

JURIDISKA INSTITUTIONEN
Stockholms universitet

**Avhjälpande och prisavdrag i
entreprenadavtal**
**- Särskilt om rätten till ersättning för upp-
skattade avhjälpandekostnader**

David Lars Anders Brissman

Examensarbete i Entreprenadrätt, 30 hp
Examinator: *Jori Munukka*
Stockholm, Höstterminen 2013

Innehåll

1. Inledning	4
1.1 Syfte och frågeställningar	5
1.2 Metod och material.....	6
1.3 Litteratur.....	7
1.4 Disposition	8
2. Entreprenadrätt.....	8
2.1 Entreprenadavtalens tolkning.....	11
2.2 Påföljdssystemet i AB 04	13
2.2.1 Avhjälpande 5:17 AB 04.....	14
2.2.2 Värdeminskningssavdrag 5:18 AB 04.....	15
2.2.3 Skadestånd och hävning.....	16
2.3 5:17 AB 04 – Nuvarande och historisk ordalydelse.....	16
3. Domstolspraxis	17
3.1 Mölndals tingsrätt	18
3.1.1 Kommentar	19
3.2 Blekinge tingsrätt.....	19
3.2.1 Kommentar	20
3.3 Göta hovrätt.....	21
3.3.1 Kommentar	23
3.4 Svea hovrätt	23
3.4.1 Kommentar	25
3.5 Summering underrättsavgöranden.....	26
4. Avhjälpande och prisavdrag inom KöpL, KtjL, andra standardavtal och internationella principer	27
4.1 Avhjälpande och prisavdrag: köplagen.....	27
4.1.1 Avhjälpande 34 § KöpL	27
4.1.2 Prisavdrag 37 § KöpL	32
4.2 Avhjälpande och prisavdrag: konsumenttjänstlagen	34
4.2.1 Avhjälpande 20 § KtjL.....	35
4.2.2 Prisavdrag och hävning 21 § KtjL.....	37
4.2.3 Sammanfattning	39
4.3 Jämförelse med andra standardavtal och internationell utblick... 41	

4.3.1 Orgalime	41
4.3.2 FIDIC	43
4.3.3 ABA 99	45
4.4 Internationella principer	47
4.4.1 UNIDROIT	48
4.4.2 Draft Common Frame of Reference - DCFR	50
4.4.3 Principles of European Contract Law - PECL, Principles of European Law - PEL.....	52
4.5 Sammanfattning och kommentar	54
5. Analys och diskussion	56
6. Sammanfattning och slutsatser.....	63
7. Källförteckning	67

1. Inledning

Denna uppsats berör kommersiella avtal om byggnads- anläggnings-, och installationsentreprenader. I det följande kommer dessa avtal benämnas entreprenadavtal och då avses främst de större byggnads- och anläggningsarbeten som regleras genom standardavtal. Valet av entreprenadrätt som ämne grundar sig i att mitt intresse, under juristutbildningens gång, ofta har tagit vid där lagstiftarens på sätt och vis avtagit. Jämfört med lagstiftning är branschreglering och flerpartskompromisser något som jag ofta anser ligga närmare ”verkligheten”.

Framställningens problem, frågan om uppskattad avhjälpandekostnad och värdepappersavdrag, är ur mitt perspektiv i stort sett obehandlad på entreprenadrättens område. Detta får till följd att jag i relativt stor utsträckning behandlar frågeställningarna utifrån ett allmänt civilrättsligt perspektiv. Det var just denna aspekt som intresserade mig när jag formulerade arbetets frågeställningar, d.v.s. i vilken utsträckning t.ex. köplagen är tillämplig på AB 04 och vad det egentligen är som gäller när standardavtalet inte ger några klara svar? Av betydelse för framställningen är entreprenadrättens förhållande till den svenska köprätten och de slutsatser som kan dras av arbetet bör delvis vara av intresse även utanför entreprenadrättens och standardavtalens direkta tillämpningsområde.

Problemet kan i korthet beskrivas som en oklarhet om vad som gäller, dels enligt AB 04 såväl som enligt den svenska köplagen. I vilken utsträckning kan dispositiv rätt komplettera våra standardavtal och vilken ställning har de internationella rättsprinciperna på området? Ska de sistnämnda bedömas som rättskällor enligt svensk rätt eller är de enbart en källa till argument?

De för framställningen aktuella AB-standardavtalen arbetades under förra seklet fram som en kompromiss mellan de bägge avtalsparternas intressegrupper.¹ Således kunde när det första AB-avtalet skrevs verkliga problem lösas, eventuella problem förutses och komplikationer förebyggas på ett vad jag tror effektivare sätt jämfört med vad lagstiftning hade resulterat i. Eftersom bestämmelserna är gemensamt framtagna av beställar- och entreprenörsidan följer det sig

¹ Se t.ex. Höök, s. 62., Johansson, s. 10., och Liman, s. 16.

naturligt att avtalet tar hänsyn till båda parternas specifika intressen. Bevisligen har parterna också reviderat och tillagt bestämmelser vid behov, vilket antagligen har kunnat ske enklare jämfört med om de hade behövt visa trängande lagstiftningsbehov med den utförliga process som det ofta innebär.

I framställningen kommer orden ”han” och ”honom” att användas som personliga pronomen i subjekts- respektive objektsform tredje person singular. Detta för att undvika alltför upprepat användande av orden beställare och entreprenör. Naturligtvis kan en beställare eller en entreprenör vara av kvinnligt kön men i den här framställningen används av enkelhetsskäl således endast ”han” och ”honom”.

1.1 Syfte och frågeställningar

Framställningen syftar till att undersöka och klargöra vilka handlingsalternativ en beställare har när den ansvarige entreprenören inte avhjälper ett fel. Vad som avses mer konkret är den speciella situation som uppstår när ett fel har uppkommit i en entreprenad och entreprenören, trots att han är skyldig att avhjälpa felet, likväl inte gör det. Situationen är delvis reglerad i 5:17 3 st. AB 04 enligt vilken beställaren får låta avhjälpa felet på entreprenörens bekostnad. Bestämmelsen ger dock ingen ledning över huruvida beställaren faktiskt måste ha avhjälpt felet för att kunna få ersättning för ett felavhjälpande. Med utgångspunkt i denna bestämmelse kommer jag att besvara följande frågor avseende tillämpning av standardavtalet AB 04:

1. Förutsätts det att beställaren faktiskt har avhjälpt felet för att kunna få ersättning för avhjälpandekostnaderna? Spelar det någon roll om beställaren begär förskott och har för avsikt att avhjälpa felet, eller inte?
2. Kan beställaren istället ha rätt till värdeminskningsavdrag enligt bestämmelsen i 5:18 AB 04 även om felet är av väsentlig betydelse för entreprenadens bestånd?
3. Föreligger det någon skillnad mellan ersättningsberäkningarna enligt avhjälpandeersättning i 1. och värdeminskningsavdrag i 2.?

1.2 Metod och material

För att besvara de ovan ställda frågorna används i uppsatsen en rättsdogmatisk metod. Det innebär att lagstiftning, förarbeten, doktrin och praxis har använts i skrivprocessen för att försöka finna gällande rätt. Då den kommersiella entreprenadrätten är oreglerad i lagstiftning är det huvudsakligen en kombination av doktrin, underrättsavgöranden och standardavtal som har använts.

Behandlingen av standardavtalen faller sig naturlig då framställningen i grund och botten handlar om att tolka bestämmelser i AB 04. Eftersom utgångspunkten vid avtalstolkning är den gemensamma partsviljan innebär tolkningen av standardavtal ett klart avsteg från den klassiska rättsvetenskapliga metoden. Detta följer av att avtal inte klassificeras som någon rättskälla enligt den klassiska rättskällevärdet.² Härvid bör dock nämnas att AB 04 är det stora huvudavtalet på området och har jämförts med en lag för byggnads- och anläggningsindustrin.³ Metoden som används vid tolkning av standardavtal behandlas nedan (2.1).

Det finns en stor mängd olika entreprenadavtal och då jag i den här uppsatsen har valt att utgå ifrån bestämmelserna i AB 04 har arbetets omfång begränsats avsevärt. I stor utsträckning är de för uppsatsen aktuella bestämmelserna likalydande i flertalet av AB-familjens avtal och därmed kan tolkningen av ett avtal lämna avtryck även på andra närliggande områden. Av denna anledning kommer även andra standardavtal att behandlas då det är befogat, likaså kommer jag använda mig av internationellt material i den utsträckning det är relevant. I korthet kan sägas att AB 04 inte erbjuder någon direkt ledning för hur de för uppsatsen aktuella bestämmelserna ska tolkas. Vidare finns i dagsläget inget avgörande från HD som klargör situationen. Istället är det underrättsavgöranden som har berört frågan på relevant sätt, dock med varierande utgång.⁴

Min behandling av dessa underrettsavgöranden förtjänar en särskild kommentar. Då de i arbetet ställda frågeställningarna delvis har behandlats i ett fåtal opub-

² Peczenik, s. 35 f. För vidare diskussion om gällande rätt och rättskällor se Hellner, s. 29 f.

