutningsvis framgår det av 61 § 3 st att tidsfristen för reklamation i de fall slutbesiktning skall ske har utsträckts genom att räknas från ett godkännande av småhusentreprenaden enligt 56 §. Därmed är det viktigt för entreprenören att se till att slutbesiktning företas för att på så sätt kunna bli fri från ansvar. Slutbesiktning skall göras om entreprenören begär det (53 §).

¹⁶⁶ Se prop. 1984/85:110 s. 217.

¹⁶⁷ Jfr 23, 24 § § KkL.

5 Besiktningens rättsverkan

5.1 Allmänt om besiktning

Besiktning som ett instrument för beställaren att genom en av honom utsedd besiktningsförrättare fullgöra sin undersöknings- och reklamationsplikt har gamla anor. Redan 1893 fanns regler om rätten för en entreprenör att påkalla överbesiktning i statens förordning rörande statens upphandlings- och entreprenadväsende.¹⁶⁸ Som argument för att behålla detta förfarande nämns idag bl.a. dess bidrag till en god kvalitet i byggandet, att hålla kostnaderna för byggfel nere och en förebyggande verkan på framtida tvister om huruvida arbetet utförts på ett korrekt sätt.¹⁶⁹ I avtalen som föregick AB 92 hade besiktning en konstaterande verkan och utgjorde ett exklusivt bevismedel.¹⁷⁰ Besiktningen hade en mycket betydelsefull roll. Den var främst ett medel för beställaren att komma till rätta med eventuella problem till följd av entreprenörens bristande åtagande. Idag råder helt andra förutsättningar. Till följd av utvecklingen på området finns det, i jämförelse med tidigare, numera en uppsjö av byggtekniker. Urvalet av byggmetoder och det material som utgör grunden för olika konstruktioner är i dagens samhälle mycket stort. De arbeten som numera utförs på entreprenad är betydligt mer komplicerade, vilket får till följd att produkten många gånger även den blir mer komplicerad. Detta får naturligtvis i sin tur konsekvenser för utförandet av besiktning. Det ställs nuförtiden stora krav på besiktningsmännens kompetens. Att en besiktningsman, som innan var möjligt, behärskar hela branschens kunnande ter sig idag snarast som en utopi. Det har, som ett svar på de nya kraven, växt fram nya tillvägagångssätt. Såsom exempel kan nämnas att beställaren vid generalentreprenader och totalentreprenader brukar utse en huvudbesiktningsman som i sin tur anlitar biträdande besiktningsmän. Ett förfarande kallat *fortlöpande besiktning* har även blivit allt vanligare på senare år. Enligt förfarandet hålls ett antal besiktningar avseende byggets olika delar under entreprenadtidens fortskridande.¹⁷¹ Förfarandet tas endast upp kort i kommentarerna till 7:1 och 7:2 AB 04. Besiktning vid småhusentreprenader kan ses som ett lagfästade av den praxis som redan existerar på området.¹⁷²

Det framgår av 7:7 AB 04, 7:8 ABT 94 och 55 § 1 st, p. 27 ABS 05 att besiktning skall utföras av en person som är lämpad för uppdraget. Normalt sett utser beställaren besiktningsman. Tanken är att besiktningsmannen i sitt uppdrag skall vara objektiv i sin granskning.¹⁷³ För detta krävs det ofta att

¹⁶⁸ Lindahl, a.a., s. 205.

¹⁶⁹ Se prop. 2003/4:45 s. 44.

¹⁷⁰ Lindahl, a.a., s. 205. och Lindahl, Malmberg, Norén, a.a. s. 206.

¹⁷¹ Liman, a.a., 7 utg. Stockholm 2005, s. 140f.

¹⁷² Se prop. 2003/4:45 s. 128.

¹⁷³ Jfr t.ex. kommentaren till 7:7 AB 04 med 7:11 AB 04. Jfr därtill t.ex. reglerna om jäv i 7:9 AB 04.

han är kunnig inom både tekniska områden och entreprenadjuridik. I allmänhet utses erfarna tekniker med flera års yrkeserfarenhet.¹⁷⁴ Det har tidigare framförts viss kritik mot besiktningsinstitutet som sådant. Kritiken gick ut på att besiktningsmännen, oavsett hur dessa utsågs, hade en tendens att vara särskilt förstående mot entreprenören när beställaren var en engångsbyggare. Anledningen skulle ha varit att undvika dåligt rykte bland entreprenörer. Även omvända argument har framförts. Det har hävdats att gemensamt utsedda besiktningsförrättare, till följd av beroendeförhållandet till beställaren, inneburit en omöjlighet för entreprenören att begära överbesiktning.¹⁷⁵ Det kan tänkas att problemen kvarstår än idag, dryga 15 år efter det att de uppmärksammades. Opartiskheten hos förrättare av detta slag kommer troligtvis alltid att ifrågasättas till följd av institutets bedömningskaraktär. Att besiktning inte längre utgör ett exklusivt bevismedel torde dock innebära att vikten av förrättarnas bedömning tonas ner något.

Resultatet av besiktningsmannens arbete utmynnar i ett besiktningsutlåtande, ofta kallat besiktningsprotokoll. Däri skall fel som fanns på den besiktigade delen av entreprenaden vid tiden för besiktningen antecknas, 7:13 AB 04, 7:18 ABT 94 och 56 § KtjL. Vidare skall besiktningsmannen anmärka på om han anser att entreprenaden i något avseende är bristfällig, trots att den är kontraktsevenligt utförd. Ett givet exempel på en sådan bristfällighet är projekteringsfel i utförandeentreprenader. Det föreligger inget fel i entreprenaden eftersom entreprenören endast skall bygga med handlingarna som underlag. Entreprenaden kan trots detta vara bristfällig p.g.a. bristande funktionsduglighet. Skälen till anmärkningen skall även anges. Finner besiktningsmannen skäl till anmärkningar av annat slag kan även sådana noteras om han så önskar. Viktigt är även att anteckna fel påtalade av beställaren, oavsett om de enligt förrättarens mening utgör fel eller inte. Vikten av detta har dock minskat till följd av att beställarens rätt att göra gällande fel inom viss tid har utvidgats. Besiktningsutlåtanden skall innehålla en rad uppgifter som är av vikt för parterna. Exempel på sådana är: besiktningens omfattning, tidigare besiktningar och provningar, (eventuellt) godkännande samt dag för beskedet, fel som får kvarstå samt tidpunkten för garantitidens slut och eventuellt förlängd sådan.¹⁷⁶ Besiktningsförrättaren har endast en konstaterande, inte en dömande funktion.

