
Författarna : Anders Ingvarson, Marcus Utterström

Högsta domstolens intåg i entreprenadrättens slutna rum

Av advokaten Anders Ingvarson och jur. kand. Marcus Utterström ^[Not 1]

Högsta domstolens (HD) tolkning av bygg- och anläggningsbranschens standardavtal AB 04 har kommit att skaka om branschen. Hur kan HD:s tolkningsmetod sammanfattas och hur skiljer sig tolkningsmetoden från den metod som traditionellt har gällt vid tolkning av kommersiella entreprenadavtal? Vilka ytterligare bestämmelser i AB 04 kan komma att bli föremål för "omtolkning" framöver? Dessa och närliggande frågor undersöks i förevarande artikel, som i viss mån är en uppföljning och utveckling av artikeln "Tolkning av entreprenadavtal – det köprättsliga kontrollansvaret möter hinderbestämmelserna i AB 04" ^[Not 2].

1 Bakgrund

Kommersiella entreprenadavtal är en avtalstyp ^[Not 3] som lagstiftaren valt att inte särskilt reglera i lag. Avtal om uppförande av byggnad eller annan fast anläggning på mark eller i vatten är uttryckligen undantagna från köplagens tillämpningsområde. ^[Not 4]

Att kommersiella entreprenadavtal är oreglerade i lag, har lett till att företrädare för bygg- och anläggningsbranschens parter har förhandlat fram ett så kallat *agreed document*, Allmänna bestämmelser för byggnads-, anläggnings- och installationsentreprenader (AB). ^[Not 5] Nuvarande AB 04, som avser utförandentreprenader, har haft en rad föregångare. I branschen har AB 04 (och ABT 06 såvitt avser totalentreprenader) närmast fått en ställning som i vissa avseenden kan jämföras med lag.

Entreprenadavtalets särdrag, att avtalstypen är undantagen från köplagen och att standardavtalet AB 04 är resultatet av förhandlingar och kompromisser mellan olika branschorganisationer verkar ha resulterat i en uppfattning i branschen om att entreprenadrätten är frikopplad från den dispositiva rätten. Tillämpliga normer förefaller därmed anses vara en förhandlingsfråga inom Byggnadets kontraktskommitté (BKK), som de enskilda avtalsparterna inte har något att göra med, liknande det sätt som en enskild fackansluten löntagare inte kan påverka villkoren i kollektivavtal vid enskild förhandling om

anställningsvillkor. Denna ståndpunkt har sannolikt förstärkts av att entreprenadvister historiskt har avgjorts genom skiljeförfaranden, med en relativt liten grupp entreprenadjurister som ombud och skiljemän. Endast ett fåtal mål av någon större omfattning har nått de allmänna domstolarna och ytterst få, givet det stora antalet tvister på området, har vandrat hela vägen till HD. Genom denna ordning har inom entreprenadrätten etablerats vissa uppfattningar om innebörden av bestämmelserna i AB 04.

Under de senaste 10-15 åren har HD meddelat ett antal prejudikat i vilka domstolen har tagit ställning till centrala entreprenadrättsliga frågor. I sina avgöranden har HD också klargjort vilken metod som ska tillämpas vid tolkning av AB 04. Denna tolkningsmetod avviker från den som "traditionellt" har gällt inom entreprenadrätten.

Den "traditionella" tolkningen av AB 04 har till en del fokuserat på BKK:s avsikt vid författandet av AB 04 samt fäst stor vikt vid standardavtalets systematik och historik. Bristen på vägledande praxis och rättsvetenskaplig analys kan antas ha bidragit till denna tolkningsmetod. Detta har bl.a. resulterat i att representanter i BKK har kunnat skriva utlåtanden i tvister om vad BKK avseende en viss bestämmelse "egentligen tänkte men inte förmådde uttrycka". Den rättsliga relevansen av sådana utlåtanden från "författare" torde vad gäller andra standardavtal ha mycket begränsat värde, men har i entreprenadrättsliga tvister fått en framskjuten position som på goda grunder kan ifrågasättas.

HD:s "nya" metod för tolkning av AB 04 lyfter fram bestämmelsernas ordalydelse, tolkad i ljuset av standardavtalets systematik, den dispositiva rätten och allmänna rimlighetsöverväganden. Genom tillämpning av denna tolkningsmetod har HD fastslagit en innebörd av vissa bestämmelser i AB 04 som avviker från vad som historiskt varit den dominerande uppfattningen i branschen. Om denna utveckling och vilken betydelse den kan få för innehållet av AB 04 handlar denna artikel.

2 Tillkomsten av AB

Entreprenadavtal var undantagna redan i 1905 års köplag. I propositionen till den nuvarande köplagen motiverades undantaget för entreprenader med att köplagens regler på flera punkter, t.ex. vad gäller hävning, är dåligt lämpade att hantera de konflikter som kan uppkomma vid entreprenadavtal. Det framhölls också särskilt att entreprenadavtal i praktiken ofta reglerades genom "utförliga standardvillkor". [Not 6]

Den långa traditionen av att undanta kommersiella entreprenadavtal från lagstiftningen medförde att bygg- och anläggningsbranschen utformade ett eget standardavtal. År 1949 tillsattes en kontraktskommitté av Svenska Teknologföreningen. Såväl entreprenör- som beställarsidan

var representerade i kommittén, vars arbete resulterade i AB 54. Standardavtalet fick bl.a. genomslag i stora ämbetsverk. [Not 7] Därefter följde AB 65, till vilket även utgavs officiella motiv som redogjorde för hur kontraktskommittén resonerat kring de olika bestämmelserna, samt AB 72, AB 92 och nu senast AB 04. [Not 8]

Eftersom AB 04 och dess föregångare är resultatet av förhandlingar mellan olika parter och därmed har upprättats i samråd och efter förhandlingar, är det fråga om *agreed documents*. Detta kan jämföras med standardavtal som är ensidigt upprättade av en enskild organisation eller annan part. Att AB 04 är ett *agreed document* innebär att

avtalsvillkoren kan antas på ett bättre sätt balansera intressena mellan entreprenör och beställare än vad som varit fallet om det upprättats ensidigt, t.ex. av en entreprenörsförening som Sveriges Byggindustrier. [Not 9]

AB 04 samt dess föregångare och syskonavtal har fått ett massivt genomslag i bygg- och anläggningsbranschen. I nästan samtliga svenska kommersiella entreprenader tillämpas något av standardavtalen. Detta – och att det är fråga om *agreed documents* – har gjort att avtalsfamiljen har fått en unik ställning i branschen och närmast kan jämföras med ”branschspecifik lag”.

3 Tolkning av standardavtal

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

Begreppet ”standardavtal” är inte särskilt definierat i lag, men brukar vanligen avse avtal som utan ändringar kan användas flera gånger och mellan olika parter. Genom användningen av standardavtal kan parterna rationalisera avtalsförhandlingarna och minska transaktionskostnaderna. Inom en viss bransch kan en utbredd användning av ett visst standardavtal öka förutsebarheten. [Not 10]

Vid avtalstolkning generellt ska den domstol som ska tolka ett avtalsvillkor i första hand utröna den gemensamma partsavsikten. Domstolen tar därvid hänsyn till all tillgänglig och relevant tolkningsdata. Om den gemensamma partsavsikten inte kan utredas får domstolen istället utgå från det aktuella villkorets objektiva lydelse. Utgångspunkten är textens normala språkliga betydelse. Juridiska och tekniska termer förutsätts ha den innebörd som är gängse bland fackfolk, såvida inte annat följer av standardavtalets egna definitioner. Villkorets lydelse läses också tillsammans med övriga villkor i avtalet,

SvJT 2015 s 261

då avtalet förutsätts fungera som en helhet. Avtalets bakgrund och sammanhang kan också tillmätas betydelse. Vid en objektiv tolkning beaktas även allmänna förnuftsöverbäganden, branschpraxis och god sed. Om domstolen genom objektiv tolkning inte kan nå ett entydigt resultat, är det inte ovanligt att domstolen gör en friare tolkning av villkoret. Domstolen tar då bl.a. hänsyn till avtalets praktiska funktion och söker en lösning som förefaller rimlig inom ramarna för tillämplig praxis och dispositiv rätt. [Not 11]