³ Se t.ex. Hellner, Hager & Persson (1:a), s. 127 och Källemus, s. 14.

⁴ Nedan kommer mål T 1624-02 (Mölnåls tingsrätt), mål T 145-08 och T 368-09 (Blekinge tingsrätt), T 6100-07 (Svea Hovrätt) samt T 2232-11 (Göta Hovrätt, överklagad till HD som meddelade partiellt prövningstillstånd 2013-09-23 HD:s mål T 511-13) att gås igenom.

licerade underättsavgöranden finner jag det befogat att inkludera kortare rättsfallskoncentrat för de fallen. Dessa är samtliga kraftigt nedkortade till att enbart beröra de för uppsatsen relevanta frågorna. Jag finner alltså koncentratmetoden lämplig för att ge en bakgrund till tvisterna och placera frågorna i sitt sammanhang.

Även om entreprenadavtalet ska behandlas som en självständig avtalsform går det inte att bortse ifrån dess koppling till såväl obligationsrätten som den allmänna förmögenhetsrätten. AB 04 är inte på något sätt ett heltäckande avtal och problemet med ersättning för uppskattad avhjälpandekostnad gör sig gällande även inom köprätten. En av de centrala frågorna i framställningen är vad som kan ge svar på entreprenadrättsliga frågor när AB 04 inte gör det. HD talar om att allmänna civilrättsliga principer uttryckta i köplagens bestämmelser ska användas och i framställningen kommer såväl köplagens- som konsumenttjänstlagens bestämmelser att beaktas vid bestämmandet av gällande rätt. Vidare kommer andra standardavtal, nationella såväl som internationella, att konsulteras och beaktas i syfte att sätta bestämmelserna i sitt större sammanhang samt söka alternativ och ledning för att besvara framställningens frågeställningar. Av samma anledning faller det sig naturligt att doktrinen har beaktats inom såväl entreprenad- som köprättsens område.

1.3 Litteratur

Frågan om ersättning för uppskattad avhjälpandekostnad är oerhört sparsamt behandlad i den entreprenadrättsliga litteraturen.⁵ Detta ska dock inte ses som ett tecken på att frågan är irrelevant, tvärtom har den mycket stor praktisk betydelse och förtjänar att behandlas grundligt. Vad gäller uppskattad avhjälpandekostnad inom köprätten har frågan behandlats något utförligare.⁶ Utöver

⁵ Följande framställningar berör inte alls problematiken: Hellner, Hager & Persson. Speciell avtalsrätt II kontraktsträtt, Höök, R., Entreprenadjuridik, Johansson, S., Entreprenadrätt och praktik, Källenius, S., Entreprenadjuridik, Liman, L-O., Entreprenad- och konsulträtt, Rådberg, Å., Byggjuridik i praktiken, Samuelsson, P., Entreprenadavtal – särskilt om ändrade förhållanden,

⁶ Herre, J., Ersättningar i Köprätten, Ramberg, J., Köplagen en kommentar, Håstad, T., Köprätten,

detta finns det antal artiklar som i varierande utsträckning behandlar frågan ur ett entreprenadrättsligt perspektiv.⁷

1.4 Disposition

Det följande avsnitt två inleds med en del om entreprenader i allmänhet som följs av påföljdssystemet i AB 04. I avsnitt tre presenteras den knapphändiga rättspraxis som finns på området med tillhörande kommentarer. Avsnitt fyra inleds med en behandling av avhjälpandeinstitutet enligt köplagens och konsumenttjänstlagens bestämmelser. Avsnittet avslutas med en jämförelse med andra standardavtal och vissa internationella civilrättsliga principalsamlingar. Framställningen fortsätter med en diskussion kring avhjälpande och prisavdrag i AB 04 utifrån bestämmelsernas ändamål och systematiska överväganden i avsnitt fem, däri ingår också en del kommentarer och återkopplingar till de tidigare avsnitten. Slutligen avslutas arbetet med en sammanfattning och slutsatser i avsnitt sex.

2. Entreprenadrätt

Ser man till uppförandet av en entreprenad kan tankarna utan större problem dras till två avtalsformer, arbetsbeting och leverans av vara. Målet med ett entreprenadavtal är också att en prestation ska utföras, vilken som regel innefattar både arbeten och leveranser. Över det förra seklet utvecklades dock entreprenadavtalet till en särskild avtalstyp vilket leder till att leveranserna i en entreprenad följer entreprenadavtalet och inte betraktas som ett köp.⁸ Själva termen entreprenadavtal har heller inte någon legaldefinition och förekommer varken i lagstiftning eller annan författningstext.⁹

I stället för någon klar definition av entreprenadavtalets innebörd erbjuds vi på spridda platser i lagstiftningen kortfattade avgränsningar, t.ex. i 1 § konsumenttjänstlagen som anger att lagen innehåller bestämmelser om tjänster som avser

⁷ Den mest utförliga behandlingen återfinns i Ossmer, Per, SvJT 2006 s. 645, där han kommenterar Mölndalsdomen. I SvJT 2013 s. 233 återfinns lagmannen Mikael Mellquists betraktelse över entreprenadrätten och slutligen kommenterar Lars Edlund en skiljedom om uppskattad avhjälpandekostnad i JT 1997-98, s. 227.

⁸ Samuelsson, s. 15 f.

⁹Ibid, s. 13. där han också hänvisar till 1826 års civillagsförslag där det fanns regler om entreprenadavtal. Se Förslag till allmän civillag, 12 kap. HB ("Om byggnads- eller annat arbetsbeting").

uppförande eller tillbyggnad av en- eller tvåbostadshus (småhusentreprenader). Ett annat exempel finns i 2 § köplagen där det anges att avtal om uppförande av byggnad eller annan fast anläggning på mark eller i vatten faller utanför lagens tillämpningsområde. Ordet arbetsbeting har använts för att beskriva entreprenadavtalet i såväl framställningar som i allmänna domstolars rättsliga avgöranden,¹⁰ men entreprenadavtalet som avtalsform kan dock enbart beskrivas som en delklass av arbetsbetinget i dess traditionella form och de ska därför inte förstås som synonymer.¹¹ Källenius framhöll också att varken de allmänna obligationsrättsliga principerna för arbetsbetinget eller köplagens regler är direkt tillämpliga på entreprenadavtalen.¹² Entreprenadavtalet bör alltså behandlas som en självständig avtalsform och har av Samuelsson getts följande innebörd:

”entreprenadavtal är sådana avtal där den ena parten (entreprenören) åtar sig att inom angiven tid utföra vissa avtalade bygg- och anläggningsarbeten och där den andra parten (beställaren) är tillförsäkrad en rättslig kompetens att fortlöpande ändra motpartens åtagande under avtalets löptid (ändringsbefogenhet).¹³

Jag anser att denna definition på ett bra sätt summerar entreprenadrättens särdrag och det är denna innebörd som kommer att åsyftas fortlöpande. Om nu entreprenadavtalet är en självständig avtalsform och standardavtal i praktiken används i stor utsträckning, i vilken omfattning kan det då tillämpas utan uttryckligt avtal därom? Enligt Hellner kan AB-avtalen varken tillerkännas ställning som allmänna rättsgrundsatser eller som handelsbruk vilket uttränger dispositiva lagregler.¹⁴ Vidare hävdar Samuelsson att då entreprenadavtalet varken är lagreglerat eller förknippat med allmänna regler, som gäller bara för detta avtal, kan entreprenadavtalet inte klassificeras som en egen avtalstyp.¹⁵

Genom att inte klassificeras som en egen avtalstyp (jfr köpavtal, hyresavtal, transportavtal) kan man inte heller tala om entreprenadrätten som ett rättsom-

¹⁰ Höök, s. 11. ”Entreprenadavtal är till sin grundkaraktär ett arbetsbeting”.

¹¹ Samuelsson, s. 14.

¹² Se Källenius, s. 13.

¹³ Samuelsson, s. 17.

¹⁴ Hellner, Hager & Persson (1:a) s. 131. Se också NJA 1985 s. 397 II där HD inte tillämpade AB 72 när detta inte var särskilt avtalat.

¹⁵ Samuelsson, s. 47.

råde.¹⁶ Avtalstyper inom ett rättsområde består till stor del av utfyllande rättsnormer, normer som blir tillämpliga inom ett visst avtalsförhållande i den mån avtalet inte avviker från dem. Då det finns en etablerad utfyllande rättsnorm kan det bli aktuellt med bunden utfyllnad, med innebörden att rättstillämparen under vissa förutsättningar är skyldig att tillämpa och komplettera avtalet med de aktuella normerna.¹⁷ Samuelsson anför att detta får betydelse vid tolkning av entreprenadavtal, eftersom de, enligt honom, inte utgör någon egen avtalstyp saknas i stor utsträckning etablerade utfyllande rättsnormer vilket leder till att bunden utfyllnad inte kan komma ifråga.