Parterna är inte bundna av ett besiktningsutlåtande, utan kan antingen begära överbesiktning (se avsnitt 5.2.4) eller enligt 7:16 AB 04 respektive 7:7 ABT 94 få saken prövad i domstol/skiljenämnd. Regleringarna skiljer sig åt i bl.a. det avseendet att AB 04 medtagit ett tionde kapitel, där villkor om förenklad tvistelösning presenteras. Dessa villkor har sannolikt inspirerats av utländska s.k. alternativa tvistelösningsmetoder, Alternative

¹⁷⁴ Liman, a.a., 7 utg. Stockholm 2005, s. 136f.

¹⁷⁵ Håstad, Dröjsmål och fel enligt AB 72, Festskrift till Gotthard Calissendorff, a.a., s. 108f.

¹⁷⁶ Jfr 7:14 AB 04 och 7:21 ABT 94 för en komplett lista.

Dispute Resolution (ADR). Föregångsländerna är U. S. A. och England, vilka under en längre tid sökt lösningar som främst syftar till att på ett enklare, billigare och för partsrelationen mer skonsamt sätt lösa uppkomna problem.¹⁷⁷ AB 04 har i 9:1 även reglerat skiljeförfarandets tillämpning på så sätt att förfarandet endast blir aktuellt som en lösning för större entreprenadvister. Det stadgas i bestämmelsen att domstol skall avgöra tvister som inte uppenbart handlar om högre belopp än 150 prisbasbelopp. Det är tvivelaktigt huruvida regleringen avser fastställsetalan. Bestämmelsen använder sig av uttrycket ”det omtvistade beloppet”, vilket kan tolkas som att fastställsetalan, om inte annat avtalats mellan parterna, skall anhängiggöras i allmän domstol. Allmän domstol anses normalt innebära lägre kostnader än skiljeförfarande. Det föreligger även en klar fördel i att kunna överklaga beslut till högre instans. En klar nackdel är att domstolens ledamöter ofta saknar erfarenhet av entreprenader och att det därför kan bli en arbetsam uppgift för parternas ombud att tillföra domstolen erforderlig sakkunskap.¹⁷⁸ Fördelarna med skiljeförfarande ligger främst i möjligheterna till ett snabbt beslut av en kunnig nämnd, där utgången inte offentliggörs.

5.2 Typer av besiktningsförfarande

Olika typer av besiktningar fyller olika funktion. Beroende på hur långt entreprenören kommit i sitt arbete finns det olika möjligheter att få ett utlåtande över entreprenörens arbetsprestation. Utgångspunkten är tiden för avtalets ingående och därefter påbörjandet av byggprojektet. Till de vanligaste förfarandena hör *förbesiktning*, *slutbesiktning*, *garantibesiktning* och *överbesiktning*. Slutbesiktningen är tveklöst den viktigaste besiktningen i entreprenadsammanhang och det knyts ett flertal viktiga rättverkningar till denna.¹⁷⁹ Därtill kommer *efterbesiktning* (7:5 AB och p 24 st 3 ABS 05) som avser konstatera om ett fel åtgärdats och *särskild besiktning* (7:4 AB och p 24 st 2 ABS 05) som kan hållas efter entreprenadtidens utgång. Särskild besiktning vidtas främst för fel som beställaren påtalat, men även för fel enligt 9 § KtjL (den allmänna regeln för vad som avses med fel enligt lagen) i näringsidkar- konsumentrelationer.

5.2.1 Förbesiktning

Delade meningar i frågan huruvida entreprenaden uppfyller kontraktsevenliga fordringar kan uppstå tidigt under entreprenadtiden. Exempelvis kan

¹⁷⁷ För den intresserade kan ytterligare information inhämtas t.ex. i: Brown & Mariott, *ADR principles and practice*, London 1993, Kovach, *Mediation in a nutshell*, Minnesota 2003, Lindell, *Alternativ tvistlösning: särskilt medling och skiljeförfarande*, Uppsala 2000, Norman, *Medling och andra typer av alternativ konfliktlösning: introduktion och handbok*, Uppsala 1999, samt Sjölin, *Praktisk tvistlösning i väster*, Advokaten 4, 2000, s. 8-12.

¹⁷⁸ Liman, a.a., 7 utg. Stockholm 2005, s. 174.

¹⁷⁹ *Entreprenadbesiktning*, 2 utg., BKK Stockholm 1997, s. 12, Liman, a.a., 7 utg. Stockholm 2005, s. 137, Lindsö, a.a., s. 114 samt Johansson, a.a., s. 357.

grundgjutning på ett tidigt stadium orsaka problem. Parternas åsikter om huruvida gjutningen uppfyller avtalad kvalitet kan gå isär. En möjlighet för båda parter att begära förbesiktning enligt 7:1 AB och p. 24 st. 1 ABS 05 för att erhålla ett professionellt uttalande om grundens kvalitet finns då. Förbesiktning sker ofta för att kontrollera kontraktsenligheten av en del av arbetet då det skulle vara olämpligt att låta detta anstå till dess entreprenaden i sin helhet är klar för slutbesiktning. Att möjliggöra avhjälpande av vid besiktningen konstaterade fel, vid ett för en part eller båda parterna lämpligare tillfälle än efter hela entreprenadens färdigställande kan vara ett annat syfte. Det kan även vara att föredra en förbesiktning av entreprenaddelar som tas i bruk av beställaren. På så vis är det enklare att avgöra om brukandet inverkat på felbedömningen. Även ”särskilda skäl” kan påkalla en förbesiktning. Såsom sådant skäl kan nämnas parternas vilja att få prövat ett visst utförandes, som skall upprepas, kontraktsenlighet.¹⁸⁰ Förbesiktning är inte obligatorisk och det skall inte förekomma något godkännande av entreprenaden.

5.2.2 Slutbesiktning

Slutbesiktning är den viktigaste typen av besiktning. Det är exklusivt förbehållet slutbesiktningen att i sin helhet godkänna en entreprenad. Förfarandet skall normalt sett ske vid kontraktstidens utgång och regleras i 7:2 AB och 53 § KtjL. Förfarandet har lagfästs i och med den nya regleringen i konsumenttjänstlagen. Kan besiktning av *funktion* inte ske i samband med slutbesiktningen av en totalentreprenad och förhållandet inte beror på entreprenören, skall slutbesiktning företas i form av kompletterande slutbesiktning när förutsättningar härför föreligger och part påkallar sådan. Detta framgår av 7:2 3 st ABT 94 och utgör den enda exemplifieringen av skälet till kompletterande slutbesiktning i bestämmelserna.¹⁸¹ Sådan besiktning hindrar inte, förutsatt att inte annat avtalats, att entreprenaden godkänns enligt 4 st. Det viktigaste syftet är att bedöma huruvida entreprenaden kan godkännas eller inte. Därmed är det naturligt att företa sådan besiktning efter det att arbetena avslutats. Vid *delad entreprenad* finns möjligheten att skjuta fram slutbesiktningen till dess att samtliga arbeten avslutats. Ett godkännande behöver inte betyda att alla delar av entreprenaden är kontraktsenliga. Ofta betyder det bara att besiktningsmannen anser att entreprenören fullgjort sina åtaganden på alla viktigare punkter. Godkännandet får nämligen enligt 7:12 AB 04, 7:14 ABT 94 och 56 § KtjL inte hindras av fel av mindre betydelse som förekommer i begränsad omfattning. Endast entreprenaden godkänns, inte felen, vilket är viktigt att ha i åtanke för alla parter. Ett klart svar i frågan är av stor vikt för alla parter eftersom viktiga rättsföljder utlöses.

