

DELAD KONTRAKTUELL OLYCKA SOM KATALYSATOR FÖR SAMARBETE

NÅGOT OM HUR COVID-19 KOM ATT HANTERAS I PRAKTIKEN I SVENSKA BYGG- OCH ANLÄGGNINGSENTREPRENADER OCH INDUSTRIELLA PROJEKT AV ENTREPRENADKARAKTÄR

1. Inledning

Den 11 mars 2020 klassificerade Världshälsoorganisationen (WHO) sjukdomen covid-19 som en pandemi. Klassifikationen *pandemi* används när en infektionssjukdom sprider sig snabbt bland människor över mycket stora geografiska områden.

Den svenska byggindustrin är idag starkt internationaliserad. Investeringar i t.ex. infrastruktur, sjukvård och bostäder är beroende av leveranser och arbetskraft från utlandet. Som ett illustrativt exempel på detta kontrakterades ett av de stora svenska byggbolagen för att uppföra ett nytt reservkraftverk till ett sjukhus någonstans i Sverige. Komponenterna till kraftverket levererades från Kina och monterades i Italien; motsvarande anläggning gick inte (i vart fall inte där och då eller till ett vettigt pris) att beställa i Sverige. Det illustrerar hur samhällsviktiga projekt går hand i hand med en allt mer globaliserad värld. Internationaliseringen av branschen gör den känslig för de praktiska och ekonomiska effekterna av den pågående pandemin.

Trots omvärldens tveklösa inflytande över svensk byggindustri har de svenska nationella standardavtalen en fortsatt mycket stark eller rentav helt dominerande ställning. Det kommersiella byggandet i Sverige regleras uteslutande av AB 04 och ABT 06. I industrin är det vanligt att ABA 99, NL 17 och NLM 19 används vid inköp och montering av bl.a. komplexa maskiner och tillverkningslinjer.

I större svenska byggprojekt kan det också skönjas en trend som pekar mot ett ökat antal konflikter om hinder, störningar och ändrade förutsättningar. Det skulle kunna vara en indikation på en upptrappad konfliktnivå i en redan tvistebenägen bransch. Det har därför funnits en oro för vad pandemin kan komma att få för effekter i pågående och framtida avtalsförhållanden.

Åter till reservkraftverket till sjukhuset, det med leveranser från Kina och Italien. Som temat för denna artikel måhända antyder, satte covid-19 projektet i tillfällig gungning. Det var inget unikt våren 2020. Vi vågar påstå att så gott som alla landets entreprenadjurister (och säkert många andra) under några intensiva vårveckor fördjupade sig i standardavtalens reglering av force majeure. Stängda gränser i Europa, arbetskraft som inte kunde ta sig till Sverige (eller som inte kunde resa hem) och försenade leveranser – vem skulle bära risken för försening och extra kostnader? Många byggbolag skickade underrättelser om hinder i samtliga sina entreprenader av ren självbevarelse-drift och oro för vad som väntade. Det var en osäkerhetens tid.

Men vad hände sedan? Nio månader igenom corona-krisen verkar för oss som en lämplig tidpunkt för att stanna upp och reflektera över hur bygg- och anläggningsbranschens aktörer hittills har hanterat krisen i sina avtalsförhållanden. Vi inleder med en översiktlig genomgång av den brokiga skara regler i bygg- och anläggningsbranschens standardavtal som kan tänkas bli tillämpliga i den uppkomna situationen med covid-19. Det är i vissa fall tal om svågreppade bestämmelser som enligt vår erfarenhet sällan används i praktiken. Vi kommer här att översiktligt, och utan att göra anspråk på att vara fullständiga och uttömmande, behandla standardavtalen AB 04¹, ABA 99, NL 17 och NLM 19. Väl medvetna om att det kan vara vanskligt att dra paralleller mellan köplagen och standardavtalsvillkor – för att inte tala om att fastställa innehållet i den dispositiva rätt som gäller för entreprenadavtal – kommer vi i det följande också att göra en och annan utblick mot köplagens reglering av force majeure. Som avslutning bjuder vi på några reflektioner kring hur standardavtalens reglering tycks ha påverkat antalet konflikter i branschen om effekterna av covid-19, och ger exempel på hur branschens aktörer har valt kreativa lösningar framför konflikt.