Utgångspunkten är således att vi har en lucka, eller i vart fall att en tvistefråga inte är klart avgjord genom avtalstexten och frågan blir då vad som ska gälla? Eftersom det saknas etablerade utfyllande rättsnormer leder detta till att rättstillämparen måste använda sig av fri utfyllnad. Med det avses att rättstillämparen inom gränserna för den diskretionära beslutskompetensen får utfylla avtalet efter eget gottfinnande.¹⁸ Rodhe anför att rättstillämparen, när det kommer till fri utfyllnad, i första hand ska sträva efter att skapa en dispositiv regel och först om situationen inte har en tillräckligt allmängiltig karaktär har rättstillämparen att utöva ett helt fritt skön.¹⁹ När sådana uttalanden sker inom ramen för den högsta dömande instansens rättsbildningskompetens kan de accepteras som utfyllande dispositiva rättsnormer med följd att de därefter avgränsar den diskretionära beslutskompetensen och därmed bildar underlag för bunden utfyllnad.²⁰ Detta är av intresse då frågan om uppskattad avhjälpandekostnad i AB 04 bör anses ha tillräckligt allmängiltig karaktär vilket i sin tur torde innebära att HD:s bedömning inte kan ske efter fritt skön utan istället bör utmynna i en ny ”dispositiv regel”.

¹⁶ Ibid. s. 46.

¹⁷ Ibid. s. 47.

¹⁸ Arvidsson, s. 209.

¹⁹ Rodhe I, s. 8.

²⁰ Arvidsson, s. 210 med hänvisning till NJA 1998 s. 448, NJA 1999 s. 629, och NJA 2009 s. 672 som illustrerande exempel på fri utfyllning i senare rättspraxis.

2.1 Entreprenadavtalens tolkning

Eftersom det inte finns någon lagstiftning på entreprenadrättens område har de aktiva parterna till mångt och mycket skapat sina egna regler.²¹ För att använda sig av dessa allmänna bestämmelser måste det mellan beställaren och entreprenören antecknas i entreprenadkontraktet att standardavtalet, t.ex. AB 04, äger tillämplighet på parternas förhållanden. Angående tolkning av AB 04, som är ett *agreed document*, framhålls ofta betydelsen av en objektiv tolkning²² och utfyllnad²³. I fokus för tolkningen ska då ligga de gemensamma dragen i en bransch eller en större krets av jämförbara avtalsförhållanden.²⁴ Utöver detta gäller även den välbekanta metoden att tolka det tillämpliga avtalet som en sammanhängande helhet och varje aktuellt avtalsvillkor ska då läsas tillsammans med övriga villkor i avtalet.²⁵

När objektiv tolkning av själva avtalsbestämmelserna inte ger någon klarhet tillämpar domstolarna en friare tolkning mot bakgrund av dispositiv rätt, som då fungerar som komplement.²⁶ Dispositiv rätt får på så vis en betydande indirekt genomslagskraft och hjälper domstolen att fastställa avtalets innehåll när det inte framgår att parterna har avsett något annat. Bernitz förklarar detta som att dispositiv rätt fungerar som *bakgrunds rätt* vilket sker på två olika sätt, mellan vilka man inte kan dra någon tydlig gräns:

- Dels som grundval för tolkningen av oklara avtalsbestämmelser och
- dels som kompletterande rätt som fyller ut luckor i parternas avtal ("gap filling").²⁷

Detta belyses väl i två nyligen avgjorda fall där Högsta domstolen uttalade sig om tolkningen av AB:

"Standardvillkoren i AB 92 har förhandlats fram mot bakgrund av allmänna obligationsrättsliga principer och köplagens regler. Det är därför naturligt att tolka villkoren i ljuset av den dispositiva rätt som annars skulle ha tillämpats,

²¹ För en kortfattad redogörelse över AB avtalens historia och framväxt, se Källenius.

²² Bernitz, s. 86.

²³ Bernitz, s. 90.

²⁴ Samuelsson, s. 37 f.

²⁵ NJA 1987 s. 553, NJA 1990 s. 24, NJA 1991 s. 319 och NJA 1992 s. 403.

²⁶ Bernitz, s. 94.

²⁷ Bernitz, s. 90.

*dvs. obligationsrättsliga principer för avtal av detta slag, varav en del har kommit till uttryck i köplagen (jfr NJA 2012 s. 597 p. 13). Om någon gemensam partsavsikt inte kan anses föreligga och det inte heller finns några omständigheter vid sidan av avtalstexten som kan klargöra hur parterna uppfattade ett omtvistat standardvillkor, bör tolkningen inriktas på villkorets ordalydelse.*²⁸

Högsta domstolen verkar här ha vidareutvecklat det som sas i NJA 2012 s. 597 p. 13. I det fallet uttalade domstolen att:

”Det är i ett sådant fall naturligt att vid bestämningen av avtalsinnehållet utgå från vad som gäller enligt dispositiv rätt.”

Denna slutsats drogs dock först efter att domstolen konstaterat frånvaron av såväl gemensam partsavsikt som andra omständigheter som kan bidra till att klargöra hur avtalsparterna uppfattade villkoret vid avtalstidpunkten. I ett sådant fall var det enligt ordalydelsen, i den för fallet aktuella bestämmelsen, möjligt att tolka villkoret enligt de bägge parternas skilda uppfattningar. Slutligen noterades att avtalets systematik inte heller gav någon ledning för den aktuella frågan. Det bör poängteras att Högsta domstolen här diskuterar bestämmande av avtalsinnehåll och att det då är i sista rummet man ska utgå från innehållet i dispositiv rätt.

Uttalandet i Gränbymålet förefaller peka ut ett tillvägagångssätt i form av en rangordning vid tolkning av standardvillkor. Utgångspunkten är att då en bestämmelses ordalydelse är klar och tydlig får den anses utgöra den gemensamma partsviljan. Om ordalydelsen däremot är öppen, dvs. att den tillåter två eller flera olikbetydande tolkningar, gäller i första rummet att tolka villkoren i ljuset av den dispositiva rätten. I praktiken har jag också svårt att se att domstolen skulle gå emot en klar ordalydelse och i behandlingen av domarna nedan kommer jag att uppmärksamma i vilken utsträckning utfyllande tolkning har använts i underrätterna. Det tycks som att HD har valt att förespråka denna tolkningsmetod med utfyllnad enligt allmänna civilrättsliga principer vilka i relation till AB-familjen primärt finns att finna i köprätten.

²⁸ Högsta domstolens dom NJA 2013 s. 271 p. 7., nedan kallat Gränbymålet.

Trots svårigheterna med att förutspå HD:s agerande finner jag det vara av intresse att särskilt uppmärksamma de underrättsavgöranden där utfyllande tolkning med hjälp av just allmänna civilrättsliga principer har använts. Förhoppningsvis kan det ge viss ledning om var HD kommer att landa i frågan om ersättning för uppskattade avhjälpandekostnader och rätten till värdeminskningsskadeavdrag när avgörandet, i deras nu aktuella entreprenadrättsliga mål, väl faller.

När vi talar om HD:s eventuella tillvägagångssätt vid tolkning är det också viktigt att komma ihåg domstolens frihet att hämta inspiration från vilken rättskälla som helst vid analys och konklusioner. Från vilken specifik rättskälla det avgörande argumentet hämtas är svårt att beskriva i generella termer och torde till stor del bero på omständigheterna i det aktuella fallet.²⁹

2.2 Påföljdssystemet i AB 04

Syftet med framställningen är som nämnts ovan inte att ge någon allmän beskrivning av entreprenadförfarandet utan att i detalj utreda vissa specifika påföljder vid fel i AB 04.

Fel är definierat i AB 04:s begreppsbestämningar enligt följande:

Fel: avvikelse som innebär att en del av en entreprenad inte utförts alls eller inte utförts på kontraktensligt sätt.

Av avgörande betydelse för felbedömningen är således vad som framgår av kontraktshandlingarna, främst är då ritningar och beskrivningar av intresse. Fel föreligger alltså enbart när något strider mot det som föreskrivits i avtalet. Entreprenörens ansvar för fel varierar beroende på när felen upptäcks och dess karaktär.³⁰

För att avgöra entreprenadens skick används besiktning som vanligen enligt 7:7 AB 04 utförs av ”en därtill lämpad person som beställaren utser”. Besiktningsmannen, ofta en erfaren tekniker, lämnar ett utlåtande där han enligt 7:13 AB 04 ska anteckna: ”*Fel som enligt besiktningsmannen föreligger, liksom anmärkningar som beställaren har påtalat men som enligt besiktningsmannens*

²⁹ Mellqvist, SvJT 2013 s. 233.

³⁰ Se t.ex. Liman, s. 132, Johansson, s. 265 f. och Höök, s. 85 ff.

mening ej utgör fel...". Detta får betydelse för entreprenörens ansvar att avhjälpa fel enligt 5:17.