Enligt Bernitz måste vid tolkning av villkor i standardavtal andra tolkningsprinciper användas än de som gäller vid avtalstolkning generellt. Detta beror främst på att standardavtal vanligen inte är framförhandlade mellan avtalsparterna med anledning av det aktuella avtalet, utan upprättade i förväg. Det är förhållandevis vanligt att kommersiella avtal sluts utan att innehållet i det tillämpade standardavtalet överhuvudtaget diskuteras mellan parterna. Ibland är innehållet i anvisat standardavtal inte ens känt för parterna. Det är därför sällan möjligt att tala om någon gemensam partsavsikt. Om parterna gjort avvikelser från standardavtalets villkor kan dock förhållandet vara ett annat. [Not 12]

Vid tolkning av standardavtal gäller som en allmän tolkningsprincip att individuella villkor i tveksamma fall ska ges företräde framför allmänna villkor samt att villkor som tillagts eller ändrats ska ha företräde framför standardiserade villkor. Standardavtalets systematik, uppbyggnad och logik kan också ge hjälp vid tolkningen, t.ex. huruvida det aktuella villkoret är en huvudregel eller ett undantag. Den så kallade oklarhetsregeln, dvs. att den part som författat ett avtal står risken för eventuella otydligheter, har begränsad betydelse när det är fråga om ett *agreed document*, eftersom avtalet har förhandlats fram av representanter för båda parter. [Not 13]

För vissa standardavtal finns utarbetade förarbeten. Så är t.ex. fallet med AB 65. Sådana förarbeten bör enligt Hellner endast användas som hjälpmedel vid tolkning av standardavtalets särart. ^[Not 14] Att förarbeten till standardavtal inte tillmätts större betydelse beror ofta på att de inte är tillräckligt genomarbetade eller att de upprättats i syfte att gynna särintressen. ^[Not 15]

Ett färskt exempel på tolkning av standardavtal är HD:s tolkning av innebörden av en preskriptionsbestämmelse i standardavtalet Nordiskt Speditörförbunds Allmänna Bestämmelser (NSAB 85). Huvudfrågan i målet var huruvida den som i en kontraktskedja har råkat ut

SvJT 2015 s 262

för en sakskada på utomobligatorisk grund kan vända sig direkt mot det bakre led som vårdslöst eller uppsåtligen orsakat skadan. I standardavtalet NSAB 85 finns en preskriptionsbestämmelse enligt vilken anspråk ska göras gällande inom ett år. Vid tolkning av bestämmelsen tog HD fasta på dess ordalydelse och huruvida det förelåg en allmän rättsprincip som påverkade innebörden av bestämmelsen. Efter att ha konstaterat att bestämmelsen gällde enligt ordalydelsen fann HD, då det hade förflutit mer än ett år utan att anspråk gjorts gällande, att den aktuella fordran var preskriberad med hänsyn till bestämmelsen i NSAB 85. ^[Not 16]

4 "Traditionell" tolkning av AB 04

Med "traditionell" tolkning avser vi den metod för tolkning av AB 04 som fram till nyligen synes ha varit dominerande inom entreprenadrätten. Det kan ifrågasättas om det funnits en sådan sammanhållen tolkningsmetod. Vi anser dock att det har funnits vissa särskilda drag inom entreprenadrätten vad gäller tolkning av AB 04, som skiljer sig från hur standardavtal i övrigt brukar tolkas och som har varit ett återkommande inslag i skiljedomar på entreprenadområdet. Den "traditionella" tolkningsmetoden har även vunnit stöd i den entreprenadrättsliga doktrinen. Att tala om "traditionell" tolkning tydliggör också den förändring som vi anser följer av HD:s praxis.

Historiskt har tidigare utgåvor av AB 04 och motiven till dessa utgåvor varit källor av stor betydelse inom entreprenadrätten. Detta kan möjligen delvis förklaras av den svenska juridiska metoden att söka svaret på rättsliga problem i förarbeten. En viktigare orsak till motivens ställning inom entreprenadrätten är dock sannolikt att AB 04 och dess föregångare är *agreed documents* och därmed resultatet av förhandlingar och kompromisser mellan olika branschintressen. En ytterligare förklaring är att Källenius verk "Entreprenadjuridik" under lång tid har haft en särställning som det enda rättsvetenskapliga verket på området. Eftersom Källenius bok avser AB 54 har den "bakåtblickande metoden" fått ytterligare styrka.

De organisationer som inom ramen för BKK förhandlat fram nya versioner av AB har, genom att de uppfattats som företrädare för bygg- och anläggningsbranschen i dess helhet, fått en särställning som i vissa fall närmast kan jämföras med lagstiftarens. Vad företrädarna gemensamt har gett uttryck för i motiven, eller rentav vad som förekommit under förhandlingarna, har i entreprenadrättsliga sammanhang jämförats med lagförarbeten och har på så sätt fått stor betydelse vid tolkningen av enskilda bestämmelser i AB 04. Detta har kommit till uttryck bl.a. genom att det i tvister ofta har förekommit att medlemmar (eller f.d. medlemmar) i BKK har skrivit utlåtanden om hur en viss bestämmelse i AB 04 ska tolkas. Utlåtandena har inte sällan haft som huvudsyfte att klarlägga vad BKK avsåg med bestämmelsen

SvJT 2015 s 263

eller hur förhandlingarna om denna bedrevs. Samma ordning har också kommit till uttryck i BKK:s publicerade "uttalanden" i olika tolkningsfrågor, liksom i möjligheten att efterfråga förtydliganden från BKK i tolkningsfrågor. [Not 17]

Hur en viss fråga har reglerats i tidigare versioner av AB 04 har fått betydelse eftersom denna reglering motsvarar vad parterna i BKK vid en tidigare tidpunkt kommit överens om ska gälla i branschen eller annars ansett lämpligt.

Vad BKK har haft för avsikt med enskilda bestämmelser synes ha fått större betydelse än vad som kan tyckas vara motiverat. I ett avtalsrättsligt perspektiv är det inte särskilt relevant vad författarna till ett standardavtal har haft för avsikt – det är *avtalsparternas* avsikt som är avgörande. [Not 18] Författarna bakom ett standardavtal har att ge uttryck för sina avsikter genom standardavtalets ordalydelse. Att AB 04 är ett *agreed document* och resultatet av förhandlingar och kompromisser, har dock på vissa håll resulterat i otydliga bestämmelser. I dessa fall kan sägas att BKK misslyckats med att ge branschen besked om hur en viss fråga ska lösas. Det kan då tyckas märkligt att andra tolkningsdata som härrör från BKK skulle tillmätas betydelse vid tolkning av ett avtal mellan andra parter. Fokuseringen på BKK:s avsikter har förstärkts av att den entreprenadrättsliga litteraturen ofta baserats på uttalanden i motiven eller erfarenheter från förhandlingar i BKK. [Not 19] På detta sätt har ett slags "rundgång" uppstått.

Sammanfattningsvis kan det kännetecknande för den "traditionella" tolkningsmetoden sägas vara ett slags bransch-introvert förhållningssätt, enligt vilket bestämmelserna i AB 04 som utgångspunkt inte ska ändras eftersom de syftar till en optimal riskfördelning mellan avtalsparterna. Viktiga källor är tidigare versioner av AB-avtalen samt motiv till dessa. Vad BKK har haft för avsikt med en viss bestämmelse tillmätas ofta avgörande betydelse.

5 HD:s tolkning av AB 04

5.1 Inledning

HD har i ett antal avgöranden de senaste åren klargjort vilken metod som ska tillämpas vid tolkning av bestämmelser i AB 04. Centrala avgöranden i detta avseende är "Fortumdomen" [Not 20], "Zürichdomen" [Not 21], "Felavhjälpandedomen" [Not 22] och "Gotlandsdomen" [Not 23]. Vad HD uttalat i

SvJT 2015 s 264

dessas domar redogörs i korthet för nedan, i syfte att försöka sammanfatta HD:s tolkningsmetod med avseende på kommersiella entreprenadavtal.