Som redan nämnts tidigare är det besiktningsmannens uppgift att i besiktningsprotokollet anteckna fel som han anser föreligger. Även sådant

¹⁸⁰ Hedberg, *Kommentarer till AB 04*, a.a., s. 137.

¹⁸¹ Jfr även 7:2 3 st AB 04 och 7:2 4 st ABT 94 som avser samma sak, utan konkret exemplifiering.

som beställaren anser utgöra fel skall antecknas. Sådana anteckningar kan komma att spela roll för vad som får göras gällande i felhänseende gentemot entreprenören. Tidigare fick endast fel som antecknats i protokollet göras gällande. Reglerna har successivt ändrats och det tidigare syftet, att skära av beställarens möjligheter att i efterhand göra gällande fel som var upptäckbara vid besiktningen men som inte förts in i besiktningsprotokollet, har till stora delar luckrats upp. Beställaren har numera, trots att en besiktningsman försummar att upptäcka fel som en normalt aktsam och normalt yrkeskunnig besiktningsman borde ha upptäckt, helt andra möjligheter att åberopa fel än enligt AB 72. De utvidgade möjligheterna gäller även vid försummelse att notera sådant fel i besiktningsprotokollet.

Flertalet viktiga rättsverkningar knyts till slutbesiktningen, däribland en preskriberande verkan. Den preskriberande verkan har mildrats i förhållande till vad som gällde enligt respektive föregångare till nuvarande bestämmelser.¹⁸² Enligt 7:11 AB 04 gäller att beställaren har rätt att göra gällande *dolda fel*¹⁸³ som förelegat vid besiktningen. Med dolda fel menas sådana fel som inte märkts och inte heller bort märkas vid besiktningen. Undantaget fanns redan i AB 92. Vidare gäller som undantag **alla fel som skriftligen rapporterats inom sex månader efter entreprenadtidens utgång eller, om felet är väsentligt, inom arton månader**. Till kategorin hör anmärkningar som beställaren påtalat vid slutbesiktningen men besiktningsmannen inte velat notera som fel utan som anmärkningar i utlåtandet. Det är ännu av förklarliga skäl inte solklart vilka fel som är att anse som väsentliga. Även sådana uppgifter som entreprenören lämnat i sitt kvalitetssäkringsarbete och där besiktningsmannen själv inte gjort egen besiktning kan anses som dolda fel, 7:12 st 2.

ABT skiljer sig något från AB 04 vad gäller slutbesiktningens rättsverkningar. Det föreligger samma möjligheter att göra gällande dolda fel. En **”tre månadersregel”** gäller istället för sex månaders tidsfrist avseende allmänna fel. ABT skiljer sig dessutom från AB 04 genom att beställaren får göra gällande fel som endast kan konstateras genom mätning, provning eller nyttjande. Även sådana fel som under garantitiden föranlett anmärkning med krav på avhjälpande vid en besiktning som sker med stöd av författning¹⁸⁴ får göras gällande, 7:13 ABT 94. Bestämmelsen innehåller dessutom ett tredje stycke som torde motsvara anmärkningar i besiktningsmannens utlåtande som nämnts ovan, med det undantaget att de uttryckligen skall ha reklamerats i rätt tid. Reklamation som borde ha framförts under förbesiktning kan således inte med giltig verkan framföras vid slutbesiktning, annat än med tillämpande av **”tre månadersregeln”**.¹⁸⁵

¹⁸² Håstads konstaterande av *preklusionsregel* i SvJT 1991 s. 577ff, varmed han menade att beställaren inte fick göra gällande andra fel än sådana som av besiktningsman upptagits i besiktningsutlåtandet, har numera avsevärt luckrats upp.

¹⁸³ Begreppet torde avse fel som inte är möjliga att konstatera för en normalt yrkeskunnig besiktningsman. Jfr även Hedberg, *Kommentarer till AB 04*, a.a., s. 93.

¹⁸⁴ Motivet till detta är att ett tillgodoseende av gällande normer (1:13) innefattas i en totalentreprenörs projekteringsansvar.

¹⁸⁵ Lindahl, a.a., s. 223.

För *småhusentreprenad* gäller en allmän inskränkning i möjligheten att åberopa fel. En önskan att få parterna att försöka upptäcka alla de fel och brister som kan föreligga redan vid slutbesiktningen ligger till grund.¹⁸⁶ Föreskriften i 60 § KtjL stadgar att sedan ett godkännande erhållits vid en slutbesiktning enligt 53 §, får endast fel som har antecknats i besiktningens utlåtandet åberopas av konsumenten. Samma undantag som gäller enligt AB 04 avseende dolda fel och ”sexmånadersfristen” gäller. Speciella reklamationsregler gäller enligt lagen. Av 61 § framgår att reklamation inte behöver göras i fråga om fel som har antecknats i ett besiktningens utlåtande enligt 56 § eller har påtalats av konsumenten enligt 60 § 2 st 3p. Tidsfristen för reklamation utsträcks (61 § 3 st) i de fall slutbesiktning skall ske genom att räknas från ett godkännande enligt 56 §. Enligt en dom av HD fastställdes redan tidigt att beställaren har tio år på sig att föra talan mot entreprenören p.g.a. av dolda fel. Tiden räknas från avlämnandet av byggnaden.¹⁸⁷

Slutbesiktning är *obligatorisk* enligt AB 04 och det är beställaren som har ansvaret för att den genomförs. Beställaren begår kontraktsbrott om han försummar att vidta slutbesiktning. Entreprenören kan då kräva att garantitiden skall börja löpa från den dag då besiktningen rätteligen skulle ha verkställts enligt 7:12 7 st. Även *objektsansvaret* (ansvaret för skador) upphör i.o.m. entreprenadtidens utgång, 5:1 AB 04. En nyhet är att entreprenaden dessutom anses godkänd. Av 7:12 3 st 2 men följer att en entreprenad anses avlämnad efter godkännande vid slutbesiktning.