Efter slutbesiktning enligt 7:11 löper en garantitid som, om inte annat avtalats, är fem år för entreprenörens arbetsprestation och två år för material och varor (4:7). Enligt 5:5 ansvarar entreprenören för fel som framträder under garantitiden och i den anslutande kommentaren stadgas att en garanti i AB 04:s bemärkelse innebär en skyldighet för entreprenören att avhjälpa de fel som framträder under garantitiden. Efter garantitidens slut ansvarar entreprenören endast för väsentliga fel som visas ha sin grund i vårdslöshet. Ansvarstiden för dessa fel är tio år från och med entreprenadens godkännande enligt 4:7 1 st.

2.2.1 Avhjälpan 5:17 AB 04

Den för framställningen oerhört centrala bestämmelsen återges här i fulltext:

5:17: "Entreprenören är berättigad och skyldig att avhjälpa vad som i besiktningens utlåtande antecknats utgöra fel samt fel som beställaren skriftligen underrättat om enligt § 15 i detta kapitel.

Avhjälpan skall fullgöras utan dröjsmål och senast inom två månader räknat från det att besiktningens utlåtande eller skriftlig underrättelse om fel tillställts entreprenören, såvida inte lämplig årtid bör avvaktas. Fel som inte medför risk för skada på entreprenaden eller olägenhet av betydelse för beställaren, får avhjälpas vid annan tidpunkt som parterna kommer överens om, dock senast i samband med garantitidens utgång. Entreprenören skall utan dröjsmål skriftligen underrätta beställaren när fel avhjälpas.

Om entreprenören anser att han inte är ansvarig för felet, skall han skriftligen underrätta beställaren om detta. Om entreprenören inte avhjälpas felet inom föreskriven tid eller skriftligen har underrättat att han inte avser att avhjälpas felet, får beställaren låta avhjälpas felet.

Om entreprenören inte ansvarar för felet har han rätt till ersättning enligt kapitel 6 §§ 1-7 och 11.

Om entreprenören ansvarar för felet sker avhjälpandet på hans bekostnad. Vid entreprenad på löpande räkning då felet avser arbete som inte har utförts sker

avhjälpandet dock på beställarens bekostnad, om entreprenören inte tidigare erhållit ersättning för arbetet ifråga.”

Bestämmelsens första stycke stadgar ett berättigande och en skyldighet för entreprenören att avhjälpa allt som antecknats utgöra fel. Därutöver är entreprenören skyldig att avhjälpa även om det inte föreligger något fel för vilket han ansvarar, vilket då föranleder ersättning från beställaren till entreprenören. I tredje stycket stadgas att beställaren får låta avhjälpa felet om entreprenören antingen underlåter att avhjälpa eller skriftligen meddelar sin avsikt att inte avhjälpa felet. BKK har alltså uppenbarligen insett svårigheten i att tvinga en entreprenör att avhjälpa ett fel och därmed anfört att *”Beställaren har då rätt att själv ombesörja avhjälpandet och kräva ersättning”*.³¹ Så mycket mer framgår varken av bestämmelsen eller av BKK:s handledning, hur då bestämmelsen ska tolkas behandlas *in extenso* nedan.

2.2.2 Värdeminskningsavdrag³² 5:18 AB 04

Då vissa fel skulle vara oskäligt dyra att avhjälpa (oftast benämnda som skönhetsfel) kan entreprenören slippa undan antingen med ett begränsat avhjälpande eller ingen åtgärd alls, vilket ger beställaren en rätt att göra prisavdrag enligt 5:18. I 7:14 p 17 stadgas att besiktningsmannen i sitt besiktningsutlåtande ska anteckna fel som enligt 5:18 får kvarstå och även uppskattad nedsättning av entreprenadsumman med anledning av felen. 5:18 lyder enligt följande:

”Fel som inte i väsentlig grad påverkar entreprenadens bestånd, utseende eller möjligheten att använda den på ändamålsenligt sätt är entreprenören inte skyldig att avhjälpa, i den utsträckning detta skulle vara oskäligt med hänsyn till avhjälpandekostnader och andra omständigheter.

Vid tillämpning av föregående stycke är beställaren berättigad till avdrag på entreprenadsumman med belopp motsvarande skillnaden mellan värdet på entreprenaden i kontraktens skick respektive felaktigt skick. Beloppet skall dock inte vara mindre än den besparing entreprenören gjort genom det felaktiga utförandet. Motsvarande gäller om åtagande inte har utförts enligt miljö-

³¹ BKK, entreprenadbesiktning, s. 55.

³² I framställningen används termerna värdeminskningsavdrag och prisavdrag för att beteckna samma påföljd i AB 04, nämligen 5:18.

planen eller kvalitetsplanen, såvida inte detta lett till förlängning av garantitiden enligt kapitel 4 § 9.”

Prisavdrag ses alltså som ett alternativ till avhjälpande och beräknas efter den proportionerliga metoden enligt bestämmelsens andra stycke. Nämnvärt är att entreprenören alltid har rätt att avhjälpa även ”5:18 fel” för att undvika prisavdrag. Bestämmelsen har ansetts utgöra en skyddsregel för entreprenören mot en alltför krävande beställare som vill ha vartenda skönhetsfel avhjälp³³. Enligt bestämmelsens ordalydelse framgår att prisavdrag inte kommer i fråga när det rör sig om väsentliga fel. Sett till att bestämmelsen ser till att skydda entreprenören från orimliga krav på avhjälpande av skönhetsfel är detta något motsägelsefullt. Frågan är då om prisavdrag enbart kan bli aktuellt under den begränsade situationen angiven i den citerade bestämmelsen? Möjligheten till prisavdrag vid väsentliga fel diskuteras vidare nedan, främst i avsnitt 5 och 6.

2.2.3 Skadestånd och hävning

Den centrala skadeståndsregeln i 5:11 stadgar att om inte annat är föreskrivet ansvarar part för den skada han åsamkar genom vårdslöshet. Rätt till skadestånd föreligger också om skadan beror på fel för vilket entreprenören är ansvarig. För framställningen är dock regleringen i åttonde kapitlet av större intresse. Enligt 8:1 kan avtalet hävas enbart såvitt avser återstående arbeten och då finns en möjlighet till skadestånd enligt 8:6. Eftersom retroaktiv hävning inte kan ske blir denna bestämmelse eventuellt av mindre betydelse vid hävning på grund av fel.

2.3 5:17 AB 04 – Nuvarande och historisk ordalydelse

Tittar vi på 5:17 AB i dess nuvarande lydelse kan inledningsvis sägas att Stig Hedberg i sin kommentar till AB 04 och ABT 06 (den mest utförliga behandlingen av avtalet) inte ger något tvärsäkert svar på frågan om ersättning för uppskattad avhjälpandekostnad.³⁴ Han beskriver det som att det lutar åt att en *de facto* uppkommen avhjälpandekostnad krävs innan beställaren kan få någon

³³ Ossmer, SvJT 2006 s. 645.

³⁴Hedberg, s. 104.

ersättning. Bestämmelsens ordalydelse har varit någorlunda likalydande under AB-avtalens historia och i sak motsvarat dess föregångare.³⁵

Motiv AB 72 var den sista årgången av motiv till AB-avtalen och vad gäller avhjälpandekostnad påpekas där att beställaren har rätt att enligt 6:13, i avvaktan på slutligt avgörande, innehålla ett betryggande belopp för avhjälpande av brist och fel.³⁶ Enligt mig personligen kan en möjlig tolkning av detta vara att eftersom beställaren faktiskt har rätt att innehålla betalning till dess avhjälpande sker borde det inte uppkomma någon situation där beställaren finner sig utan likvida medel för att själv bekosta ett avhjälpande och sedan rikta krav mot entreprenören. Någon rätt till ersättning för uppskattad avhjälpandekostnad skulle då måhända inte vara nödvändig och frågan diskuteras vidare nedan i avsnitt fem.

Sammanfattningsvis kan sägas att några klara uttalanden om ersättning för uppskattad avhjälpandekostnad inte står att finna varken bland de äldre motiven eller de nyare kommentarerna. I det följande avsnittet fortsätter framställningen med fullständig behandling av den knapphändiga underrättspraxis som finns på området. Samtliga avgöranden kommenteras med utgångspunkt i vad respektive falls domslut erbjuder för lösning på framställningens frågeställningar.

3. Domstolspraxis

Som nämnts ovan har frågan huruvida rätten till ersättning för avhjälpande förutsätter att beställaren faktiskt har avhjälpit felet endast berörts i ett fåtal underrättsavgöranden. Det rör sig om två tingsrätts- samt två hovrättsavgöranden där frågan besvaras genom olika lösningar. Med vetskapen att det enbart rör sig om underrättsavgöranden är syftet med behandlingen ändock att utreda i vilken utsträckning domstolarna dels har löst fallen genom att tolka de enskilda avtalsbestämmelserna och dels genom att fylla ut desamma med allmänna civilrättsliga principer hämtade ur dispositiv rätt.