¹ Regleringen i ABT 06 motsvarar i här relevanta hänseenden AB 04 och behandlas därför inte särskilt annat än när så nämns uttryckligen.

2. Force majeure enligt byggbranschens standardavtal – en brokig samling regler

2.1 AB 04

2.1.1 Tidsförlängning enligt AB 04 kap. 4 § 3

I AB 04 regleras entreprenörens rätt till förlängning av kontraktstiden på grund av hinder i kap. 4 § 3 p. 1–5. Enligt denna bestämmelse har entreprenören rätt till erforderlig förlängning av slut- och deltider i entreprenaden om entreprenören hindras att färdigställa kontraktsarbetena inom kontraktstiden på grund av något av följande förhållanden:

- ”1. Omständighet som beror på beställaren eller något förhållande på hans sida;
2. Myndighetsbeslut som medför allmän brist på hjälpmedel, material eller vara eller begränsning av arbetskraft;
3. Krig, försvarsberedskap, epidemi, strejk, blockad eller lockout, dock inte strejk eller blockad till följd av att entreprenören eller någon av hans underentreprenörer inte fullgjort sina skyldigheter gentemot anställd;
4. Väderleks- eller vattenståndsförhållande som är osedvanliga för byggnadsorten och inverkar särskilt ogynnsamt på arbetena; eller
5. Annat av entreprenören ej vållat förhållande, som entreprenören inte bort räkna med och vars menliga verkan han inte rimligen kunnat undanröja.”

Generellt kan konstateras att det finns relativt goda möjligheter för entreprenörer att få rätt till *tidsförlängning* med anledning av covid-19. Av ovanstående punkter är det sannolikt att covid-19 kan aktualisera hinder som omfattas av i första hand AB 04 kap. 4 § 3 p. 3 och 5. Även AB 04 kap. 4 § 3 p. 1 kan bli aktuell i vissa fall.

Rättsföljden enligt AB 04 kap. 4 § 3 (dvs. tidsförlängning) innebär att tiden för entreprenörens fullgörande av prestationen förskjuts. Entreprenören befrias därmed från skyldigheten att utge förseningsvite eller skadestånd vid överskridande av den ursprungligt avtalade sluttiden. Här kan en parallell göras till kontrollansvaret i 27 § köplagen. Rättsföljden enligt 27 § köplagen är att

säljaren befrias från skadeståndsansvar vid dröjsmål.² Trots yttre skillnader har regleringarna i köplagen och AB 04 alltså en snarlik funktion.

Något ska också sägas om tidsförlängning enligt AB 04 kap. 4 § 3 p. 1. I denna bestämmelse regleras s.k. "beställarhinder" – alltså hinder som beror på beställaren eller förhållanden på dennes sida. Det är endast hinder enligt p. 1 som kan ge entreprenören rätt till ekonomisk ersättning. Bestämmelsen är således av stor praktisk betydelse för entreprenören när hinder föreligger.

Covid-19 utgör naturligtvis inte en omständighet som "beror på" beställaren i den mening som avses i p. 1. Samma sak gäller för många effekter av covid-19, t.ex. myndighetsbeslut som leder till stängda gränser och svårigheter att hitta arbetskraft. Däremot kan effekter av covid-19 tänkas utgöra ett "förhållande på [beställarens] sida". Som exempel kan nämnas att beställaren på grund av sjukdom hos personal eller anlitade konsulter inte i rätt tid kan tillhandahålla entreprenören projektering, material eller varor som beställaren åtagit sig att göra. Entreprenören kan då ha rätt till viss kostnadsersättning. Mer om detta nedan.

2.1.2 Likadelning av kostnader enligt AB 04 kap. 5 § 4

Vid ett eventuellt beställarhinder enligt AB 04 kap. 4 § 3 p. 1 har entreprenören enligt AB 04 kap. 5 § 4 rätt till ersättning för den kostnad som hindret orsakar. Bestämmelsens andra mening innehåller en regel som i praktiken sällan används, men som potentiellt kan få stor betydelse i den rådande situationen:

"Om beställaren kan visa att han skäligen inte kunnat räkna med hindret och inte heller skäligen kunnat undvika eller övervinna följderna av det, skall kostnaderna delas lika mellan beställaren och entreprenören."