Regleringen i ABT 94 är något mer svårtolkad, men även där har beställaren ansvaret för att slutbesiktning genomförs. För det fallet den preskriberande verkan endast aktualiseras under förutsättning av entreprenadens godkännande, som enligt 7:14 förutsätter slutbesiktning, finns en hjälpregel i 4:7 3 men för att klargöra vad som gäller i fall där beställaren underlåter sin skyldighet. Av regeln framgår att garantitiden i sådana fall skall räknas från den dagen då slutbesiktningen rätteligen skulle ha verkställts. Huvudregeln är enligt 7:8 att beställaren skall utse besiktningsförrättare. Regeln torde därmed få den betydelsen att uttrycket ”entreprenadens godkännande” blir att jämställa med slutbesiktning som uteblivit eller försenats på grund av beställarens underlåtenhet.¹⁸⁸

Konsumenttjänstlagen föreskriver att besiktning skall företas om någon av parterna begär det, 53 § KtjL. Det föreligger således inget obligatorium. Dock kan parterna inte i förväg avtala att någon slutbesiktning inte skall göras. Lagens tvingande karaktär förbjuder sådana överenskommelser. Begär ingen av parterna slutbesiktning gäller i princip de allmänna felreglerna enligt 1 § 3 st KtjL.

¹⁸⁶ Se prop. 2003/04:45 s. 58.

¹⁸⁷ Jfr NJA 1987 s. 12.

¹⁸⁸ Lindahl, a.a., s. 117f.

5.2.3 Garantibesiktning

Garantitiden börjar löpa efter godkänd slutbesiktning. Såvida inget annat avtalats löper garantitiden på två år för material och varor och fem år för entreprenörens arbetsprestation, 4:7 AB 04. Garantitiden är, såvida inget annat avtalats, två år enligt samma bestämmelse i ABT. En *garantibesiktning* skall normalt sett hållas vid slutet av den kortare garantitiden (om sådan existerar) för att pröva förekomsten av fel som framträtt under garantitiden. Felen skall ha funnits i entreprenaden vid slutbesiktningen men då inte märkts och inte heller kunnat märkas, 7:11 och 5:5 AB 04 samt 7:13 och 5:6 ABT 94. Ett fel får därmed inte ha kunnat märkas under slutbesiktningen. Entreprenören är ansvarig för fel som *framträder* under garantitiden. Den materiella innebörden av garantiansvaret är att beställaren försätts i en fördelaktigare bevissituation. Entreprenören är ansvarig för uppståndsna fel tills motsatsen bevisas. Således har entreprenören bevisbördan, varmed det åligger honom att presentera omständigheter som kan befria honom från ansvar. Enkelt uttryckt föreligger ett *presumtionsansvar* för entreprenören under garantitiden. Efter garantitidens slut ansvarar entreprenören endast för väsentliga fel som har sin grund i dennes vårdslöshet. Ett tioårigt ansvar börjar löpa från garantitidens början, 4:7 AB 04 jfr 5:7 ABT 94.¹⁸⁹ Enligt AB 04 är det beställaren som skall påkalla garantibesiktning, medan ABT föreskriver att båda är ömsesidigt förpliktade att medverka till att sådan kommer till stånd.

Föreskrifterna i konsumenttjänstlagen ställer inte upp några krav på garantibesiktning. Sådan företas således på frivillig basis. Främsta anledningen till att så är faller tycks vara att den inte har de rättsverkningar som slutbesiktningen har samt kan orsaka onödiga kostnader för konsumenten i slutändan.¹⁹⁰

5.2.4 Överbesiktning

Parterna kan enligt 7:6 AB begära *överbesiktning* av entreprenaden. Sådan besiktning går ut på att ompröva de frågor som föranlett förfarandet. Det kan t.ex. avse frågan om godkännande eller förekomsten av fel. Förfarandet kan påkallas av båda parterna och skall ske skriftligen inom tre veckor. Överbesiktning kan göras av en gemensamt utsedd person eller av en speciellt sammansatt nämnd bestående av tre personer, varav en är ordförande, 7:6 och 7:8 AB 04 samt 7:6 och 7:9 ABT 94.

¹⁸⁹ Grauers, a.a., s. 263ff., Hedberg, *Kommentarer till AB 04*, a.a., s. 75ff. och 140f. samt Höök, a.a., s. 93ff.

¹⁹⁰ Se prop. 2003/4:45 s. 47f.

5.3 Besiktning förfarandets rättsliga syfte

Besiktning används för att konstatera huruvida en entreprenad är behäftad med fel eller inte. Förfarandet går därmed ut på att undersöka i vad mån entreprenaden uppfyller de fordringar som uppställs i ett entreprenadkontrakt. Det är m.a.o. entreprenörens åtagande enligt entreprenadavtalet som skall granskas. Eftersom prövningen av huruvida fel föreligger är beroende av vad som är kontraktsevenligt blir besiktningen även till viss del en fråga om avtalsstolkning.¹⁹¹ Besiktningens syfte är till uppgift att undersöka huruvida entreprenaden är behäftad med några fel i rättslig mening. Vid köp av fast respektive lös egendom används istället regler om undersökningsplikt, vars syfte är detsamma.¹⁹²

Besiktning förfarandet kan sägas motsvara den mottagningskontroll som köparen enligt köplagen eller konsumentköplagen i eget intresse bör företa, samt den undersökningsplikt som åvilar en köpare av fast egendom enligt jordabalken.¹⁹³ Undersökningsplikten är dock utförligare reglerad i JB och dessutom mer långtgående. Bestämmelserna som uttrycker syftet med besiktningen, nämligen att konstatera om entreprenören presterat det som han åtagit sig enligt entreprenadavtalet, återfinns i 7:11 AB 04 och 7:13 ABT94. ABS 05/konsumenttjänstlagen innehåller ingen regel ur vilken man kan utläsa syftet, men det framgår klart av förarbetena.¹⁹⁴

5.4 Sammanfattning

Besiktning förfarandet används för att avgöra huruvida en entreprenad är behäftad med fel eller inte. Förfarandets syfte är att undersöka uppfyllandet av kontraktsevenliga fordringar. Det är entreprenörens åtagande som granskas. Ett flertal olika typer av besiktningar förekommer. Av dessa är slutbesiktningen, vars primära syfte är att avgöra om entreprenaden i sin helhet är godkänd eller inte, den viktigaste. Eventuella fel i entreprenaden skall antecknas i ett besiktningssprotokoll. Anteckningarna avseende fel kan utgöra såväl besiktningens som beställarens uppfattning av vad respektive part anser utgör ett fel. Sådan anteckning kan komma att få betydelse i frågan rörande vad som får göras gällande i felhänseende gentemot entreprenören. Ett flertal viktiga rättsverkningar utlöses av besiktning förfarandet. Preskriptionsverkan avseende möjligheten att göra gällande fel är den viktigaste. Normalt sett får endast fel som antecknats i besiktningens utlåtandet och dolda fel göras gällande. Därtill tillkommer en rätt att göra gällande fel inom en viss tidsfrist. Beroende på felets karaktär gäller enligt AB 04 antingen en frist om sex eller arton månader (väsentliga fel), medan konsumenttjänstlagen endast innehåller en regel om den kortare

¹⁹¹ Håstad, *Dröjsmål och fel enligt AB 72, Festskrift till Gotthard Calissendorff*, a.a., s. 89ff och Hedberg, *Kommentarer till AB 04*, a.a., s. 135.