³⁵ Även om inte texten har bevarats ordagrant överensstämmer 5:17 AB 04 med 7:25 i AB 92, vilken överensstämmer med 7:24 i AB 72, som överensstämmer i sak med 7:24 i AB 65 som i sin tur motsvarade § 19 mom 17 i AB 54.

³⁶ Motiv AB 72, s. 231. Motiveringen är i princip ordagrant likalydande i Källenius, s. 218.

3.1 Mölndals tingsrätt³⁷

Lantmännen gav Alucrom i uppdrag att såsom totalentreprenör med tillämpning av ABT 94 renovera och måla fyra silor. Entreprenadarbetena slutfördes och godkändes vid slutbesiktning, garantitiden var två år och någon garantibesiktning hölls inte. Under garantitiden reklamerade Lantmännen och påtalade att färgsläpp hade iakttagits på de målade silorna. Alucrom gav i uppdrag till Christian Olind A/S att åtgärda de reklamerade felen vilket också utfördes. Lantmännen gjorde därefter en besiktning där det framgick att färgen hade applicerats vid för låg temperatur. Alucrom gavs möjlighet att se de påstådda felen och meddelade att bolaget inte ansåg sig ansvarigt för dessa. Lantmännen yrkade ersättning om 1 742 500 kr och grundade sin rätt till ersättning på grund av fel i utförandet. Värt att notera är att Lantmännens talan var inskränkt till avhjälpandeersättning och därför kom möjligheten till skadestånd eller nedsättning av entreprenadsumman aldrig upp till prövning.

Tingsrätten ansåg det inte nödvändigt att överväga ifall det förelåg fel i entreprenaden för vilket entreprenören var ansvarig eller inte. Istället analyserade domstolen bestämmelserna i ABT 94 7:25-26 och fann att en ordalydelsetolkning gör sig särskilt starkt gällande när det gäller ett regelverk som ABT, vilket i den vardagliga hanteringen tillämpas av icke juridiskt skolade personer. Regeln i 7:25 att beställaren kan begära att ett fel avhjälpas på ett visst sätt, och blir skyldig att ersätta entreprenören för hans arbete i de situationer då det inte föreligger något fel, leder till att beställaren avhåller sig från att begära alltför långtgående åtgärder för avhjälpande. Enligt TR skulle en möjlighet till ersättning för uppskattad avhjälpandekostnad leda till en icke önskvärd obalans mellan beställaren och entreprenören. Vidare skulle en ersättning för uppskattad avhjälpandekostnad vara fri för beställaren att förfoga över. En sådan ersättning kan närmast betraktas som ett skadestånd alternativt en nedsättning av entreprenadsumman. Enligt tingsrätten är rätten till dessa påföljder särskilt reglerad i ABT 94 och inte aktuell i detta fall. Då TR fann att ordalydelsen i de aktuella bestämmelserna om avhjälpande ger klart uttryck för uppfattningen att

³⁷ Dom 2003-11-14, mål nr T 1624-02. Parterna hade i särskilt avtal enats om att tingsrättens dom inte fick överklagas.

beställaren har rätt till ersättning enbart under förutsättning att det påstådda felet har avhjälpats och Lantmännen inte hade haft någon faktisk kostnad för avhjälpande av felet lämnades Lantmännens talan utan bifall.

3.1.1 Kommentarer

Oundvikligen bör nämnas att det sig om en starkt kritiserad dom,³⁸ (förvisso med stort genomslag) i en underrätt, som meddelades av endast en domare och parterna hade överenskommit att den inte fick överklagas. Enligt Ossmer och Wollsen leder domen till den något märkliga slutsatsen att beställaren vid fel som består i att det saknas något i entreprenaden först måste betala för leverans av det saknade innan han kan begära återbetalning hos entreprenören för sådant som entreprenören inte haft rätt att få betalt för.³⁹ Tingsrättens lösning leder uppenbarligen till att det uppstår en risk för att en beställare som av ekonomiska skäl är oförmögen att avhjälpa felet blir utan ersättning. Enligt tingsrättens uppfattning är en av riskerna med ersättning för uppskattad avhjälpandekostnad att beställaren kan avstå från att avhjälpa och använda pengarna till annat, vilket då i praktiken innebär att ersättningen närmast är att betrakta som ett skadestånd. Det kan svårligen dras några generella slutsatser från tingsrättens lösning, visserligen finns det stöd för uppfattningen att ersättning för avhjälpandekostnad förutsätter ett *de facto* avhjälpande⁴⁰ men det får nog anses råda oklarhet ifall frågan löses enbart genom en hänvisning till Hedberg. Sammanfattningsvis leder Mölndals tingsrätts avgörande till att beställaren endast kan få ersättning för en faktiskt uppkommen avhjälpandekostnad.

3.2 Blekinge tingsrätt⁴¹

Ronneby kommun (Kommunen) lät utföra om- och tillbyggnadsarbeten på en av Kommunens fastigheter. Bland annat anlätades BWE Bauwerkserhaltung AG (Bolaget) för att utföra en husbyggnadsentreprenad med tillämpning av ABT 94. Tvist uppstod rörande Kommunens betalningsskyldighet för, respek-

³⁸ Se Ossmer & Wollsen, s. 120 och Ossmer, SvJT 2006 s. 645.

³⁹ Ossmer & Wollsen, s. 120.

⁴⁰ Den främsta källan för uppfattningen ges i Hedberg, S., s. 104 "[...] men närmast lutar det nog [...] att beställaren måste visa att han avhjälpit felet [...]".

⁴¹ Dom 2010-04-29 mål nr T 145-08 och T 368-09. Domen överklagades till Hovrätten för Skåne och Blekinge (mål nr T 1480-10), men överklagandet återkallades sedan entreprenören inlett ett insolvensförfarande, varvid målet avskrevs genom beslut 2011-09-05.

tive rätt att innehålla, den resterande delen av kontraktssumman samt Kommunens betalningsskyldighet för ändrings- och tilläggsarbeten (ÄTA). Kommunen å sin sida krävde ersättning av Bolaget för fel, brister och förseningar i entreprenaden. Av intresse för framställningen är Kommunens genkärsmål som uppenbarligen hamnar i fokus för behandlingen av rättsfallet. Sammanlagt yrkade Kommunen ersättning för avhjälpande av nio fel varav vissa avsåg uppskattad avhjälpandeersättning.

Tingsrätten fann att eftersom ordalydelsen av 7:25 ABT 94 inte ger någon klar ledning måste allmänna civilrättsliga regler beaktas för bedömningen av om möjligheten till ersättning förutsätter att avhjälpandekostnaden redan uppstått. Enligt Tingsrätten torde 34 § 3 st. köplagen vara närmaste analogi. Där anges att om säljaren inte fullgör sin skyldighet att avhjälpa felet, har köparen rätt till ersättning för försvarliga kostnader för att avhjälpa det. Det går dock inte att utläsa av bestämmelsens ordalydelse huruvida avhjälpande faktiskt måste ha skett för att ersättning ska utgå. Enligt Håstad⁴² har köparen rätt till avhjälpandekostanden i förskott förutsatt att säljaren underlåtit att avhjälpa felet. Denna uppfattning framgår också i en skiljedom refererad av (dåvarande) advokat Lars Edlund.⁴³ I förevarande fall saknades det enligt Tingsrätten anledning att betvivla att ett avhjälpande skulle komma att ske. Tingsrätten fann att då beställaren hade presenterat ett tillräckligt underlag för bedömningen av en försvarlig avhjälpandekostnad, talade övervägande skäl för tolkningen att ersättning kan dömas ut innan kostnaden för avhjälpande uppstått.

3.2.1 Kommentar

Till skillnad från i Mölndalsdomen fann Blekinge tingsrätt att ordalydelsen av 7:25 ABT inte ger någon klar ledning för frågan om ersättning för uppskattad avhjälpandekostnad. Där Mölndals tingsrätt valde att hålla sig till avtalet i fråga sökte Blekinge tingsrätt istället svar i allmänna civilrättsliga principer, av vilka vissa har tagit sig uttryck i köplagens bestämmelser. Detta tillvägagångssätt är också vad som förespråkats och använts av Högsta domstolen på sistone.⁴⁴ Eftersom den aktuella bestämmelsen i ABT inte förtäljer huruvida ersättning för

⁴² Håstad II, s. 249. Se avsnitt 4.1 nedan.

⁴³ JT 1997-98, nr 1 s. 227 ff. Lars Edlund är numera Justitieråd.

⁴⁴ Se min diskussion i avsnitt 2.1 ovan.

avhjälpandekostnad förutsätter att beställaren kräver ersättning för en *de facto* uppkommen kostnad är för mig den logiska slutsatsen att en tolkning enligt bestämmelsens ordalydelse blir svår att dra klara slutsatser av. Mölndals tingsrätt verkar i sin tolkning ha hoppat ifrån konstaterandet att bestämmelsens ordalydelse inte klart nämner ifall ersättning för uppskattad avhjälpandekostnad är möjlig, till att kräva faktisk avhjälpandekostnad för att ersättning ska utgå med hänvisning till ett vagt uttalande av Stig Hedberg. Tolkningen känns varken logisk eller genomtänkt.