Bestämmelsen, som alltså föreskriver en begränsning av entreprenörens rätt till skadestånd vid hinder som beror på beställaren eller något förhållande på beställarens sida, framstår som inspirerad av kontrollansvaret enligt 27 § köplagen.³

Regleringen i AB 04 kap. 4 § 3 och kap. 5 § 4 innebär sammantaget att även

² Säljaren motsvarar entreprenören i ett entreprenadavtal, medan köparen motsvarar beställaren.

³ Bestämmelsen i AB 04 kap. 5 § 4 men. 2 kan möjligen analogvis liknas vid bestämmelsen om köparens skadeståndsansvar vid bristande medverkan enligt 57 § st. 2 köplagen, vilken i sin tur hänvisar till 27 § köplagen (med den uppenbara skillnad att bestämmelsen i AB 04 kap. 5 § 4 men. 2 saknar kontrollrekvisit). Jfr Ingvarson och Utterström, Tolkning av entreprenadavtal – det köprättsliga kontrollansvaret möter hindrersbestämmelserna i AB 04, SvJT 2015, s. 21–22.

om entreprenörer har goda möjligheter att erhålla tidsförlängning enligt AB 04 med anledning av covid-19, så är möjligheten att få ersättning för eventuella förseningskostnader begränsade. Den möjlighet som står till buds (och enbart om beställarhinder föreligger) är att entreprenören kan tillerkännas halv ersättning. I övrigt bär entreprenören risken för sina egna kostnadsökningar vid försening p.g.a. covid-19. I en entreprenad är många kostnader tidsberoende och ökar linjärt med en förlängd utförandetid. Som exempel kan nämnas kostnader för bodar och etablering, maskinhyra och lönekostnader. Kostnaderna vid en eventuell försening kan därför bli omfattande.

2.1.3 Forcering enligt AB 04 kap. 4 § 6

I ett läge där entreprenören har rätt till tidsförlängning p.g.a. covid-19 enligt AB 04 kap. 4 § 3 kan beställaren välja mellan att acceptera förseningen och att betala för en forcering av arbetena. Det framgår av AB 04 kap. 4 § 6 st. 1.

”För att undvika eller minska en förlängning av kontraktstiden är entreprenören skyldig att vidta åtgärd (forcering) på beställarens bekostnad, som entreprenören kan utföra utan att väsentlig olägenhet åsamkas honom. Sådan forcering skall beställas skriftligen innan åtgärden påbörjas.”

Eftersom entreprenören har goda möjligheter att få tidsförlängning p.g.a. covid-19 är detta ett val som många beställare har ställts inför under pandemin. Vår erfarenhet är att det ofta är entreprenören som tar initiativ till forcering. Det beror gissningsvis på att en forcering som beställaren bekostar kan framstå som en attraktiv lösning för entreprenören jämfört med det alternativ som står till buds; nämligen att entreprenören tillerkänns förlängning av kontraktstiden men själv får stå för hela eller delar av de förseningskostnader som förseningen medför. Entreprenören kan därför ha ett gott incitament att ”sälja in” forcering som en bra lösning för båda parter – entreprenören får extra ersättning och slipper stå för hela eller delar av de tidsrelaterade kostnaderna under den förestående förseningen, och beställaren får entreprenaden avlämnad i avtalad tid (men till ett högre pris). Som vi återkommer till i avsnitt 3 nedan är det möjligt att detta verkar tvisteförebyggande.

I AB 04 kap. 4 § 6 st. 2 regleras också s.k. ”oenighetsforcering”. Enligt denna bestämmelse har entreprenören rätt till ersättning för en forcering som entreprenören tvingas till genom att beställaren felaktigt inte medger tidsförlängning. Det kan noteras att entreprenören därigenom kan få rätt till

ersättning för sina kostnader för att forcera arbetena, även om entreprenören *inte* hade haft rätt till ersättning för eventuella förseningskostnader (därför att den tidsförlängningsgrund som hade varit aktuell inte rör s.k. "beställarhinder" som kan ge kostnadsersättning).