¹⁹² Se 4:19 JB och 20 § KöpL. Se vidare Håstad, *Den nya köprätten*, a.a., s. 89ff. och Grauers, a.a., s. 263ff.

¹⁹³ Hedberg, *Entreprenadkontrakt fallor och fel*, a.a., s. 248 och Liman, a.a., 7 utg. Stockholm 2005, s. 137.

¹⁹⁴ Se prop. 2003/4:45 s. 44.

tidsfristen. Tidsfristen i ABT 94 är ännu kortare. Beställaren har enligt detta avtal endast tre månader på sig. Till skillnad från de båda standardavtalen som används i kommersiella förhållanden är inte slutbesiktning obligatorisk enligt den lagstadgade rätten avseende småhusentreprenader. Slutbesiktningens avskärande/avklippande verkan, dvs. dess syfte att skära av beställarens möjligheter att i efterhand göra gällande fel som var upptäckbara vid besiktningen men som inte antecknats i besiktningsprotokollet, har i.o.m. de nya reglernas utformning starkt luckrats upp. Besiktningens funktion som det huvudsakliga bevismedlet för att fastställa om fel föreligger kvarstår dock i allra högsta grad.

6 Avslutande kommentarer

Betydelsen av BKK: s allmänna bestämmelser vid entreprenadvister är viktig att klarlägga. Utan sådan kunskap går det inte att korrekt bedöma huruvida avtalens bestämmelser kan komma att ligga till grund för ett avgörande i en tvist.

Främsta sättet att införliva AB 04 eller ABT 94 i ett rättsförhållande är genom inkorporering. Det är oklart om något av avtalen skall beaktas i ett kommersiellt förhållande när de inte gjorts till en del av ett ingånget avtal. Även tillvägagångssätt, problemen kring hur ett sådant system av allmänna bestämmelser skulle kunna beaktas, är högst oklart. Klart är dock att de skilda allmänna bestämmelser som ges ut av BKK inte anses kvalificera sig för att utgöra handelsbruk eller sedvänja. Skälet till detta är enkelt. Bestämmelserna kan inte anses ha uppnått den stadga, fasthet och utbredning som krävs för att kunna tillmätas sådan betydelse inom området. Därmed är bestämmelserna inte att jämföras med dispositiv rätt. Part som påstår handelsbruk och därmed har bevisbördan för sitt påstående torde, där åberopat standardavtal inte gjorts till en del av ett ingånget avtal, stå inför en mycket svår uppgift att övertyga rätten. Tanken på att beakta bestämmelserna som en referensram vid tvistelösning torde dock inte vara helt främmande för domstolarna.

Följden av att varken AB 04 eller ABT 94 kan betraktas som dispositiv rätt blir att de endast kan bli till en del av parternas avtalsrättsliga förhållande genom att inkorporeras i avtalsförhållandet. Inkorporering kan ske implicit, explicit eller genom konkludent handlande. Att något av standardavtalen införlivats i partsförhållandet innebär att avtalen alltid skall tas i beaktande. Även om parterna inte avser göra något av standardavtalen till en del av avtalet måste de beakta att allmänna villkor i standardavtal kan tänkas utgöra rättsprinciper som är att anse som dispositiv rätt. Rättsprinciper kan tänkas fylla ut avtalet vid en tvist. Att ha detta i åtanke kan innebära skillnaden mellan att vara väl förberedd inför såväl avtalsingående som tvist. Detta i sin tur kan vara direkt avgörande för att undvika framtida problem och obehagliga överraskningar. De allmänna bestämmelserna torde därmed anses utgöra en referensram för tvister rörande entreprenad. Bestämmelser hämtade ur standardavtal på entreprenadområdet kan i vissa fall tänkas uttrycka direkt tillämpliga rättsprinciper.

Dispositiv entreprenadrätt följer främst av allmänna obligationsrättsliga principer. Kodifieringen och utvecklingen av några av dessa principer finner man i köplagen och konsumenttjänstlagen. Följer en sådan princip av båda dessa lagar kan det tänkas att principen tillämpas på entreprenadvister i fall där en domstol anser det lämpligt. I så fall tar man hänsyn till såväl kommersiella aspekter som aspekter hämtade från entreprenadområdet. Mot en vidare tillämpning av konsumenttjänstlagens regler talar dess konsumentskyddande syfte. Att lagen till stor del är kodifiering av dispositiv

rätt på tjänsteområdet talar för tillämpning utanför det egentliga tillämpningsområdet. Det oklara rättsläge som för tillfället råder medför en viss osäkerhet för de parter som är verksamma inom området.

Skillnaden mellan de behandlade standardavtalen och konsumenttjänstlagen avseende tillämpligheten är enkel att konstatera. Konsumenttjänstlagen utgör tvingande lagstiftning, vars syfte är att skydda en normalt sett svagare part. I och med lagens utvidgning står det klart att lagen avser skydda konsumenter när det rör sig om arbete på fast egendom eller byggnad som klassas som småhusentreprenad. Standardavtalen AB 04 och ABT 94 måste däremot inkorporeras i parternas avtalsrättsliga förhållande för att med säkerhet bli tillämpliga i entreprenadförhållanden. Avtalen avser förenkla olika avtalsrättsliga frågor för främst kommersiella parter inom entreprenadområdet.

För att kunna göra en korrekt felbedömning är det först och främst viktigt att klargöra vilken typ av avtal parterna ingått. Ingår projektering i entreprenörens åtagande medföljer ett funktionsansvar. ABT 94 är framtaget för att reglera just sådana fall. Har parterna istället hänvisat till AB 04 gäller endast ansvar för själva utförandet. Funktionsansvar medför, till följd av att entreprenören även har till uppgift att se till så att entreprenaden uppfyller önskad och föreskriven funktion, naturligt nog ett mer långtgående ansvar än ett rent utförandeansvar.