Med hänvisning till diskussionen ovan (2.1) och det där föreslagna tillvägagångssättet finner jag att Blekinge tingsrätt nådde en genomtänkt och logisk lösning på frågan om ersättning för uppskattad avhjälpandekostnad. Lösningen innebär att beställaren kan få ersättning för beräknad avhjälpandekostnad men självklart kan omständigheten att det rör sig om en tingsrätt inte förbises. Det är dock en tingsrätt som inför ett problem, vilket HD själv nu står inför att lösa, har företagit den av HD föreslagna tolkningsmetoden av standardvillkor.

3.3 Göta hovrätt⁴⁵

John Svenssons Byggnadsfirma (JSB) och Det Andra Bolaget House Sweden AB (DAB) ingick ett entreprenadkontrakt med tillämpning av ABT 94 för uppförande av en industri- och handelslokalsbyggnad. JSB:s entreprenad färdigställdes och godkändes vid slutbesiktning. JSB stämde senare DAB på drygt en miljon kronor avseende betalning för vissa ändrings- och tilläggsarbeten. DAB genstämde JSB på 13,5 miljoner kronor och hävdade fel i entreprenaden bestående av bristfällig utredning, projektering och utförande av en betongplatta i tre avseenden.

Kalmar tingsrätt fann att ordalydelsen i 7:25-26 ABT 94 ger klart uttryck för att beställaren har rätt till ersättning enbart under förutsättning att det påstådda felet har avhjälpats. Vidare poängterade tingsrätten att det i ett mål mellan två kommersiella parter inte bör komma ifråga att tolka bestämmelserna i strid mot ordalydelsen. Vad gäller värdeminskning kom tingsrätten med hänvisning till

⁴⁵ Dom 2012-12-21 mål T 2232-11. Målet överklagades och beviljades partiellt prövningstillstånd 2013-09-23 HD:s mål T 511-13.

Ossmer⁴⁶ fram till att 7:26 ABT 94 inte utesluter att värdeminskingsavdrag kan användas för att reglera fall av mer betydande fel när entreprenören vägrar att avhjälpa dessa. Från entreprenadsumman ska då dras av ett belopp som motsvarar skillnaden mellan värdet på entreprenaden i kontraktsenligt och i felaktigt skick. Anbudet beträffande kostnader för avhjälpande var den enda utredningen i målet som berörde entreprenadens värde och vanligen används avhjälpandekostnaden som riktvärde vid mål om prisnedsättning i anledning av fel i fastighet. Även om utredning saknades om alternativa metoder ansågs att värdeminskingsavdraget måste vara betydande med hänsyn till de allvarliga bristerna i entreprenaden. Tingsrätten biföll JSB:s krav till en knapp tredjedel och ålade detsamma att betala 5 miljoner kronor i värdeminskingsavdrag till DAB.

Hovrätten som enbart prövade genstämningen kom också fram till att entreprenaden var behäftad med fel (avseende ljudspridning och en för tunn betongplatta). Vad gäller rätten till ersättning för uppskattade avhjälpandekostnader hänvisade hovrätten till kommentaren till ABT 06, (som ersatt ABT 94) där det anges att avtalstexten om avhjälpande knappast ger ett klart svar på frågan om ersättning för beräknad avhjälpandekostnad, men att det nog närmast lutar åt att beställaren måste visa att han avhjälpt felet och därefter kan kräva ersättning för nedlagd avhjälpandekostnad.⁴⁷ Hovrätten kom således fram till att bestämmelsens ordalydelse måste förstås så att det krävs att beställaren faktiskt har avhjälpt felet för att han ska ha rätt till ersättning för avhjälpandekostnaden enligt 7:25 ABT 94.

Angående rätten till värdeminskingsavdrag stadgas i 7:26 ABT 94 att entreprenören inte är skyldig att avhjälpa fel som inte i väsentlig grad påverkar entreprenadens bestånd, utseende eller möjlighet att använda den på ett ändamålsenligt sätt om detta skulle vara oskäligt med hänsyn till avhjälpandekostnader och andra omständigheter. Beställaren har då istället för avhjälpande rätt till värdeminskingsavdrag. DAB anförde att de aktuella felen var så allvarliga att de påverkade entreprenadens bestånd och möjligheten att använda den på ett ändamålsenligt sätt. Hovrätten fann att en tillämpning av 7:26 ABT 94 i detta

⁴⁶ Ossmer, SvJT 2006, s. 645.

⁴⁷ Hedberg, s. 104.

fall skulle strida helt emot bestämmelsens ordalydelse. Eftersom 7:26 inte var tillämplig ogillades DAB:s talan om ersättning för fel i entreprenad helt.

3.3.1 Kommentar

I hovrättens dom, med en skiljaktig ledamot,⁴⁸ yrkade DAB ersättning för avhjälpande alternativt värdeminskningsavdrag på grunden att entreprenaden var behäftad med fel. Hovrätten fann också mycket riktigt att entreprenaden var behäftad med fel av så betydande art att ett avhjälpande i princip bör ske. Hovrätten fann dock, likt tingsrätten i målet, att ordalydelsen av ABT 94 7:25 förutsätter att beställaren har avhjälpit felet innan någon ersättning kan utges. Vidare kunde enligt Hovrätten något värdeminskningsavdrag inte bli aktuellt då felen påverkade entreprenadens bestånd eller möjligheten att använda entreprenaden på ett ändamålsenligt sätt. Detta leder till slutsatsen att beställaren, då entreprenaden är behäftad med fel som påverkar entreprenadens bestånd eller möjlighet att använda den på ett ändamålsenligt sätt och entreprenören nekar honom avhjälpande, enbart kan få ersättning för avhjälpande under förutsättning att han först bekostar det själv. Att beställaren eventuellt inte kan lägga ut miljonbelopp på avhjälpande skulle med enkelhet kunna utnyttjas av mindre hjälpvänliga entreprenörer. Det uppstår således en övervägande risk att beställaren blir helt utan ersättning då det enligt Göta hovrätt endast kan bli aktuellt med ersättning för *de facto* uppkomna avhjälpandekostnader.

3.4 Svea hovrätt⁴⁹

Gunnar Olsson (G.O) och Myresjöhus Aktiebolag (Myresjöhus) träffade ett entreprenadavtal med hänvisning till ABS 80, om uppförandet av ett stomfärdigt hus inklusive grundläggning. Efter att G.O påtalat diverse fel kom fallet upp i Katrineholms tingsrätt⁵⁰ där han yrkade ersättning om 610 00 kr för avhjälpandet av fel. Tingsrätten ogillade käromålet varpå G.O överklagade till Svea hovrätt.

Hovrätten prövade målet på den av G.O åberopade andrahandsgrunden att grundläggningen inte har skett på sätt som angetts i ritningen. Enligt ritningen

⁴⁸ Louise Hinsegård var skiljaktig.

⁴⁹ Dom 2009-05-28 mål nr T 6100-07. Domen överklagades till HD men inget prövningstillstånd beviljades, beslut 2009-10-06 mål nr T 2964-09.

⁵⁰ Dom 2007-07-09 mål nr T 953-04.

skulle under varje plint i grunden uppföras tryckutjämnande betongfundament om 1x1 m. Efter konstaterandet att grundläggningen inte skett på det enligt ritningen föreskrivna sättet prövade hovrätten om det sätt som Myresjöhus använde sig av föll inom ramen för en sådan mindre ändring, som inte innebär funktions- eller kvalitetsförsämring, vilken Myresjöhus avtalsrättsligt sett hade rätt att göra enligt 1:2 ABS 80. Bestämmelsen lyder enligt följande:

ABS 80 1:2 "Säljaren har rätt att utföra sådana mindre ändringar, som inte innebär funktions- eller kvalitetsförsämring eller väsentlig påverkan av byggnadens utseende."

Hovrätten fann efter vittnesförhör att det, i motsats till vad som föreskrevs i ritningen inte fanns några tryckutjämnande betongfundament om 1 x 1 m som skulle ha funnits under varje plint i grunden. Vidare fann hovrätten att avvikelserna inte kunde anses vara en mindre ändring och således hade Myresjöhus inte ägt rätt att frånga ritningen på sätt som skett, varför det förelåg ett kontraktuellt fel. G.O beredde Myresjöhus tillfälle att avhjälpa felet, vilket Myresjöhus underlät. Enligt 3:5 ABS 80 har då köparen rätt att på säljarens bekostnad avhjälpa felet.