2.1.4 Prisändring enligt AB 04 kap. 6 § 3

Den bestämmelse som primärt får sägas reglera de ekonomiska effekterna av force majeure (vid sidan av förseningskostnader) är AB 04 kap. 6 § 3.⁴ Bestämmelsen har följande lydelse:

"Avtalat pris ska ändras med hänsyn till dels kostnadsändring på grund av myndighets åtgärd, dels kostnadsändring som är förorsakad av krig eller annat krisförhållande med liknande effekt och som avser förnödenhet eller tjänst som är nödvändig för entreprenaden, dels kostnadsändring som beror på onormala prisförändringar avseende material som ingår i entreprenaden. Ändring av det avtalade priset ska dock ske endast om kostnadsändringen varit oförutsebar och väsentligt påverkar hela kostnaden för entreprenaden."

Bestämmelsen är svårtillämpad. Vad är exempelvis en "myndighets åtgärd"? Potentiellt borde en stor mängd åtgärder kunna omfattas av begreppet – såväl svenska myndigheters föreskrifter och allmänna råd för undvikande av smittspridning, som utländska myndigheters beslut om "lockdowns" och stängda gränser. Enligt en snävare tolkning skulle "myndighets åtgärd" snarare kunna ta sikte på myndighetsutövning, vilket i så fall exkluderar icke-bindande råd och rekommendationer.

Det kan också konstateras att även om en situation är för handen som kan betinga prisändring enligt AB 04 kap. 6 § 3, gäller det enbart om kostnadsändringen väsentligt påverkar hela kostnaden för entreprenaden. Entreprenören står således risken för alla kostnadsökningar upp till denna gräns.

Det är ingen enkel uppgift att fastställa vilken dispositiv rätt som finns att falla tillbaka på vid tolkning av AB 04 kap. 6 § 3. Till skillnad från köplagens regler om force majeure är rättsföljden i AB 04 kap. 6 § 3 ändring av det avtalade priset. Möjligen kan därför tyckas att bestämmelsen uppvisar likheter med s.k. *hardship*-klausuler som bland annat finns i internationella princip-

⁴ Jfr Samuelsson, Per (2020), *AB 04 – En kommentar*, 2020, s. 376.

samlingar som UPICC⁵, PECL⁶ och DCFR⁷. Vilken status dessa princip-samlingar har i svensk rätt är inte givet,⁸ men i brist på övrig ledning kan de kanske vara intressanta att jämföra med för den som vill fördjupa sig i ämnet.

Vi nöjer oss här med att konstatera att AB 04 kap. 6 § 3 är tydlig, och att tolkningen av bestämmelsens olika moment får stor betydelse för vilka anspråk som kan framställas med stöd av bestämmelsen. Det är möjligt att bestämmelsens tydlighet har haft en viss avskräckande effekt i det praktiska rättslivet. Vi har hittills endast sett något enstaka exempel på att entreprenörer har framställt kostnadsanspråk med stöd av AB 04 kap. 6 § 3 till följd av covid-19.

2.1.5 Kostnadsreglering enligt AB 04 kap. 1 § 13 st. 3

I AB 04 kap. 1 § 13 st. 3⁹ finns en bestämmelse som kan antas kunna föranleda kostnadsreglering i den rådande situationen, även om den inte reglerar force majeure:

”Författningar, som träder i kraft efter anbudets avgivande och som medför ändringar i kontraksarbetenas omfattning eller i sättet för deras utförande, skall föranleda reglering av kontraktssumman enligt kapitel 6 §§ 1–7 och 11. Kostnadsreglering beträffande sättet för arbetenas utförande skall dock inte göras i de fall författningen beslutats före avgivande av anbudet och entreprenören vid den tidpunkten kände till eller borde ha känt till den nya författningen.”