5.2 Fortumdomen

Fortum hade träffat avtal med Vägverket Produktion (tvisten hanterades sedermera av Trafikverket) om nybyggnad av ett kraftverk. Entreprenaden reglerades av AB 92 och det fanns ett antal sidoentreprenörer till Trafikverket. I Trafikverkets åtaganden ingick bl.a. att utföra vattenvägar. Dessa blev 13 veckor försenade, vilket hindrade Fortum från att ta kraftverket i drift. Idrifttagandet försenades också av en sidoentreprenörens sena leverans av en generator. Enligt parternas avtal skulle Trafikverket utge förseningsvite i den mån kraftverkets idrifttagande blev fördröjt.

Den centrala frågan i målet var huruvida förseningen av vattenvägarna medfört att idrifttagandet av kraftverket hade fördröjts, med hänsyn till att idrifttagandet under alla förhållanden hade hindrats och försenats av den försenade generatorleveransen.

HD konstaterade att en entreprenörs skyldighet att utge förseningsvite enligt AB 92 (och AB 04) inte påverkades av om också andra entreprenörer ska utge förseningsvite till beställaren inom ramen för ett och samma projekt. Först om den sammanlagda ersättningen blir så stor att den är oskälig kan det bli fråga om jämkning med stöd av 36 § avtalslagen. Om vitesbestämmelsen i AB 92 hade gällt mellan parterna hade Trafikverket således blivit skyldigt att utge förseningsvite till Fortum, trots att Trafikverkets försening av utförandet av vattenvägarna inte var den enda orsaken till det fördröjda idrifttagandet av kraftverket. Parterna hade dock valt att ändra vitesbestämmelsen i AB 92, som efter ändring angav att "vid försening är beställaren berättigad att av entreprenören erhålla vite med ett belopp av 300 000 kronor för varje påbörjad vecka ... varmed idrifttagningen av kraftverket ... blivit fördröjd."

HD fann att det avseende klausulen inte gick att utröna någon gemensam partsavsikt, att det inte förelåg några omständigheter som kunde klargöra hur parterna vid avtalstidpunkten uppfattat klausulen och att det inte gick att dra några slutsatser av ordalydelsen eller avtalets systematik. Därför var det enligt HD naturligt att avtalets innehåll bedömdes utifrån vad som gäller enligt dispositiv rätt. HD sökte ledning i den utomobligatoriska skadeståndsrätten och slog fast att det vid två konkurrerande ansvarsgrundande händelser (dvs. två tillräckliga men inte nödvändiga betingelser), som medför samma skada vid samma tidpunkt eller samma tidsrymd, föreligger skadeståndsansvar för båda skadevållarna med avseende på de skadegörande handlingarna. Skadevållarna blir då solidariskt ansvariga för hela skadan. Som utgångspunkt bör enligt HD samma regel gälla också för skadeståndsskyldighet

SvJT 2015 s 265

vid kontraktsbrott, innefattande även kontraktsbrott i entreprenadsammanhang.

Fråga var dock om parterna genom den ovan citerade ändringen av AB 92 avsett att göra avsteg från den dispositiva principen om att samtliga skadevållare ansvarar solidariskt vid faktisk orsakskonkurrens. Ett sådant avsteg från den dispositiva rätten hade i det aktuella fallet inneburit att inget vite alls skulle utgå, trots att flera entreprenörer var försenade och att var och en av dem hade varit skyldig att utge vite om entreprenören hade varit ensam om att vara försenad. Detta hade enligt HD varit en överraskande, långtgående och för beställaren klart oförmånlig avvikelse från dispositiv rätt. Eftersom det saknades ett tydligt stöd för en sådan avvikelse i bestämmelsens ordalydelse eller andra tolkningsdata ansåg HD att det inte avtalats någon sådan avvikelse. Trafikverket var således skyldigt att utge förseningsvite.

Fortumdomen avser inte i första hand tolkning av en bestämmelse i AB 92, utan av en *ändring* av en bestämmelse i AB 92. HD redogör i rättsfallet för vilken metod som ska tillämpas vid tolkning av ändringsklausulen (vilket är samma metod som vid tolkning av bestämmelser i AB 04). Vidare undersöks hur den påstådda innebörden av bestämmelsen förhåller sig till AB 92 och dispositiv rätt. Det kan konstateras att HD slår fast att vid långtgående, överraskande och för en av parterna oförmånlig avvikelse från dispositiv rätt, krävs att det finns tydligt stöd i bestämmelsens ordalydelse eller andra tolkningsdata för att den aktuella bestämmelsen ska gälla med företräde framför den dispositiva rätten. Detta skulle kunna ses som att HD reste ett "varnande finger" om att även otydliga bestämmelser i AB 04 kan vara utan betydelse om de avviker från dispositiv rätt på ett långtgående, överraskande och för endera av parterna oförmånligt sätt.

5.3 Zürichdomen

I samband med beställaren Peabs funktionskontroll av ett vattenverk drabbades detta av översvämning och skada uppstod på entreprenören Läckebys arbeten. Försäkringsbolaget Zürich krävde att Peab skulle ersätta skadan och HD meddelade prövningstillstånd avseende frågan huruvida AB 92 kap. 5 § 4 st. 2 innebar att Peab var skadeståndsskyldigt oberoende av vållande.

AB 92 kap. 5 § 4, som i AB 92 återfinns under rubriken "Ansvar under entreprenadtiden", lyder:

Entreprenören ansvarar under entreprenadtiden för skada på ej avlämnad del av entreprenaden.

Entreprenören ansvarar dock inte för skada på entreprenaden som beror på beställaren.

Entreprenören ansvarar – hjälpmedel undantagna – inte heller för skada på entreprenaden som beror på krig, uppror, naturkatastrof eller därmed jämförlig omständighet.

SvJT 2015 s 266

Eftersom bestämmelserna i AB 92 förhandlats fram mot bakgrund av allmänna obligationsrättsliga principer och köplagens regler ansåg HD att det är naturligt att tolka bestämmelserna i ljuset av den dispositiva rätt som annars skulle ha tillämpats. Många av dessa obligationsrättsliga principer har enligt HD kommit till uttryck i köplagen. Om det inte föreligger någon gemensam partsavsikt eller några omständigheter vid sidan av avtalstexten som kan klargöra hur parterna vid avtalets tecknande uppfattade ett visst standardvillkor, bör enligt HD tolkningen inriktas på villkorets ordalydelse. Ledning kan vid sådan tolkning hämtas från avtalets systematik och övriga villkor i AB 92. HD framhöll att det vid tolkning av bestämmelserna är viktigt att särskilt beakta entreprenadavtalets speciella drag. Entreprenadavtal skiljer sig enligt HD från t.ex. köpeavtal genom att de som regel avser omfattande, komplicerade och långsiktiga arbeten med flera inblandade parter.

HD fann att det allmänt och enligt köplagen följer att den som utför ett visst arbete står risken för arbetet fram till dess att det slutförts. Utföraren kan därmed inte åberopa t.ex. en olyckshändelse som skäl för att inte leverera det avtalade resultatet till det överenskomna priset. Om istället uppdragsgivaren står risken för den skadegörande händelsen, kan enligt HD uppdragsgivaren inte undgå att betala priset trots att det avtalade resultatet inte uppnåts. HD konstaterade också att det är en kontraktsrättslig utgångspunkt att skadestånd på grund av kontraktsbrott förutsätter oaktsamhet eller annan särskild grund för ansvar.

Huvudregeln enligt AB 92 kap. 5 § 4 är enligt HD att entreprenören står risken för ej avlämnad del av entreprenaden. Entreprenören ansvarar dock inte för skada som beror på force majeure-liknande händelser eller om skadan "beror på beställaren". Med "beror på" ansåg HD att det enligt gängse juridiskt språkbruk avses ett faktiskt orsakssamband, utan något krav på klandervärt handlande. Ordalydelsen av AB 92 kap. 5 § 4, tolkad i ljuset av den dispositiva rätten, talade enligt HD för att bestämmelsen endast var avsedd att reglera vilken part som ska stå risken för att entreprenadarbetena skadas. HD fann att denna tolkning av bestämmelsen vann stöd av övriga bestämmelser i AB 92. Av detta följde att Peab inte var skadeståndsskyldigt oberoende av vållande.