ABS 80 3:5 har följande lydelse: "Säljaren skall avhjälpa brist eller fel, för vilka han är ansvarig, inom skälig tid efter det att han underrättats härom och beretts tillfälle att avhjälpa bristen eller felet. I annat fall får köparen avhjälpa bristen eller felet på säljarens bekostnad. Avhjälpan eller brist som framträder under garantitiden men som inte innebär allvarligt men vid utnyttjandet av fastigheten eller äventyrar byggnadens goda bestånd, får dock se ske i anslutning till garantibesiktningen."

Då G.O hade rätt att avhjälpa felet på säljarens bekostnad och det enligt hovrätten saknades anledning att ifrågasätta nödvändigheten av åtgärderna bifölls käromålet.

I den skiljaktiga meningen gavs en lösning liknande den i Mölndalsmålet (3.1 ovan) och uttalades följande. De skiljaktiga ledamöterna fann att något fel inte förelåg och uttalade dessutom med hänvisning till Hedberg⁵¹ att en rätt till er-

⁵¹ Hedberg, s. 104.

sättning för avhjälpande enligt ABS 80 endast kan uppkomma om köparen har avhjälpfelet och haft en kostnad för detta. Som tredjehandsgrund gjorde G.O gällande rätt till värdeminskning. Köparen har dock ingen rätt till värdeminskning enligt ABS 80 om inte avhjälpande skett i viss omfattning, men fel eller brist kvarstår. Då de skiljaktiga fann att G.O till stöd för sitt yrkande inte åberopade sådana sakomständigheter som är nödvändiga för den rättsföljd han gjorde gällande kunde hans talan inte bifallas på någon av hans grunder oavsett bedömning av de enskilda tvistefrågorna i målet.

3.4.1 Kommentar

Tveklöst är det ett intressant avgörande där majoritetens och de skiljaktigas bedömning milsvida skiljer sig åt. Det bör även uppmärksammas att det rör sig om en dom med två skiljaktiga ledamöter. Att majoriteten i ett mål rörande ersättning för avhjälpandekostnad valde att bifalla kändens yrkande utan att nämnvärt behandla ABS 80:s bestämmelser i relation till det faktum att det rörde sig om en uppskattad avhjälpandekostnad hör onekligen till ovanligheterna. Enligt de skiljaktiga i målet förutsätter rättsföljden ersättning för avhjälpande att avhjälpande *de facto* har skett vilket även var uppfattningen i Mölnbalds tingsrätt. Majoriteten fann dock som sagt att grundläggningen på ett otillåtet sätt avvek från ritningen varmed Myresjöhus otillåtet frångått det ingångna avtalet med innebörden att det förelåg ett kontraktuellt fel. Således avgjordes målet utifrån avtalet med motiveringen att köparen, då säljaren har beretts tillfälle att avhjälpa felet men underlåtit att göra så, har rätt att avhjälpa fel på säljarens bekostnad och att det saknades anledning att ifrågasätta nödvändigheten av de föreslagna åtgärderna.

En första anblick antyder att problematiken med beräknad avhjälpandeersättning enligt Svea hovrätts mening försvinner när det finns ett välgrundat utlåtande om kostnaderna för avhjälpandet. Detta väcker tveklöst en del intressanta frågor, inledningsvis bör utredas huruvida majoriteten har jämfällt beräknad avhjälpandekostnad med faktisk kostnad för utfört avhjälpande. Vad gäller i sådana fall om avhjälpandet i realiteten aldrig utförs? Ska beställaren istället erhålla ersättning under förutsättning att avhjälpandet faktiskt utförs eller är han till syvende och sist fri att disponera över ersättningen hur han helst vill? Om ersättningen för beräknad avhjälpandekostnad är jämfälld med faktisk

kostnad vad gäller då ifall avhjälpandet i realiteten kostar mer? Hovrätten lämnar dessvärre samtliga dessa frågor oberörda och obesvarade.

Vad gäller eventuella slutsatser är dessa med tanke att det var en 2-2 dom svåra att dra. Noterbart är dock att majoriteten egentligen nöjde sig med att konstatera förekomsten av ett kontraktuellt fel. Deras bedömning bestod av att ritningen utgjorde avtalsinnehåll, en avvikelse från avtalet hade skett och avvikelserna var otillåten. De föreslagna åtgärderna ansågs nödvändiga och köparen hade därmed rätt till avhjälpande på säljarens bekostnad. Någon analys kring avhjälpandeinstitutet och uppskattad ersättning ansågs uppenbarligen inte nödvändig. Vad gäller de skiljaktiga ledamöterna valde de också att lösa frågan inom AB-familjens ramar. Med hänvisning till Stig Hedbergs kommentar till AB 04 och ABT 06 konstaterade de att en *de facto* uppkommen kostnad för avhjälpandet är nödvändig för att få ersättning. Även om fallet lämnar ett lass obesvarade frågor bakom sig verkar det osannolikt att majoriteten i Svea hovrätt helt skulle ha ignorerat problematiken kring att det rör sig om ersättning för en uppskattad avhjälpandekostnad. En möjlig slutsats är då att när de föreslagna åtgärderna anses nödvändiga och motparten vitsordar avhjälpandekostnaden i sig, ligger inget hinder i att det i praktiken inte är en *de facto* uppkommen kostnad.

3.5 Summering underrättsavgöranden

Vad kan vi då ta med oss från de presenterade avgörandena? Ja onekligen kan sägas att vi är i starkt behov av ett klagande prejudikat. Det rör sig trots allt om fyra olika fall med liknande problem vilka alla får olika lösningar och med delvis skiftande motivering av underrätterna. Uppenbarligen är rättsläget helt splittrat vilket omöjliggör några konkreta slutsatser från de befintliga rättsfallen. Det enda vi egentligen kan ta med oss är att det råder stor diskrepans bland underrätterna och att en fortsatt analys är välbehövlig.

4. Avhjälpande och prisavdrag inom KöpL, KtjL, andra standardavtal och internationella principer

När HD talar om allmänna civilrättsliga principer som en källa till lösningar av entreprenadrättsliga frågor är det främst köplagen som är av relevans för entreprenadrätten. Nedan inleds avsnittet med en genomgång av såväl köplagens, konsumenttjänstlagens som andra standardavtals bestämmelser. Slutligen behandlas även vissa internationella rättsprinciper för att finna eventuella generella drag som kan ge ledning vid tolkningen av såväl avhjälpande- som prisavdragsbestämmelserna i AB 04.

4.1 Avhjälpande och prisavdrag: köplagen

Enligt köplagens 2 § gäller inte lagen vid avtal om uppförande av byggnad eller annan fast anläggning på mark eller vatten. Skälen till att dessa avtal inte omfattas tycks vara att de köprättsliga rättsföljderna bl.a. vad gäller hävning⁵² inte anses vara lämpliga för att reglera de speciella konfliktsituationer som kan bli aktuella i dessa sammanhang.⁵³ Någon direkt tillämpning av köplagen på entreprenadkontrakt kan det således inte bli talan om. Detta leder också till en viss osäkerhet vid analogier, även om en lösning enligt köplagen förefaller lämplig gäller det att se till så att entreprenadavtalens karakteristiska drag beaktas i tillräcklig omfattning. Med det sagt är det dock, som nämnts ovan, just i köplagens bestämmelser som vi antas finna de allmänna principer som kan bli relevanta vid tolkning och utfyllnad av AB 04.

4.1.1 Avhjälpande 34 § KöpL

I 34 § 1 st. KöpL stadgas utgångspunkten att köparen har rätt att kräva att säljaren avhjälpes fel utan kostnad för köparen. Rätten till avhjälpande förutsätter dock att det kan ske utan oskäligen kostnad eller olägenhet för säljaren. I tredje

⁵² Prop. 1988/89:76 s. 63.

⁵³ Samuelsson, s. 49.

stycket regleras situationen när säljaren, trots hans skyldighet att avhjälpa enligt första stycket, inte avhjälpes felet.

34 § 3 st. "Om säljaren inte fullgör sin skyldighet att avhjälpa felet, har köparen rätt till ersättning för försvarliga kostnader för att avhjälpa det."

Av 37 § framgår vidare att avhjälpandet ska ske inom skälig tid efter köparens reklamation. Vad som är skälig tid varierar utefter omständigheterna i det enskilda fallet men om skyldigheten att avhjälpa inte fullgörs inom skälig tid är alltså köparen berättigad till ersättning enligt 34 § 3 st. Såväl felets orsak som ifall säljaren har varit helt passiv eller företagit misslyckade avhjälpandeförsök saknar betydelse för köparens rätt till ersättning.⁵⁴

Köparen har även i vissa fall en rätt att själv avhjälpa felet utan att först ge säljaren tillfälle att avhjälpa felet. Detta framgår av 36 § 2 st. som stadgar:

"Säljaren får ej åberopa att han inte har beretts tillfälle att avhjälpa felet eller företa omleverans, om köparen har avhjälpit felet och det med hänsyn till omständigheterna inte skäligen kunde krävas att köparen skulle avvakta avhjälpande eller omleverans från säljarens sida."