Enligt bestämmelsen kan kostnadsreglering ske om författning ändrar entreprenörens åtagande. I Sverige har dock författningsändringar inte stått i fokus under pandemin. Istället har Folkhälsomyndigheten meddelat flera icke-bindande allmänna råd. En central fråga i den uppkomna situationen är därför om rätt till kostnadsreglering kan föreligga enligt bestämmelsen om åtagandet skulle ändras för att entreprenören följer myndigheters allmänna råd.¹⁰

⁵ Unidroit Principles of International Commercial Contracts.

⁶ Principles of European Contract Law.

⁷ Draft Common Frame of Reference.

⁸ Jfr Bernitz, Ulf, *Standardavtalsrätt*, 2018, s. 51 och Herre, Johnny, *Köplagen*, 2019, kapitel 1.7 samt NJA 2009 s. 672 och NJA 2017 s. 113.

⁹ I ABT 06 återfinns motsvarande bestämmelse, med något annorlunda lydelse, i kap. 1 § 12 st. 3.

¹⁰ Det kan noteras att det anges i kommentarstexten till ABT 06 att entreprenören är skyldig att ”beakta allmänna råd utfärdade av stat eller kommun”. Någon motsvarande kommentarstext finns inte avseende AB 04. Denna skillnad mellan regelverken kan sägas ge uttryck för det mer omfattande ansvar som entreprenören har vid totalentreprenader enligt ABT 06 jämfört med vid utförandentreprenader enligt AB 04. Det är oklart om bestämmelsen innebär en avtalsrättslig skyldighet för entreprenören att beakta allmänna råd i en entreprenad som regleras av ABT 06.

Ordalydelsen i bestämmelsen tycks ge vid handen att så inte är fallet. Allmänna råd, som anger hur någon kan agera för att uppfylla krav i föreskrifter, får anses vara något annat än författning.¹¹ Det kan tyckas att det vore rimligt att bestämmelsen tolkas så att entreprenören ändå har rätt till ersättning om ett allmänt råd i princip är det enda sättet att uppfylla en bindande författning. Å andra sidan torde sättet att agera då ofta kunna härledas direkt till författningen, vilket i så fall innebär att rätten till ersättning kan anses följa direkt av bestämmelsens ordalydelse.

2.2 ABA 99

I ABA 99 punkt 24.1 anges en icke uttömmande lista över befrielsegrunder om avtalets fullgörande hindras eller blir oskäligt betungande. Pandemier och epidemier bör enligt vår uppfattning omfattas av bestämmelsens tillämpningsområde genom den breda skrivningen "*varje annan omständighet, som part inte kan råda över*".

Effekten av force majeure enligt ABA 99 är att den berörda parten befrias från de avtalsförpliktelser som påverkas av force majeure-tillståndet under tiden som tillståndet pågår. Det finns inga särskilda bestämmelser om tidsförlängning eller kostnadsersättning med anledning av force majeure. Jämfört med exempelvis 27 § köplagen framstår regleringen i ABA 99 som klart bredare eftersom regleringen föreskriver ansvarsbefrielse för alla typer av kontraktuella förpliktelser, inte bara för skadestånd vid dröjsmål.

2.3 NL 17 och NLM 19

Regleringen av force majeure i NL 17 och NLM 19 påminner om den i ABA 99. Enligt NL 17 p. 45 och NLM 19 p. 75 utgör "*arbetskonflikt och varje annan omständigheter som parterna inte kan råda över*" befrielsegrunder om avtalets fullgörande därigenom hindras eller blir oskäligt betungande. Om en befrielsegrund föreligger kan leverantören t.ex. befrias från att leverera vid avtalad leveranstid enligt NL 17 p. 15 och NLM 19 p. 48. Rättsföljden av force majeure enligt NL och NLM vid försening är alltså, liksom i AB 04 kap. 4 § 3, att tidpunkten för den drabbade partens prestation senareläggs. Liksom i ABA 99 träffar dock regleringen samtliga avtalsförpliktelser som kan påverkas av force majeure-tillståndet. Därutöver kan noteras att befrielsegrund enligt

¹¹ Jfr t.ex. Ds 1998:43, s. 25 f.

NL/NLM inte förutsätter ett absolut hinder för att fullgöra en prestation – det räcker att det blir oskäligt betungande att fullgöra en prestation.