Sammanfattningsvis kan konstateras att HD utgick från bestämmelsens ordalydelse – "beror på beställaren" – och sedan tolkade denna skrivning utifrån gängse juridiskt språkbruk, dispositiv rätt och systematiken i AB 92.

5.4 Felavhjälpandedomen

Parterna hade träffat avtal avseende en totalentreprenad, för vilken gällde ABT 94. Entreprenören yrkade ersättning för vissa ÄTA-arbeten och beställaren yrkade genkärnomsvis ersättning för de kostnader

SvJT 2015 s 267

som skulle komma att uppstå vid avhjälpande av fel i entreprenaden. HD prövade huruvida beställaren, vid fel som i väsentlig grad påverkade entreprenadens bestånd och möjligheten att använda den på ett ändamålsenligt sätt,

hade rätt till ersättning för uppskattad avhjälpandekostnad enligt ABT 94 kap. 7 § 25 eller värdeminskningssavdrag enligt ABT 94 kap. 7 § 26.

HD konstaterade att en entreprenör har en skyldighet att enligt ABT 94 kap. 7 § 25 avhjälpa fel och att avhjälpandeskyldigheten även föreligger om entreprenören inte anser sig vara ansvarig för felet. Detta gäller också om det inte slutligt fastställts huruvida det faktiskt är fråga om ett fel eller vem som bär ansvaret. Först om entreprenören inte avhjälpes felet inom föreskriven tid eller förklarar sig inte ha för avsikt att avhjälpa felet, får beställaren låta göra det. Om felet är oväsentligt är entreprenören enligt ABT 92 kap. 7 § 26 inte skyldig att avhjälpa felet. Beställaren har då istället rätt till avdrag på entreprenadsumman. Utgångspunkten är således att entreprenören – undantaget oväsentliga fel – är avhjälpandeskyldig för fel i entreprenaden.

Frågan i målet gällde det fall då entreprenören inte avhjälpes ett väsentligt fel eller förklarar att han inte tänker avhjälpa det, och beställaren inte själv kan eller vill avhjälpa felet.

HD tog vid tolkning av bestämmelserna fasta på att deras syfte var att fel skulle bli effektivt avhjälpas eller föranleda avdrag på entreprenadsumman. Vad gäller ABT 94 kap. 7 § 25 ansåg HD att ordalydelsen var oklar när det gäller frågan om beställaren har rätt till ersättning för beräknade avhjälpandekostnader. HD kunde inte fastställa någon gemensam partsavsikt i denna del. Inte heller ordalydelsen eller systematiken i ABT 94 gav vägledning i frågan. Bestämmelsen fick därför tolkas i ljuset av den dispositiva rätten och i slutändan genom en övergripande rimlighetsbedömning. Vid tillämpning av den dispositiva rätten upprepade HD att entreprenadavtalets speciella drag ska beaktas.

HD konstaterade att en entreprenör också enligt dispositiv rätt skulle haft en skyldighet att avhjälpa fel och brister i entreprenaden. Om entreprenören inte avhjälpes fel och brister, följer enligt HD av den dispositiva rätten att beställaren har rätt till avdrag på entreprenadsumman. Entreprenörens underlåtenhet att låta avhjälpa fel utgör ett kontraktsbrott. Beställaren har då enligt ordalydelsen i ABT 94 kap. 7 § 25 rätt att avhjälpa felet på entreprenörens bekostnad. Att en viss påföljd för kontraktsbrott anges i ett avtal – såsom att beställaren har rätt att avhjälpa fel på entreprenörens bekostnad – utesluter emellertid inte enligt HD att också andra påföljder kan följa av tillämpliga rättsregler. Om en avtalad påföljd ska vara exklusiv krävs enligt HD i allmänhet att detta framgår av kontraktsvillkoret eller att det finns annat stöd för en sådan uppfattning. Mot denna bakgrund ansåg HD att den i ABT 04 kap. 7 § 25 föreskrivna påföljden att beställaren har rätt att avhjälpa fel på entreprenörens bekostnad inte utgör

SvJT 2015 s 268

en exklusiv påföljd vid sådant fall att entreprenören underlåter att avhjälpa fel. För att bedöma huruvida en beställare har rätt till skadestånd enligt den allmänna skadeståndsskyldigheten vid kontraktsbrott ansåg HD att hänsyn måste tas till ABT 94 kap. 5 § 14. Bestämmelsens första två meningar lyder:

Part är skyldig att ersätta motparten skada som inte skall ersättas enligt bestämmelserna ovan i detta kapitel, om han varit vårdslös eller försumlig eller om skadan beror på fel för vilket entreprenören är ansvarig. Ersättningsskyldigheten är begränsad till 15 % av kontraktssumman.

Enligt tredje stycket gäller inte ansvarsbegränsningen när part varit grovt vårdslös. Bestämmelsen hänvisar uttryckligen till tidigare bestämmelser i kapitlet. I ABT 94 kap. 5 § 9 finns en hänvisning till kap. 7 §§ 25 och 26. Denna reglering innebar inte enligt HD att eget avhjälpande skulle vara det enda som stod beställaren till buds om entreprenören brutit mot sin avhjälpandeskyldighet. Inte heller var ett skadeståndsansvar för brott mot avhjälpandeplikten enligt HD något som i övrigt stod i strid mot systematiken i ABT 94. Det framstod inte heller som mindre rimligt. Entreprenörens underlåtenhet att iaktta sin avhjälpandeskyldighet kan därför utlösa ett

skadeståndsansvar för entreprenören mot beställaren. Eftersom kontraktsbrottet är avsiktligt fann HD att ansvarsbegränsningen i ABT 94 kap. 5 § 14 st. 1 inte var tillämplig.

HD fann avslutningsvis att ABT 94 kap. 7 § 26, särskilt mot bakgrund av särarten hos påföljdssystemet i ABT 94, bör tolkas som att det *inte* finns en möjlighet till avdrag på entreprenadsumman vid sidan om vad som följer av ordalydelsen i ABT 94 kap. 7 § 26 (dvs. oväsentliga fel). Justitieråden Lindskog och Lambertz var dock av annan uppfattning, vilket framgår av deras respektive skiljaktiga meningar.

Sammanfattningsvis utgick HD i Felavhjälpandedomen, efter att ha konstaterat att ordalydelsen i ABT 94 kap. 7 § 25 var oklar, från den dispositiva rätten. Den lösning som fanns i den dispositiva rätten prövades sedan mot systematiken i ABT 94 och en allmän rimlighetsbedömning. Vad gäller innebörden av ABT 94 kap. 7 § 26 lät HD entreprenadavtalets särart avgöra utfallet.

5.5 Gotlandsdomen

Gotlandsdomen gällde muddringsarbeten i Slite hamn. Den rättsliga frågan avsåg innebörden av AB 04 kap. 1 § 8, som lyder:

Saknas vid tiden för avgivande av anbud uppgifter som avser arbetsområdet eller det område som berörs av entreprenaden skall förhållandena antas vara sådana som kunnat förutses vid en fackmässig bedömning.

Frågan som HD hade att pröva var vilka förhållanden som entreprenören ska utgå ifrån vid den fackmässiga bedömningen.

SvJT 2015 s 269

Bakgrunden till målet var att Region Gotland hade upphandlat en entreprenör för att utföra muddringsarbeten i Slite hamn. För entreprenaden gällde AB 04. Under arbetet stötte entreprenören på hårt kalkberg som mudderverket inte kunde hantera. Entreprenören tvingades därför utföra sprängningsarbeten och krävde extra ersättning för dessa.

Vid sin tolkning av AB 04 kap. 1 § 8 gick HD inledningsvis tillbaka till motiven till AB 65 och vad som i dessa uttalas avseende entreprenörens fackmässiga bedömning. Av motiven framgår bl.a. att den fackmässiga bedömningen ska vara objektiv och grunda sig på de kunskaper som en fackman har. Därefter konstaterade HD att det vid tillkomsten av senare versioner av AB inte har gjorts några uttalanden om innebörden av bestämmelsen.