Kolliderande standardavtal skapar problem. Rättsläget är oklart gällande hur situationen skall lösas. Eftersom det hör till undantagsfallen att tvist uppkommer råder det tveksamhet från min sida huruvida behovet av förutsebarhet är viktigare än lämpliga och rimliga lösningar i de enskilda fallen. Vikten av förutsebara regler kan ifrågasättas i fall där de praktiska problemen är relativt små. Klara regler som ger lämpliga och rimliga lösningar i de enskilda fallen borde vara ett eftersträvansvärt mål. De lösningar som presenterats till dags datum uppfyller dock inte dessa krav.

I entreprenadförhållanden är det parternas ingångna avtal som utgör utgångspunkt vid felbedömningen. I såväl kommersiella förhållanden som konsumentförhållanden gäller att avvikelser från i kontraktet angiven tid och sätt för utförande av entreprenaden utgör fel. I konsumentförhållanden är det dessutom betydelsefullt att entreprenören beaktar påbörjande och framskridande av arbetet. Vid dröjsmål från entreprenörens sida föreligger fel. Därmed sammanfaller dessa båda begrepp.

Skillnaderna i kravet på fackmässigt utförande mellan de olika regleringarna medför skillnader i bestämmelserna om felansvar. Skillnaderna mellan kommersiella förhållanden och när en näringsidkare utför arbete åt en konsument framgår tydligast när man ser på tillvägagångssättet. I kommersiella förhållanden ser man främst till ett resultatbaserat förhållningssätt. Ett godtagbart resultat, med litet fokus på tillvägagångssättet, är av störst vikt. Detta gäller främst totalentreprenader där entreprenören har ett ansvar för objektets användbarhet och egenskaper.

Kontraktuella arbeten är inte enbart styrande. För resultatet nödvändiga arbeten kan, utöver i kontraktshandlingarna angivna arbeten, komma att ingå i entreprenörens åtagande gentemot beställaren.

Det ställs högre krav på vad begreppet fackmässighet skall innehålla när en näringsidkare har en konsument som kund. Kontraktshandlingarna är inte lika styrande i dessa fall. Lyhördhet och flexibilitet gällande beställarens skiftande önskemål är av stor vikt. Konsumentens intressen skall genom samråd tas till vara. Underrättelse om alternativa tillvägagångssätt i utförandet för att uppnå en, för konsumenten, mer tillfredställande lösning kan bli nödvändigt. Detta sammantaget ställer högre krav på entreprenören. Den största anledningen till det lägre kravet på vad fackmässighet skall innehålla i kommersiella förhållanden är den högre graden av avtalsfrihet. Svårigheterna i att klart definiera fackmässighet (annat än att anse begreppet motsvara viss standard som kan presteras av en genomsnittligt kompetent yrkesman) innebär att en konkret innebörd ofta måste bestämmas för det enskilda fallet. Till följd av skiftande omständigheter torde begreppet innebära mer eller mindre uttryckliga krav på viss standard. En standard som beroende på omständigheterna kan tänkas skifta radikalt, något som ställer höga krav på insikt i byggbranschen. Detta gäller båda parter, men även dömande organ. Beställarsidan torde dock drabbas hårdast eftersom oerfarenheten torde vara störst bland beställare. Således spelar den abstrakta bedömning, som blir nödvändig i fall där en kontraktuell bedömning inte är möjlig, i många fall en stor roll. Ett abstrukt förhållande kan tyckas. Utgångspunkten är dock att ett konstaterande av föreliggande av fel är en kontraktuell bedömning.

Avsaknaden av en legaldefinition av fackmässigt utförande försvåras av den ständiga utvecklingen inom området. Innovation och successivt ökad kompetens medför nya lösningar som ställer nya krav på marknadens aktörer. Lägg därtill en ökad grad av specialisering och spetskunskap som möjliggör anlitan av särskilt kompetent arbetskraft inom olika arbetsområden, så är det lätt att förstå att det inte är helt enkelt att klart definiera vad som skall inbegripas i begreppet. Fördelarna med avsaknaden av en legaldefinition ligger främst i möjligheterna att använda begreppet inom en rad olika områden och väldigt varierande situationer. Även möjligheterna att ta hänsyn till den ständigt ökande kunskapen som tillförs byggbranschen är positivt. Att den ökande kompetensen är något som förhoppningsvis medför en allmän standardhöjning inom området måste ses som något positivt. Ett visst mått av skönsmässig bedömning torde därmed medföra att en rad olika omständigheter kan beaktas. Samtidigt kan man inte blunda för att det smyger sig in en viss grad av osäkerhet bland branschens parter. Hur ett tvistslitande organ kan tänkas bedöma en fråga av ifrågavarande art är långtifrån given. Vad en beställare kan förvänta sig och kräva av en kontrakterad entreprenör som denne inte anlitat tidigare är svårt att bedöma. Subjektiva ställningstaganden avseende risktagande och grundlig undersökning av potentiella avtalsparter kan vara av yttersta vikt. Detta ställer krav på beställaren som skulle kunna undvikas genom ett klagande av begreppet fackmässighet. Förutsebarheten skulle på detta sätt ökas.

Genom att dela in entreprenörens ansvar för fel i tre olika perioder med olika typer av ansvar kan man enkelt jämföra de båda standardavtalen AB 04 och ABT 94. Indelningen i olika tidsperioder syftar främst till att ge klarhet i vem som står ansvaret för visst uppkommet fel. Det är således viktigt att fastställa vid vilken tidpunkt felet framträder för att kunna avgöra vem av parterna som bär ansvaret för just det felet. Vissa typer av bristfälligheter kan exempelvis framträda långt senare än de uppkom. Exempel på en sådan bristfällighet är en mindre spricka i en rörledning som kan ge upphov till allvarliga fuktskador i framtiden.

Första perioden sträcker sig fram till slutbesiktningen då normalt sett överlämnande av entreprenaden sker. Tidpunkten för farans överlämnande sammanfaller med godkännandet av entreprenaden. Vid fast pris svarar entreprenören för alla bristfälligheter som uppstår. Arbetet på löpande räkning medför däremot en ansvarsförskjutning till beställaren. Entreprenören ansvarar då bara för eget vållande, vilket innebär att beställaren står en långt större risk i dessa fall.

Under *andra perioden*, kallad garantitiden, svarar entreprenören för fel som inte varit synliga vid besiktningen men framträtt under garantitiden. Garantitidens längd är generösare i AB 04 än ABT 94 för arbetsprestation.

Den avslutande *tredje perioden* efter garantitiden innebär en avsevärd lättnad i entreprenörens ansvar. Han svarar under denna tid endast för väsentliga fel som beror på egen vårdslöshet. Grov vårdslöshet undanröjer alla ansvarsbegränsningar.