3. Reflektioner

3.1 Något om avtalsregleringen

I allmänhet kan sägas att riskfördelningen i byggbranschens standardavtal lägger risken för *försening* vid en pandemi hos beställaren. Om covid-19 påverkar entreprenörens eller leverantörens möjlighet att presteras i tid kan denne räkna med att prestationsskyldigheten tillfälligt skjuts upp.

Vad gäller risken för *fördyringar och extra kostnader* är bilden mer splittrad. AB 04 erbjuder entreprenören viss möjlighet att få ersättning för kostnader på grund av covid-19. Det råder dock ingen tvekan om att möjligheterna är begränsade. I praktiken bär entreprenörerna en anseelig del av kostnadsrisken, dock med vissa möjligheter till ersättning. Enligt köplagen, som föreskriver tillfällig ansvarsbefrielse som rättsföljd vid force majeure, är ventilerna färre. Säljaren tvingas prestera vid ett senare tillfälle, men utan rätt till kostnadsersättning under force majeure-perioden.

I ABA 99, NL 17 och NML 19 finns som utgångspunkt ingen möjlighet till kostnadsersättning vid force majeure.

Det har nog för många framstått som uppenbart att force majeure-bestämmelserna i standardavtalen inte har ägnats någon större omsorg vid utformning av standardvillkoren – kanske helt enkelt eftersom vi i Sverige sällan stöter på force majeure i praktiken. I andra delar av världen – särskilt där det t.ex. pågår väpnade konflikter eller där det annars är instabilt – är force majeure-bestämmelser ofta av helt annan betydelse och blir inte sällan föremål för förhandling m.m.

Det är givetvis tänkbart att det kan drabba enskilda entreprenörer hårt att bära den huvudsakliga kostnadsrisken i den nuvarande situationen. Om det uppstår en kraftig obalans mellan parternas prestationer kan det inte uteslutas att standardavtalens villkor kan jämkas med stöd 36 § avtalslagen. Föremålet för denna festskrift kan erbjuda upplysande läsning om bland annat ekvivalensprincipen och den s.k. "offergränsen" vid jämkning av kommersiella avtal.¹²

acv

¹² Dorevall, Rolf, Ekvivalensprincipen och jämkning av långvariga avtal, SvJT 2002, s. 441–457.

3.2 Några praktiska exempel

Vad har det då inneburit att beställarna (köparna) ytterst bär den tidsmässiga risken för försening, medan entreprenörerna (leverantörerna/säljarna) typiskt sett bär risken för merkostnader p.g.a. försening och har begränsad rätt till prisjustering i övrigt?

Det ska först framhållas att den kanske slitna devisen att "tid är pengar" gäller inte minst för beställarledet i entreprenadprojekt: köpcentret ska invigas en viss dag lagom till julhandeln, den nya skolan ska ta emot 400 nya elever till skolstarten i augusti, motorvägstunneln måste färdigställas en viss dag för att inte försena ett större infrastrukturprojekt med omfattande följdkostnader som följd. *Time is of essence*. På samma sätt gäller i högsta grad *Cost is of essence* för leverantörsledet. Marginalerna i bygg- och anläggningsprojekten är små – ibland rentav nära noll. Det saknas ofta reserver för att täcka oförutsedda kostnader som en försening (som inte ger rätt till ersättning) medför. Här uppstår ett ömsesidigt beroende som kan ge förutsättningar för konstruktiva lösningar: beställaren vill undvika försening (och därmed undvika kostnader eller intäktsbortfall), och entreprenören vill minska eller helst eliminera eventuella merkostnader som följer av att tidsrelaterade kostnader sträcks ut i tiden.

Detta skiljer sig från många typiska tvistesituationer i entreprenader när det snarare (grovt förenklat) är fråga om att entreprenören kräver ersättning för ett tillägg eller en förändring som beställaren redan anser sig ha betalat för eller annars anser är entreprenörens ansvar. I en dylik situation finns inte en ömsesidighet. Entreprenörens incitament för att hålla eventuella merkostnader nere kan dessutom vara begränsat; tillägg och förändringar ersätts ofta på löpande räkning enligt självkostnadsprincipen i AB 04 kap. 6 §§ 9–10, vilket gör att arvode för bl.a. vinst utgår som procentpåslag på varje krona som entreprenören arbetar upp. Högre omsättning ger därmed högre vinst.