AB 04 kap. 1 § 8 är enligt dess ordalydelse tillämplig då det "saknas" uppgifter om ett visst förhållande. HD ansåg att bestämmelsen får uppfattas som att den är tillämplig även när beställaren har redovisat uppgifter i förfrågningsunderlaget, men dessa är oklara eller ofullständiga.

Begreppet "fackmässig" förekommer i flera bestämmelser i AB 04 och kan inte ges någon enhetlig innebörd enligt HD. Domstolen slog därför fast att vad som är fackmässigt måste avgöras mot bakgrund av den aktuella bestämmelsens syfte och de krav som kan ställas på den berörda parten. Innebörden av begreppet får således bestämmas från fall till fall.

HD ansåg att tillämpningen av AB 04 kap. 1 § 8 bör utgå från samma principer som gäller för övriga bestämmelser i standardavtalet. Syftet med AB 04 är enligt HD att uppnå ett rationellt och kostnadseffektivt genomförande av byggprojekt. Genom konkurrens mellan olika anbudsgivare som utgår från ett kalkylerbart förfrågningsunderlag ska beställaren få jämförbara anbud. Om förfrågningsunderlaget är magert ökar utrymmet för olika bedömningar, som var och en kan anses vara fackmässig. Höga och prisdrivande anbud motverkas av att entreprenören inte ska

beakta sådant som inte redovisas i förfrågningsunderlaget. Allt för osäkra förhållanden ska enligt HD således inte prissättas, då det vore till nackdel för båda parter.

Enligt HD innefattar en fackmässig bedömning enligt AB 04 kap. 1 § 8 en genomgång av tillgängligt underlag, och därmed sammanhängande identifiering av de risker som kan påverka utförandet av kontraktsarbetena. Ett led i denna genomgång är att entreprenören överväger sannolikheten för att ett visst förhållande föreligger som kan påverka valet av arbetsmetod och därmed även kostnaderna för kontraktsarbetena. Det krävs inte att anbudsgivaren beaktar alla risker som är tänkbara i den aktuella situationen. En anbudsgivare ska alltså inte inom ramen för kravet på fackmässighet förutsätta ett visst förhållande enbart av det skälet att bedömningsunderlaget *indikerar* att förhållandet möjligen föreligger. Inte heller ska anbudsgivaren behöva

SvJT 2015 s 270

utgå från att ett visst förhållande föreligger när sannolikheten för att så är fallet är *ungefär detsamma* som för att så inte är fallet. Däremot ska anbudsgivaren vid en fackmässig bedömning beakta det aktuella förhållandet om det är *troligt* att förhållandet föreligger.

Utgången i målet blev att entreprenören borde ha räknat med kalkberg, eftersom sannolikheten för att det skulle förekomma kalkberg var högre än den grad av sannolikhet som HD uttalat ska gälla vid en fackmässig bedömning enligt AB 04 kap. 1 § 8.

HD:s tolkningsmetod i Gotlandsdomen skiljer sig från de andra tre fallen, vilket sannolikt beror på att HD haft att pröva innebörden av ett enskilt begrepp snarare än innebörden av en viss bestämmelse. Med hänsyn till entreprenadavtalets särart framstår det därmed som logiskt att HD undersöker vad som uttalats i motiv avseende det aktuella begreppet. I övrigt förefaller det som att HD har konstruerat en ny rättsregel utifrån allmänna rimlighetsbedömningar, sannolikt med hänsyn till de ekonomiska konsekvenser som följer i branschen beroende på regelns utformning. Dispositiv rätt synes inte ha spelat någon roll i HD:s avgörande.

5.6 Sammanfattande slutsats

Högsta domstolen har i ett antal avgöranden redovisat vilken metod som ska tillämpas vid tolkning av bestämmelser i AB. Av domarna kan härledas vilka frågor som bör ställas vid tolkning av AB 04 samt i vilken ordning frågorna bör ställas. Ett jakande svar som ger tillräcklig ledning för tolkning innebär att efterföljande frågor inte behöver ställas. Den sista frågan om rimlighet bör dock alltid ställas enligt HD:s tolkningsmetod.

1. Går det att utröna en gemensam partsavsikt?
2. Finns det några omständigheter vid sidan av ordalydelsen som visar hur parterna uppfattade det aktuella villkoret vid tidpunkten för avtalets ingående?
3. Kan tolkningsfrågan besvaras utifrån bestämmelsens ordalydelse?
4. Kan tolkningsfrågan besvaras utifrån övriga bestämmelser eller systematiken i AB, med hänsyn taget till att bestämmelserna är avsedda att utgöra ett sammanhängande system?
5. Går det, med beaktande av entreprenadavtalets särdrag, att finna vägledning i den dispositiva rätten, särskilt i allmänna obligationsrättsliga principer och köplagens regler?
6. Förefaller den övervägda tolkningen rimlig vid en övergripande bedömning eller behöver avtalsluckan fyllas ut med en till det specifika avtalet särskilt anpassad regel?

Den metod för tolkning som HD tillämpat synes ligga i linje med vad som gäller generellt enligt standardavtalsrätten, ^[Not 24] men avviker från hur AB 04 "traditionellt" har tolkats av branschen.

SvJT 2015 s 271

6 Skillnaden mellan tolkningsmetoderna

Den främsta skillnaden mellan HD:s tolkningsmetod och den "traditionella" tolkningsmetoden är vilken betydelse som ges olika rättskällor. HD:s tolkningsmetod kan sägas fokusera på bestämmelsernas ordalydelse, tolkad i ljuset av systematiken i AB 04 och den dispositiva rätten. Om en bestämmelses ordalydelse är otydlig och avviker från dispositiv rätt är sannolikheten stor att HD ändå finner lösningen inom den dispositiva rätten eller med stöd av allmänna rimlighetsöverväganden. Detta skiljer sig väsentligt från den "traditionella" tolkningsmetoden där avsikten hos BKK ges stor betydelse. Det är tydligt att HD i allt högre grad kommit att se entreprenadavtalet som vilket kommersiellt standardavtal som helst, vilket är en trend som sannolikt kommer att fortsätta.

Vilken betydelse HD ger motiven till tidigare versioner av AB 04 är något oklart. Det kan konstateras att HD i tre av de ovan refererade fyra fallen inte alls tagit hänsyn till några motivuttalanden. Att HD i Gotlandsdomen trots allt hänvisar till motiven till AB 65 för att försöka utröna vad som i AB 04 kap. 1 § 8 avses med entreprenörens fackmässiga bedömning av arbetsområdet kan visserligen tas till intäkt för att entreprenadavtalets särart och historia fortsatt kan beaktas vid tolkning. Den betydelse HD gav motiven avsåg dock framför allt frågan om hur ett entreprenadjuridiskt begrepp ska förstås, inte hur bestämmelsen förhandlats i BKK eller annars ger uttryck för en viss riskfördelning mellan entreprenör och beställare. ^[Not 25] HD fäster i domen även vikt vid BKK:s yttrande om att det övergripande syftet med AB 04 är att bidra "till ett rationellt och kostnadseffektivt genomförande av byggprojekt." ^[Not 26]

Gotlandsdomen kan inte ses som en återgång till den "traditionella" tolkningsmetoden. Avgörandet skiljer sig från de tre övriga refererade domarna bl.a. i det avseendet att domen avser en förhållandevis avgränsad tolkningsfråga (närmare bestämt en kalkylfråga, som innefattar tolkning av förfrågningsunderlaget och som i branschen ofta görs under tidspress och i stark konkurrens) som inte har sin direkta motsvarighet inom andra rättsområden. Möjligheten att tolka AB mot bakgrund av köplagen och skadeståndslagen på samma sätt som i de andra domarna fanns därmed inte. Frågan i målet kan anses ha avsett en fråga som är starkt förknippad med *entreprenadavtalets särart*.