Den nya uppdelningen av garantitidens längd i AB 04 mellan fel som beror på entreprenörens arbetsprestation och fel som är att hänföra till material och varor medför svåra gränsdragningsproblem. Hur man i praktiken ska kunna hänföra visst fel till antingen det ena eller det andra torde vara oklart. Uppkommet fel vid olika typer av gjutning förefaller svårplacerat. Samma känsla infinner sig avseende olika typer av målnings/sprayningsarbeten. Huruvida felet beror på för arbetet nödvändig vara eller på anlita arbetskrafts utförda prestation kan vara svårt att avgöra. En presumptionsregel synes lämplig för de fall som är svårbedömda. Lämpligt att nämna i sammanhanget är att den nya regeln om garantitidens längd är en täckbestämmelse. Det går inte att låta bli att undra huruvida detta kommer att innebära en allmän önskan om fem års generell garantitid från beställarhall. Valet av typ av bestämmelse från BKK: s sida kan visa sig mycket betydelsefullt. En eventuell påverkan för uppnående av detta resultat från ena parten i förhandlingarna har i sådana fall varit lyckosam. Intentionen från beställarhall vid förhandlingarna som förelåg inför tillkomsten av det nya huvudstandardavtalet var ju trots allt att uppnå bättre villkor avseende garantitiden.

En jämförelse mellan rådande felansvar i konsumentförhållanden och kommersiella förhållanden är intressant. Standardavtalen AB 04 och ABT 94 innehåller främst två stora skillnader. Dessa är funktionsansvar vid totalentreprenad och en längre garantitid för arbetsprestation vid endast utförandeansvar. Konsumentreglerna innehåller en ännu mer betydande skillnad i förhållande till dessa, nämligen att entreprenörens felansvar preskriberas först tio år efter det att uppdraget avslutades. Denna skillnad i förhållande till entreprenörers begränsade ansvar i kommersiella förhållanden är enorm. Det uppställs inga krav på typ av fel eller särskilt handlande. Ett krav på reklamation finns dock. Förarbetena antyder att en ”ytlig granskning” kan krävas vid bestämmande av reklamationsfrist. Att inte göra slutbesiktning till ett obligatorium synes genomtänkt eftersom en ytlig granskning i sådana fall framstår som onödig.

Fel i kommersiella förhållanden torde i de flesta fall utgöra fel i konsumentförhållanden. Omvänt resonemang är svårare att belägga. Anledningen till att så är fallet härleds ur faktumet att enskilda avtal i kommersiella förhållanden kan se annorlunda ut. Avtalsfriheten rörande felreglerna i kommersiella förhållanden möjliggör en annan utformning av felreglerna. Exempelvis kan kravet på fackmässighet avtalas bort. Felreglerna i konsumentförhållanden ser däremot, till följd av att konsumenttjänstlagen är tvingande, likadana ut i alla individuella avtal.

Besiktningens förfarandets viktigaste rättsverkan är dess preskriptionsverkan av möjligheten att göra gällande fel. En stor skillnad föreligger mellan de olika regleringarna avseende möjligheten att göra gällande fel inom en viss tidsfrist. AB 04 medger en längre tidsfrist om 18 månader för väsentliga fel som inte återfinns i någon annan reglering. En kortare tid om 6 månader gäller för normala fel enligt AB 04. Sex månader gäller även för KtjL som dock inte har någon uppdelning i olika typer av fel. Sämst ställt är det i ABT 94, vars tidsfrist oavsett fel endast sträcker sig 3 månader framåt från godkännandet av entreprenaden. Tidsgränserna som gäller utöver i besiktningens utlåtandet nedtecknade fel och dolda fel är av stor betydelse för beställare eftersom de inverkar på möjligheterna att göra gällande fel. Den största och viktigaste skillnaden mellan AB 04 och ABT 94 i förhållande till KtjL är dock att entreprenörens ansvar för fel är mycket mer begränsat i standardavtalen. Den tioåriga preskriptionstiden för entreprenörens felansvar har ingen motsvarighet i kommersiella förhållanden. De nya reglerna innebär att slutbesiktningens tidigare starkt avskrämande verkan numera är kraftigt uppluckrad. Besiktningens huvudsakliga funktion är numera att fungera som ett starkt bevismedel.

Det måste avslutningsvis anföras att det är beklagligt att BKK:s samarbete med Svensk Byggtjänst vid utgivandet av skiljedomar på entreprenadområdet tycks ha avstannat eller rentav upphört. Det knappa utbudet av offentliga domar som rör entreprenadvister, som till stor del har sin grund i att merparten av alla entreprenadvister hänskjuts till skiljedomstolar, behöver förbättras. En fastlagd praxis inom entreprenadområdet borde eftersträvas för att skapa större säkerhet för

branschens parter. Oklarheter kring t.ex. olika typer av fel skulle då kunna skingras. Incitament som tidsbesparing, men framförallt ekonomiska besparingar torde vara drivande. Införandet av en ny bestämmelse i 10 kap AB 04 innebär troligen att fler tvister kommer att avgöras av allmän domstol. Ett första staplande steg i rätt riktning har tagits. Synd bara att det inte var ett kliv som var mer bestämt. Valet att göra bestämmelsen i 10:1 till en täckbestämmelse kommer med all sannolikhet att leda till att färre domar på entreprenadområdet kommer avkunnas. En fast bestämmelse vore att föredra för att bringa klarhet i så många frågor som möjligt på entreprenadområdet.

Käll- och litteraturförteckning

Offentligt tryck

Prop. 1984/85:110	Om konsumenttjänstlag
Prop. 1988/89:76	Om ny köplag
Prop. 1989/90:77	Om konsumentskyddet vid förvärv av småhus m.m.
Prop. 2003/04:45	Stärkt konsumentskydd vid småhusbyggande
SOU 1979:36	Konsumenttjänstlagen
SOU 1986:38	Förvärv av nya småhus
SOU 1995:11	Nya konsumentregler

Doktrin

Adlercreutz Axel	<i>Avtalsrätt II</i> , 5 uppl., Lund 2001.
Agell Anders	<i>Familjerätt, skadeståndsrätt och annan förmögenhetsrätt: valda skrifter</i> , Uppsala 1993.
Bengtsson Bertil	<i>Särskilda avtalstyper I</i> , 2 uppl., Stockholm 1976.
Bernitz Ulf	<i>Standardavtalsrätt</i> , 6 uppl., Stockholm 2006.
Brown & Mariott	<i>ADR principles and practice</i> , London 1993.
Byggandets kontraktskommitté	<i>Entreprenadbesiktning</i> , 2 utg., Stockholm 1997.
Cervin Ulf	<i>Fastighetsköpet</i> , 6 uppl., Malmö 1994.
Dahlman Christian, Glader Marcus och Reidhav David	<i>Rättsekonomi- En introduktion</i> , Lund 2002.
Ekelöf Per-Olof	<i>Rättegång 4 häftet</i> , Stockholm 1992.
Gorton Lars	<i>Rembursrätt</i> , Stockholm 1980.