De i vår situation mer ömsesidiga intressena och behoven ger utrymme för ett givande och tagande som nog ofta slutar i lösningar som i någon mån blir neutrala i förhållande till parterna, och till projektets bästa. Den delade olyckan (beställarens tidsmässiga olycka och entreprenörens kostnadsmässiga dito) som underlag för förhandlingar och överenskommelser har visat sig vara något av ett framgångsrecept. I vart fall så här långt och i vart fall vad vi har erfärut.

Vi har 2020 sett en rad exempel på pragmatiska lösningar på covid-19-relaterade problem. Som exempel kan nämnas överenskommelser där beställaren har accepterat att stå kostnaden för dyrare arbetskraft när den tilltänkta

arbetskraften inte har kunnat ta sig till Sverige. I något fall har beställaren betalat för att parterna gemensamt flugit in högspecialiserad arbetskraft för att undvika stillestånd. Beställare har uppvisat en flexibel attityd till inköp av material och varor genom att medge inköp från andra leverantörer än vad som avtalats, och entreprenörerna har sökt lösningar och alternativ. Det finns också en rad exempel där beställaren har valt att bekosta forcering av olika slag för att undvika försening. På så sätt har försening undvikits eller minskats, och entreprenören har i motsvarande mån kunnat undvika (eller minska) tidsrelaterade kostnader som inte ersätts.

I denna hantering har tillämpningen av standardavtalen i vissa fall måhända varit åt det generösa hållet, på så sätt att beställare har sökt en grund för kompensation fastän standardavtalen inte självklart och otvetydigt erbjuder en sådan. Genom tilläggsöverenskommelser har flera offentliga beställare i praktiken nog valt att utnyttja möjligheten i 17 kap. 12 § LOU att (inom vissa gränser) ändra offentligt upphandlade kontrakt på grund av oförutsebara omständigheter. Det har förmodligen funnits goda skäl för det.

3.3 Riskdelning istället för riskfördelning?

Än så länge känner vi inte till några större tvister eller ens konflikter på grund av covid-19. Det kanske i sig säger något i en bransch som annars präglas av konflikter och en hög andel tvister (för god ordnings skull ska dock sägas att vi såklart inte vet vad som väntar). Men frågan infinner sig vad det är som gör att denna på många sätt extrema situation tycks ha absorberats så pass väl i många kontraktsförhållanden där konflikter och krav annars är en del av vardagen. Att många beställare har varit beredda att tillämpa avtalsvillkoren på ett "generöst sätt" kan ha bidragit. Liksom att entreprenörerna i många fall har varit konstruktiva och lösningsfokuserade. Men måhända är en ännu viktigare skillnad att standardavtalen i detta fall inte erbjuder någon tydlig grund för ersättningskrav och att riskerna fördelas mellan parterna på sätt som kan göra bägge parter till vinnare eller förlorare.

Vilka slutsatser kan dras av dessa erfarenheter vid utformning såväl av standardavtal som individuellt utformade bestämmelser? Troligt är att ett element av riskdelning, som inte bara innebär att ena parten står risken a och b medan den andra parten står riskerna c och d, utan snarare att parterna *delar på samma risker* – eller risker som korresponderar till varandra (såsom försening kontra förseningskostnader) – kan skapa gemensamma incitament för att hålla nere den totala kostnaden och tidsutdräkten. Alltså att beställare och entreprenör delar risken a och b på visst sätt som innebär att bägge parter

vill förebygga risken och minimera negativa effekter av riskens utfall t.ex. i form av förseningar och/eller fördyringar, snarare än att riskens utfall ska utgöra en grund för ett ensidigt ersättningskrav. Kanske skulle det vara gynnsamt att eftersträva riskdelning snarare än riskfördelning vid förhandling och författande av såväl standardavtal som individuellt utformade avtal?¹³

¹³ Det kan noteras att s.k. partneringentreprenadkontrakt sägs verka i denna anda. Vår uppfattning av sådana kontraktsvillkor är dock att inslag av genuin riskdelning ofta saknas.