Mot bakgrund av de ovan sammanfattade domarna från HD och den metod för tolkning av AB 04 som kommit till uttryck i dessa, och även med hänsyn till HD:s hänvisning till motiven till AB 65 i Gotlandsdomen, finns det ett antal bestämmelser i AB 04 som vid tolkning i allmän domstol kan komma att få en annan innebörd än vad

SvJT 2015 s 272

som varit den gängse uppfattningen i bygg- och anläggningsbranschen. Osäkerheten kan t.ex. bero på att bestämmelsernas ordalydelse är otydlig och/eller att den "traditionella" tolkningen av bestämmelsen medför betydande avsteg från den dispositiva rätten. Nedan ges tre exempel på bestämmelser som kan komma att "omtolkas" vid prövning i domstol.

7 Möjliga "omtolkningar" av AB 04 – tre exempel

7.1 Inledning

Utöver de tre exemplen nedan finns ett antal ytterligare "osäkra" bestämmelser i AB 04 som kan komma att få en för branschen överraskande innebörd vid tolkning utifrån HD:s metod. Värda att nämna särskilt är de för AB 04 centrala bestämmelserna kap. 1 § 7, kap. 5 § 4 och kap. 6 § 7, vilka av utrymmesskäl inte kommenteras i denna artikel.

Med hänsyn till de många "osäkra" bestämmelserna i AB 04 kan det finnas anledning för avtalsparter att överväga att genom tydliga ändringar själva reda ut oklarheterna.

7.2 Exempel 1 – AB 04 kap. 2 § 4

Enligt AB 04 kap. 2 § 4 ska vissa arbeten likställas med ÄTA-arbeten:

Med ÄTA-arbeten föreskrivna av beställaren likställs arbeten som föränleds av

att uppgifter m.m. enligt kapitel 1 § 6 för vilka beställaren svarar, inte är riktiga

att arbetsområdet eller andra förhållanden av betydelse avviker från vad som skall förutsättas enligt kapitel 1 § 7 eller

att förhållande som avses i kapitel 1 § 8 inte är sådant som det skall förutsättas vara.

En utbredd uppfattning i branschen är sannolikt att bestämmelsen endast avser ändrings- och tilläggsarbeten. Den uppfattningen får också anses ha stöd i doktrinen. Enligt ordalydelsen avser bestämmelsen dock "ÄTA-arbeten". Med "ÄTA-arbete" avses enligt begreppsbestämningarna till AB 04 inte enbart ändrings- och tilläggsarbete utan även avgående arbete. Samtidigt står det "arbeten som föränleds av", vilket kan tala för att det måste uppstå någon form av merarbete. Å andra sidan kan "arbeten" även avse "avgående arbeten". Tolkad strikt utifrån sin ordalydelse anser vi sammantaget att det finns gott stöd för att AB 04 kap. 2 § 4 avser också avgående arbeten.

Om AB 04 kap. 2 § 4 skulle anses omfatta även avgående arbete skulle det t.ex. innebära att om arbetsområdet är gynnsammare än vad entreprenören haft att förutsätta efter platsbesök eller vid en fackmässig bedömning p.g.a. bristfälliga uppgifter i förfrågningsunderlaget, ska sådant förhållande ses som en beställning från beställaren om avgående arbete.

SvJT 2015 s 273

Den ovan nämnda tolkningen stämmer dock dåligt överens med entreprenörens underrättelseskyldighet enligt AB 04 kap. 2 § 7. Enligt bestämmelsen ska entreprenören "utan dröjsmål inhämta beställarens synpunkter om han gör bedömningen att omständighet som avses i § 4 i detta kapitel föreligger och att kostnaden för det ÄTA-arbete som omständigheten medför kommer att överstiga" ett visst gränsvärde. Enligt bestämmelsens andra stycke har entreprenören rätt att omgående påbörja arbetet om han bedömer att kostnaden för ÄTA-arbetet understiger gränsvärdet. Det är tydligt att AB 04 kap. 2 § 7 avser ändrings- och tilläggsarbeten, eftersom syftet med bestämmelsen är att beställaren ska ha rätt att avge sin inställning innan det aktuella arbetet påbörjas, men att denna rätt inte anses nödvändig om det rör sig om mindre arbeten. I andra stycket står "påbörja arbetet", vilket rent språkligt inte kan avse avgående arbete. Det kan också ifrågasättas om det är rimligt att entreprenören har ansvar för att tillvarata beställarens intressen om omständigheterna visar sig vara gynnsammare än väntat. Å andra sidan skulle det kunna anses falla inom lojalitetsplikten. Det är dessutom entreprenören som har bäst kännedom om arbetsområdet.

Någon påföljd för entreprenörens bristande underrättelse för avgående arbete är dock inte särskilt föreskrivet, eftersom AB 04 kap. 2 § 8 innebär att entreprenören vid sen eller utebliven underrättelse inte har rätt till "ersättning utöver kontraktssumman", vilket rimligtvis endast kan utgöra en påföljd vid bristande underrättelse vid ändrings- och tilläggsarbete. Att AB 04 kap. 2 § 8 endast avser likställda *tillkommande arbeten och ändringsarbeten*, men inte avgående arbeten, framstår som tydligt oaktat att det inte vinner stöd i bestämmelsens ordalydelse annat än motsatsvis. Bristande underrättelse från entreprenören skulle dock kunna omfattas av den allmänna upplysningsplikten enligt AB 04 kap. 2 § 9. Påföljden skulle därmed vara att entreprenören ska ersätta den skada som orsakas beställaren p.g.a. bristande underrättelse vid omständighet enligt AB 04 kap. 2 § 4 som föranleder avgående arbete. Det framstår dock som märkligt att underrättelseskyldighet till följd av omständighet enligt AB 04 kap. 2 § 4 skulle regleras genom två olika bestämmelser.

Även om de bestämmelser som avser underrättelser och påföljder inte talar till stöd för att AB 04 kap. 2 § 4 ska tolkas som att även avgående arbeten avses, finns det inget i den övergripande systematiken i AB 04 som talar emot att bestämmelsen skulle ha den innebörden. Det förefaller tvärtom som rimligt att beställaren har rätt att slippa betala för ett arbete som inte är nödvändigt p.g.a. gynnsammare förhållanden än väntat. Motsatsen, dvs. att AB 04 kap. 2 § 4 inte omfattar avgående arbeten, skulle innebära att entreprenören utför ett arbete som inte är nödvändigt alternativt inte utför ett arbete alls men likväl får betalt för det. En sådan ordning framstår som obalanserad. I det internationella standardavtalet för entreprenader, FIDIC-villkoren, är

SvJT 2015 s 274

"avgående likställda arbeten" tydligt reglerade. ^[Not 27] Det är t.ex. en självklarhet att bedöma och avräkna mer fördelaktiga markförhållanden än vad entreprenören borde räknat med vid bestämmande av om entreprenören ska ha rätt till tillkommande ersättning och tidsförlängning för påträffade avvikande markförhållanden. Detta ger stöd för att också AB 04 kap. 2 § 4 bör avse avgående arbeten. En sådan ordning skulle också innebära en rimlig balans mellan beställare och entreprenör, i vart fall om entreprenören väcker krav på tillkommande ersättning för likställda arbeten som har med arbetsområdets beskaffenhet att göra.

Sammanfattningsvis är ordalydelsen av AB 04 kap. 2 § 4 sådan att bestämmelsen, rent språkligt, kan omfatta också avgående arbeten. Tolkad i ljuset av övriga bestämmelser i AB 04, särskilt bestämmelserna om entreprenörens underrättelseskyldighet, blir situationen dock mer osäker. Det förhållande att "avgående likställda arbeten" förekommer i internationella standardavtal visar dock att det är en rimlig ordning. Det framstår som troligt att en allmän domstol som har att pröva frågan, vid tillämpning av HD:s tolkningsmetod, skulle finna att bestämmelsen reglerar avgående likställda arbeten. Å andra sidan skulle en systematisk tolkning, som tar fasta på underrättelsebestämmelserna, kunna gå åt andra hållet.

Om det är BKK:s uppfattning att bestämmelsen endast avser ändrings- och tilläggsarbete, vore en ändring av bestämmelsens ordalydelse nödvändig. Om avsikten å andra sidan är att bestämmelsen också omfattar avgående arbeten bör underrättelse- och påföljdsbestämmelserna justeras.