- Grauers Folke *Fastighetsköp*, 17 uppl., Lund 2006.
- Hedberg Stig *Entreprenadkontrakt fällor och fel*, Stockholm 1996.
- Hedberg Stig *Kommentarer till AB 92*.
- Hedberg Stig *Kommentarer till AB 04*, Solna 2005.
- Hellner Jan *Kommersiell avtalsrätt: kompendium*, 4 uppl., Stockholm 1993.
- Hellner Jan och Ramberg Jan *Speciell avtalsrätt I Köprätt*, 2 uppl., Stockholm 2001.
- Hellner Jan och Johansson Svante *Skadeståndsrätt*, 6 uppl., Stockholm 2002.
- Hellner Jan *Speciell avtalsrätt II Kontraktetsrätt 1 häftet. Särskilda avtal*, 3 uppl., Stockholm 2003.
- Hellner Jan, Hager Richard och Persson Annina H *Speciell avtalsrätt II Kontraktetsrätt 1 häftet. Särskilda avtal*, 4 utg., Stockholm 2005.
- Håstad Torgny *Dröjsmål och fel enligt AB 72, Festskrift till Gotthard Calissendorff*, Stockholm 1990.
- Håstad Torgny *Den nya köprätten*, 5 uppl., Uppsala 2003.
- Höök Rolf *Entreprenadjuridik*, 4 utg., Stockholm 2005.
- Johansson Sture *Entreprenadrätt och praktik*, Stockholm 2005.
- Karlgren Hjalmar *Culpa och samtycke inom skadeståndsrätten*, Lund 1969.
- Kovach Kimberlee K *Mediation in a nutshell*, Minnesota 2003.
- Krantz Elsa och Lantz Magnus *Uppdrag och ansvar vid besiktning och kontroll av småhus*, 2 utg., Stockholm 1996.
- Lehrberg Bert *Avtalstolkning*, 3 uppl., Uppsala 2003.
- Liman Lars-Otto *Entreprenad- och konsulträtt*, 5 utg., Stockholm 1997.
- Liman Lars-Otto *ABC om AB 04*, Solna 2004.

- Liman Lars-Otto *Entreprenad- och konsulträtt, 7 utg., Stockholm 2005.*
- Lindahl Alf G,
Malmberg Östen och
Norén Alf-Erik *Entreprenad AB 92, Stockholm 1994.*
- Lindell Bengt *Alternativ tvistlösning: särskilt medling och skiljeförfarande, Uppsala 2000.*
- Lindsö Åke *Juridik för byggbranschen, Stockholm 1974.*
- Lindsö Åke *Juridik för byggbranschen, Solna 1996.*
- Norman Jan *Medling och andra typer av alternativ konfliktlösning: introduktion och handbok, Uppsala 1999.*
- Ramberg Jan *Inledning till köprätten, 1 uppl., Stockholm 1993.*
- Ramberg Jan och
Hultmark Christina *Allmän avtalsrätt, 5 uppl., Stockholm 1999.*
- Ramberg Jan och
Herre Johnny *Allmän köprätt. Det köprättsliga regelsystemet och marknadspraxis, 3 uppl., Stockholm 2005.*
- Svenska
teknologföreningen *Motiv AB 65, Stockholm 1969.*
- Svenska
teknologföreningen *Motiv AB 72, 2 utg., Stockholm 1985.*
- Svensk byggtjänst *Samordnad generalentreprenad: upphandlingsmodell och ansvarsfrågor, 2 uppl., Stockholm 1999.*
- Söderberg Jan *Att upphandla byggprojekt, 5 uppl., Lund 2005.*
- Thunell Sten *Så gick det: domar och beslut i entreprenadvister, BKK Stockholm 1995.*

Periodica

- Agell Anders *Culpa och samtycke inom skadeståndsrätten, SvJT 1966, s. 402-412.*

- Bernitz Ulf *Utvecklingen mot en standardavtalsrätt, SvJT* 1972, s. 401-455.
- Nerep Erik *Festskrift till Sveriges Advokatsamfund, Stockholm* 1987, s. 389 – 445.
- Sjölin Claes *Praktisk tvistlösning i väster, Advokaten* 4, 2000, s. 22-23.
- Westberg Peter *Överraskande rättsbildning på grundval av handelsbruk eller allmänt tillämpade standardvillkor, JT* 2000/01, s. 348 – 379.

Internet

DN.EKONOMI Nätupplagan fredag 24 februari, 2006 ”Byggbranschen slösar bort miljarder”,
<http://www.dn.se/DNet/jsp/polopoly.jsp?d=678&rss=1401&a=523986>
(senast kontrollerad 2006-09-05)

Byggandets Kontraktskommitté, *Entreprenadkontrakt (AB 04) löpande räkning*,
http://www.foreningenbkk.org/documents/kontrakt/formular_2_04.doc
(senast kontrollerad 2006-09-05)

Sveriges byggindustrier, *De 50 största byggföretagen*,
http://www.bygg.org/Files/Marknad/pdf/50_storsta_byggforetagen_i_sverige_2003-2004.pdf
(senast kontrollerad 2006-09-05)

Övriga källor

AB 04 Allmänna bestämmelser för byggnads-, anläggnings- och installationsentreprenader, Byggandets Kontraktskommitté.

ABS 05 Allmänna bestämmelser för småhusentreprenader, Byggandets Kontraktskommitté.

ABT 94 Allmänna bestämmelser för totalentreprenader avseende byggnads-, anläggnings- och installationsarbeten, Byggandets Kontraktskommitté.

Rättsfallsförteckning

Nytt juridiskt arkiv I

NJA 1916 s. 583

NJA 1936 s. 521

NJA 1949 s. 609

NJA 1951 s. 1

NJA 1964 s. 152

NJA 1969 s. 285

NJA 1970 s. 72

NJA 1970 s. 478

NJA 1971 s. 36

NJA 1975 s. 280

NJA 1975 s. 545

NJA 1978 s. 432

NJA 1979 s. 401

NJA 1980 s. 46

NJA 1980 s. 398

NJA 1981 s. 711

NJA 1983 s. 808

NJA 1983 s. 865

NJA 1987 s. 12

NJA 1987 s. 243

NJA 1989 s. 215

NJA 1989 s. 269

NJA 1990 s. 24

NJA 1992 s. 130

NJA 1992 s. 403

NJA 1998 s. 448

NJA 1999 s. 629

NJA 2001 s. 177

NJA 2002 s. 630

Nytt juridiskt arkiv II

NJA 1985 s. 397 II

Rättsfall från hovrätterna

RH 2001:71

Rättsfall från marknadsdomstolen

MD 1979:17