7.3 Exempel 2 – AB 04 kap. 5 § 13 st. 1

Enligt AB 04 kap. 5 § 13 st. 1 är entreprenören i förhållande till beställaren ansvarig för beställarens "skadeståndsskyldighet gentemot tredje man till följd av entreprenaden." Bestämmelsens innebörd har länge varit omstridd och utgör något av ett "klassiskt problem" i branschen. I branschen har anförts att bestämmelsen inte avser beställarens skadeståndsskyldighet gentemot part som beställaren ingått avtal med, i vart fall inte i den del skadeståndsskyldigheten går utöver vad som följer av utomobligatorisk rätt. Detta har även BKK "förtydligat" i ett särskilt uttalande ^[Not 28] samt i ett yttrande till HD ^[Not 29]. I den entreprenadrättsliga doktrinen framförs dock ståndpunkten att bestämmelsen också avser ansvar som beställaren har enligt avtal med tredje man. ^[Not 30]

Vad som omfattas av entreprenörens ansvar enligt AB 04 kap. 5 § 13 st. 1 framgår inte uttryckligen av ordalydelsen. Att det anges

SvJT 2015 s 275

"skadeståndsskyldighet gentemot tredje man", utan angivande av några begränsningar eller förtydliganden tyder dock, i vart fall i viss mån, på ett fullständigt övertagande av skadeståndsskyldighet. Det skulle innebära att entreprenören enligt ordalydelsen ansvarar för alla kontraktuella åtaganden som beställaren träffat med tredje man och som ger tredje man rätt till skadestånd "till följd av entreprenaden." Denna senare skrivning torde tolkas som "orsakats av entreprenaden", dvs. att skadeståndsskyldigheten har orsakats av entreprenaden och att det därmed föreligger ett orsakssamband mellan entreprenaden (på vilket sätt som helst som inte beror på beställaren, får antas) och beställarens skadeståndsskyldighet.

Syftet med AB 04 är att skapa en optimal ekonomisk riskfördelning mellan parterna. En viktig förutsättning för att optimera det ekonomiska utfallet av en entreprenad är att anbudsgivarna kan kalkylera sina kostnader utifrån förfrågningsunderlaget. Om bestämmelsen i AB 04 kap. 5 § 13 st. 1 ska tolkas som att entreprenören ansvarar för beställarens skadeståndsskyldighet också när den beror på avtalsbrott gentemot tredje man, försätts entreprenören i en situation där denna ska riskbedöma och kalkylera kostnaderna för en omständighet (beställarens avtalsvillkor gentemot tredje man) som entreprenören inte har någon kännedom om eller möjlighet att påverka. På så sätt talar systematiken i AB 04 emot att bestämmelsen ska tolkas som att entreprenörens ansvar också avser beställarens inomobligatoriska skadestånd. Inte heller skulle ett skadeståndsansvar för beställarens bristande uppfyllelse av inomkontraktuella åtaganden vara försäkringsbara för entreprenören.

Inom dispositiv rätt kan principen om adekvat kausalitet få betydelse för allmän domstols tolkning av AB 04 kap. 5 § 13. "Adekvansläran" sätter en gräns för hur lång en kausalkedja får vara för att den ska kunna leda till skadeståndsskyldighet. I propositionen till köplagen anges att påföljder av ett avtalsbrott som är "mycket avlägsna, onormala och opåräknliga" inte ska medföra skadeståndsskyldighet. ^[Not 31] Mot bakgrund av principen om adekvat kausalitet enligt dispositiv rätt, skulle därmed kunna anföras att AB 04 kap. 5 § 13 st. 1 inte kan omfatta sådan skadeståndsskyldighet som är avlägsen, onormal och opåräknelig.

Avseende motsvarande bestämmelse i tidigare versioner av AB 04 har uttalats att entreprenörens ansvar ska begränsas till skador som orsakats genom vårdslöshet. ^[Not 32]

Utifrån en allmän rimlighetsbedömning förefaller det som att entreprenörens ansvar torde begränsas i någon omfattning. En rimlig sådan avgränsning är att bestämmelsen endast avser beställarens *utomobligatoriska skadeståndsskyldighet*, dock oavsett om den skadelidande är avtalspart till beställaren eller inte.

SvJT 2015 s 276

Sammanfattningsvis är det vår uppfattning att ordalydelsen i AB 04 kap. 5 § 13 st. 1 är otydlig och skapar onödig legal osäkerhet genom att entreprenörens ansvar inte uttryckligen definieras eller begränsas. Det har bl.a. kommit till vår kännedom att internationella försäkringsbolag i vissa fall vägrar försäkra entreprenader om inte AB 04 kap. 5 § 13 ändras och ges den mer avgränsade innebörd som branschen anser att den har. Hur en allmän domstol som tillämpar HD:s tolkningsmetod skulle välja att tolka bestämmelsen är dock en öppen fråga, även om vi tror att många domare skulle låta adekvansresonemang och en allmän rimlighetsbedömning väga tungt vid tolkning, varvid branschens tolkning av AB 04 kap. 5 § 13 har goda förutsättningar att vinna gillande av domstolarna. Att ordalydelsen inte förtydligades vid revideringen av AB 92 framstår som besynnerligt.

7.4 Exempel 3 – AB 04 kap. 5 § 17 st. 2 men. 1

Enligt AB 04 kap. 5 § 17 st. 2 ska entreprenörens avhjälpande av fel ske inom viss tid:

Avhjälpande skall fullgöras utan dröjsmål och senast inom två månader räknat från det att besiktningsutlåtandet eller skriftlig underrättelse om fel tillställts entreprenören, såvida inte lämplig årtid bör avvaktas.

Av bestämmelsens ordalydelse följer att avhjälpande som utgångspunkt ska ske "utan dröjsmål". Vad som avses med begreppet varierar sannolikt från fall till fall (t.ex. beroende på hur komplicerat ett avhjälpande är), men ofta anges "inom fem dagar" motsvara utan dröjsmål i entreprenadsammanhang. Ett avhjälpande ska dock enligt ordalydelsen alltid ske inom två månader, om inte lämplig årtid bör avvaktas. Bestämmelsen är således synnerligen oklar genom att den anger två tidsfrister (fem dagar respektive två månader, med möjlig justering för lämplig årtid), utan någon närmare förklaring eller tillämpningsanvisning.

För att skrivningen ska vara begriplig bör den, enligt vår mening, förstås som att två månader är en yttre gräns för när avhjälpande ska ske. Ett annat sätt att tolka bestämmelsen, vilket inte sällan anförs av entreprenörer, är att ett avhjälpande inom två månader som utgångspunkt *alltid* är inom rätt tid. En sådan tolkning förefaller inte rimlig med hänsyn till att vissa slags fel måste avhjälpas i princip omedelbart för att minimera följdskador och i beaktande av att syftet med AB 04 är att parternas ekonomiska mellanhavanden ska optimeras och att fel snabbt ska avhjälpas.

Det enda som är tydligt är att lydelsen i AB 04 kap. 5 § 17 st. 2 är uppenbart otydlig. När ska ett akut fel, som innebär ett kostsamt stillestånd för beställaren eller riskerar att medföra allvarliga skador på entreprenaden eller annan egendom, avhjälpas? Vid en jämförelse med dispositiv rätt följer att fel enligt köplagen ska avhjälpas inom

SvJT 2015 s 277

skälig tid. ^[Not³³] Vad som är skälig tid får bedömas i det enskilda fallet, varvid felets natur och komplexitet påverkar tidsfristen. Enligt köplagen kan köparen sätta viss press på säljaren då ett för sent avhjälpande medför rätt till andra påföljder för köparen i form av prisavdrag eller hävning enligt 37 § köplagen. HD:s klargöranden i Felavhjälpandedomen, som kommenteras ovan, får anses innebära att ett för sent avhjälpande numera medför att beställaren kan sätta samma press på entreprenören genom att kräva entreprenören på skadestånd för förväntade avhjälpandekostnader, och för skada i övrigt om avhjälpande inte sker med den skyndsamhet som situationen kräver. Om entreprenörens försening med avhjälpandet är avsiktligt eller grovt vårdslöst skulle ett sådant skadeståndsansvar vara obegränsat.

Kvarstår gör dock frågan om vilken tidsfrist som gäller enligt AB 04 kap. 5 § 17 st. 2. Vi tror att en allmän domstol skulle snegla på köplagen och göra en rimlighetsbaserad tolkning av tidsfristens längd, varvid även parternas lojalitetsplikt troligen skulle beaktas. Därvid skulle tidsfristen för avhjälpande av akuta fel enligt vår uppfattning vara mycket kort, medan två månader säkert skulle kunna gälla som en yttersta gräns för fel som inte kan betecknas som akuta, men som medför olägenhet för beställaren eller risk för skada. ^[Not³⁴] Ett för sent avhjälpande skulle säkerligen utlösa ett skadeståndsansvar för entreprenören.

Det vore önskvärt att AB 04 kap. 5 § 17 st. 2 förtydligas och att olika tidsfrister tydligt anges gälla för olika typer av fel. Avtalsparter bör avtala om en ändring av bestämmelsen om beställaren har något intresse av få akuta fel avhjälpda i rimlig tid eller om entreprenören har ett behov av att markera att AB 04 kap. 5 § 17 inte bör innebära att entreprenören ska bekosta en felavhjälpandeorganisation som ständigt är "stand by".

8 Avslutande reflektioner

Även om HD:s metod för tolkning av AB 04 innebär ett ökat fokus på bestämmelsernas ordalydelse är den stora skillnaden i förhållande till den "traditionella" tolkningsmetoden, enligt vår mening, ett klart fokusskifte från BKK:s avsikt med en bestämmelse till bestämmelsens förhållande till den dispositiva rätten. Detta kan på kort sikt antas minska förutsebarheten inom entreprenadrätten, men på lång sikt skapa rimligare avgöranden som står bättre i samklang med den allmänna rättsutvecklingen inom civilrätten.

Den dispositiva rättens intåg i entreprenadrätten ställer nya krav på entreprenadjurister och avtalsparter. För juristerna blir goda obligationsrättsliga kunskaper viktigare och för avtalsparter kan det vara

SvJT 2015 s 278

nödvändigt att avseende otydligt formulerade bestämmelser överväga förtydliganden och ändringar i det enskilda fallet.

Att BKK:s avsikt med bestämmelserna i AB 04 får minskad betydelse är enligt vår mening något positivt, då denna ordning framstår som märklig och främmande för civilrätten i övrigt. Vi anser dock att BKK:s avsikt alltså kan vara relevant i frågor med tydlig koppling till entreprenadavtalets särart, eftersom kommitténs avsikt med en bestämmelse kan ge uttryck för en rimlig lösning av ett för entreprenadrätten specifikt problem. BKK:s avsikt blir därmed närmast en ståndpunkt att ta hänsyn till vid en allmän skälighetsbedömning.

HD:s tolkningsmetod skapar stora utmaningar för BKK. Inför nästa revidering av AB 04 är det, som tidigare framhållits, ^[Not 35] nödvändigt att BKK i större utsträckning än vad som tidigare synes ha varit fallet, tar ställning till hur bestämmelserna i AB 04 förhåller sig till den dispositiva rätten. Om så inte sker riskerar BKK att AB-avtalen "tolkas om" av de allmänna domstolarna. Uppgiften är svår, särskilt med hänsyn till att BKK:s arbete präglas av kompromisser mellan motstridiga branschintressen.

Vi ser fram emot en fortsatt spännande rättsutveckling inom entreprenadrätten, som för gott tycks ha gjort sitt inträde i kontraktsrättens finrum.

Fotnoter

[1] Författarna är verksamma vid Mannheimer Swartling Advokatbyrå. Författarna vill rikta ett tack till advokaten Johan Graneholt för värdefulla synpunkter.

[2] SvJT 2015 s. 20.

[3] Jfr Samuelsson, Per, Entreprenadavtal, 2011, s. 45 ff. och Mellqvist, Mikael, Entreprenadrätten och kontraktsrättens finrum, SvJT 2013 s. 236 ff.

[4] Köplagen § 2 st. 1 men. 2.

[5] I det följande kommer att hänvisas till standardavtalet AB 04, som är det senaste standardavtalet i AB-familjen som reglerar utförandeentreprenader.

[6] Prop. 1988/89:76 s. 63.

[7] Källenius, Sten, Entreprenadjuridik, 1960, s. 9.

[8] Uppräkningen gäller de standardavtal som avser utförandeentreprenader. För totalentreprenader finns egna standardavtal, där det senaste är ABT 06.

[9] ABA 99 ges ut av Sveriges Verkstadsindustrier och är ett exempel på ett ensidigt upprättat standardavtal. På samma sätt utges standardavtalen i NL-familjen av leverantörsföreningen Teknikföretagen.

[10] Ramberg, Jan & Ramberg, Christina, Allmän avtalsrätt, 2014, s. 133 f.

[11] Bernitz, Ulf, Standardavtalsrätt, 2013, s. 83-90.

[12] Bernitz, Ulf, Standardavtalsrätt, 2013, s. 91.

[13] Bernitz, Ulf, Standardavtalsrätt, 2013, s. 91-96. Se även betänkandet i NJA 2007 s. 35.

- [14] Hellner, Jan, The parol evidence rule och tolkning av skriftliga avtal i svensk rätt i Festskrift till Bertil Bengtsson, 1993, s. 204. Se även Hedwall, Mattias, Tolkning av kommersiella avtal, 2004, s. 84.
- [15] Bernitz, Ulf, Standardavtalsrätt, 2013, s. 95.
- [16] HD:s dom av den 28 november 2014 i mål nr T 176-12.
- [17] Se t.ex. BKK:s yttrande i Högsta domstolens mål nr T 511-13 (Felavhjälpandedomen). Se även utlåtanden på <http://www.foreningenbkk.org/index.php/utlatanden-m-m/>.
- [18] Jfr Mellqvist, Mikael, Entreprenadrätten och kontraktsrättens finrum, SvJT 2013 s. 264, fotnot 89.
- [19] Mellqvist framhåller att lag- och avtalskommentarer vanligen får ett högre värde om författaren till dessa inte deltagit i framtagandet av lagen eller avtalet, se Mellqvist, Mikael, Entreprenadrätten och kontraktsrättens finrum, SvJT 2013 s. 263 f.
- [20] NJA 2012 s. 597.
- [21] NJA 2013 s. 271.
- [22] HD:s dom av den 23 december 2014 i mål nr T 511-13.
- [23] HD:s dom av den 27 januari 2015 i mål nr T 407-13.
- [24] Bernitz, Ulf, Standardavtalsrätt, 2013, s. 95.
- [25] Se styckena 7 och 8 i Gotlandsdomen. HD lyfter dock fram vad som varit avsikten med den fackmässiga bedömningen.
- [26] Stycke 13 i Gotlandsdomen.
- [27] Se t.ex. FIDIC Yellow Book, första utgåvan 1999, punkt 4.12, näst sista stycket.
- [28] Se <http://foreningenbkk.webdoc.nu/wp-content/uploads/2014/01/BKKFortydligandenr-1.pdf>.
- [29] Se <http://www.foreningenbkk.org/wp-content/uploads/2014/01/Yttrande-till-HD-2007-04-20.pdf>.
- [30] Hedberg, Stig, Kommentarer till AB 04, ABT 06, ABK 09, 2012, s. 100.
- [31] Prop. 1988/89:76 s. 193.
- [32] Motiv AB 65, 1969, s. 127 f.
- [33] Köplagen §§ 34 och 37.
- [34] Enligt AB 04 kap. 5 § 17 st. 2, tredje meningen, föreskrivs ytterligare en tidsfrist. För vissa fel som inte medför risk för skada eller betydande olägenhet för beställaren kan parterna överenskomma om annan avhjälpandetidpunkt, varvid tidpunkten för garantibesiktningen dock utgör en definitiv sista dag för avhjälpande.
- [35] Se Ingvarson, Anders och Utterström, Marcus, Tolkning av entreprenadavtal – det köprättsliga kontrollansvaret möter hindersbestämmelserna i AB 04, SvJT 2015 s. 20, särskilt s. 39.