Exempelvis kan det röra sig om fel som kräver ett snabbt avhjälpande och som visar sig när säljaren inte är tillgänglig eller när det annars är uppenbart att säljaren inte kan avhjälpa tillräckligt snabbt. Enligt motiven till bestämmelsen ska avhjälpandet alltid ske på säljarens bekostnad.⁵⁵ Köparens rätt till ersättning för eget avhjälpande enligt 36 § 2 st. bör grunda sig på 34 § 3 st. och inte den allmänna skadestandsregeln i 40 §. Detta eftersom syftet med 36 § 2 st. delvis skulle förfelas om köparen var tvungen att först invänta säljarens eventuella försummelse att avhjälpa felet innan han själv kan avhjälpa på säljarens bekostnad. Förutsatt att rätt till avhjälpande föreligger enligt 34 § 1 st. bör köparen ur ändamålssynpunkt alltså ha rätt till ersättning enligt 34 § 3 st. även om han själv avhjälpit felet enligt 36 § 2 st.

Vad är det då för ersättning köparen enligt 34 § 3 st. har rätt till? Rätten till ersättning omfattar endast ersättning för den direkta kostnaden för felets av-

⁵⁴ Prop. 1988/89:76 s. 128.

⁵⁵ Ibid. s. 131. Se också Herre, s. 180.

hjälpande och är begränsad till vad som kan anses försvarligt. Köparens rätt till andra förluster bedöms enligt den generella skadeståndsregeln i 40 §.⁵⁶ Den ersättningsgilla kostnaden måste alltså ha ett direkt samband med ett avhjälpande av felet och helt klart är därmed att t.ex. kostnaden för en reparation ska ersättas. Vidare borde köparen ha rätt till ersättning för nödvändiga transportkostnader för felets avhjälpande.⁵⁷

En viktig fråga för framställningen är ifall köparens rätt till ersättning för avhjälpandekostnader förutsätter att avhjälpande *de facto* har skett eller ej. Ordalydelsen i 34 § 3 st. KöpL, ”rätt till ersättning för försvarliga kostnader för att avhjälpa det” utesluter inte att ersättningen kan avse även uppskattade avhjälpandekostnader. Som Herre betonar, är det nödvändigt att läsa bestämmelsen i sitt systematiska sammanhang för att reda ut dess innebörd.⁵⁸

Köparens rätt till ersättning för avhjälpandekostnader aktualiseras först efter att säljaren enligt 37 § 1 st. KöpL vare sig avhjälpit felet eller utfört omleverans inom skälig tid efter köparens reklamation.⁵⁹ Ifall köparen istället för att avhjälpa kräver ersättning för avhjälpandekostnader är frågan ifall säljarens rätt att kräva att själv få avhjälpa felet enligt 36 § 1 st. kvarstår. Ifall den gör det torde rätten till ersättning för avhjälpandekostnader endast avse fall där köparen kräver ersättning för en faktiskt uppkommen kostnad.⁶⁰ Enligt de bakomliggande förutsättningarna har ju säljaren redan underlåtit att avhjälpa felet inom skälig tid och efter denna tids utgång har köparen rätt att kräva prisavdrag, och i vissa fall häva köpet. Möjligheten för köparen att aktualisera dessa påföljder måste innebära att säljarens rätt att kräva att få avhjälpa felet har upphört.⁶¹ Enkelt uttryckt har säljaren genom att inte vidta åtgärder för att avhjälpa felet inom skälig tid försatt sin chans att avhjälpa felet och köparen ges en viss valfrihet om vilken påföljd han föredrar.

Propositionen till den svenska köplagen behandlar inte frågan om ersättning för uppskattad avhjälpandekostnad. Istället är det i dess finska motsvarighet som vi

⁵⁶ Ibid. s. 129.

⁵⁷ Herre, s. 185.

⁵⁸ Herre, s. 187.

⁵⁹ Prop. 1988/89:76, s. 128.

⁶⁰ Herre, s. 187.

⁶¹ Ibid.

kan hitta ledning. Där uttalas att ”en sådan ersättning som avses i [34 § 3 st.] förutsätter inte att felet redan har blivit avhjälpt”.⁶² I Finland kan köparen således kräva ersättning för avhjälpande enligt 34 § 3 st. även om han inte *de facto* har avhjälpt felet. Eftersom den finska lagen i relevanta hänseenden inte skiljer sig från den svenska torde uttalandet i de finska motiven även kunna anses utgöra stöd för tolkningen av den svenska bestämmelsen.⁶³

På vilket sätt kan då den finska propositionen användas vid tolkningen av svensk lag? Eftersom det inte rör sig om ett svenskt förarbete kan vi inte klassificera det som en rättskälla i traditionell mening. Bestämmelsen om ersättning för avhjälpandekostnader är på det stora hela likalydande i den svenska och finska köplagen. Hur ska vi då förhålla oss till att enbart propositionen till den finska köplagen uttalar sig om ifall ersättning för avhjälpandekostnader förutsätter ett *de facto* avhjälpande? Personligen ansluter jag mig till Herres uppfattning att den finska propositionen kan användas som stöd vid tolkning av den svenska bestämmelsen.

Den finska propositionen berör dock inte frågan huruvida köparen måste ha beställt avhjälpande eller om det alls krävs att han kommer att avhjälpa felet. Då rätt till ersättning ska föreligga även om köparen inte ”låt it företa” ett avhjälpande torde det innebära att rätten till ersättning föreligger oberoende av vad köparen faktiskt gör eller ämnar göra.⁶⁴

Vad som faktiskt gäller enligt den svenska köplagen och 34 § 3 st. är som sagt oberört i den svenska propositionen och det vi har att förhålla oss till är Herres behandling av den finska propositionen samt Håstads uttalande att då säljaren varit skyldig att avhjälpa men underlåtit detta, har köparen rätt till avhjälpningskostnaden i förskott.⁶⁵

Vad gäller domstolspraxis har tyvärr Högsta domstolen än så länge inte haft anledning att avgöra frågan. Det som däremot finns är två artiklar i JT där Lars

⁶² Fprop. 93/1986, s. 82.

⁶³ Herre, s. 188.

⁶⁴ Ibid.

⁶⁵ Håstad II, s. 249.

Edlund kommenterar två olika skiljedomar. I den första⁶⁶ gällde tvisten ett leveranskontrakt av viss maskinutrustning vilken kunde monteras på flera olika sätt. Efter installation uppkom problem då komponenterna inte fungerade som de skulle. Säljaren stämde köparen för utebliven betalning varpå köparen genstämde och yrkade ersättning för avhjälpandekostnader, skadestånd m.m. Skiljenämnden fann att köplagen inte gav något entydigt svar på frågan om ersättning för uppskattade avhjälpandekostnader. Efter hänvisning till vad Herre och Håstad har anfört i frågan uttalade skiljenämnden att ersättning enligt 34 § 3 st. KöpL till sin karaktär kan jämföras med ett prisavdrag och anförde följande:

”Ett prisavdrag skall motsvara förhållandet mellan varans värde i felaktigt och avtalsenligt skick. Detta förhållande torde oftast bygga på en skälighetsbedömning av varans värde i felaktigt skick eftersom ett prisavdrag inte förutsätter att köparen har genomfört eller har för avsikt att genomföra någon reparation av varan. De uppskattade kostnaderna för ombyggnad av del 2 syftar till att komponenterna skall fungera i avtalsenligt skick och får därför anses motsvara förhållandet mellan varans värde i felaktigt och avtalsenligt skick. Reglerna om prisavdrag kan således indirekt sägas stödja uppfattningen att uppskattade framtida kostnader för ombyggnad av del 2 av anläggningen är ersättningsgilla.”

Genom att jämföra ändamålet med ersättning för uppskattade avhjälpandekostnader och ett prisavdrag kom skiljenämnden till slutsatsen att ersättning för avhjälpandekostnader enligt 34 § 3 st. kan medges även för uppskattade kostnader.

Det andra avgörandet⁶⁷ gällde ett entreprenadavtal där beställaren hävde avtalet med entreprenören. Till följd av detta avbeställde entreprenören en underentreprenad och ådrog sig ersättningsskyldighet mot underentreprenören. Entreprenören beviljades betalningsansånd med ersättning till underentreprenören och yrkade att beställaren skulle betala skadestånd för den ersättning han senare skulle betala till underentreprenören.

⁶⁶ Edlund, JT 1997-98, s. 227 där han kommenterar ”Skiljedom i december 1996 från skiljenämnd bestående av advokat Sven Unger (ordförande) advokat Lars Andersson och advokat Lars Edlund.

⁶⁷ Skiljedom juni 2004 (skiljenämnden: advokaterna Lars Edlund, ordförande, Tore Wiwen-Nilsson och Mats Adamsson. Refererad av Lars Edlund i JT 2004/05, s. 700.

Skiljenämnden hade att bedöma om det enligt svensk rätt finns ett krav på att en skadelidande, som p.g.a. skadevållarens handlande ådragit sig betalningsansvar mot tredje man, måste ha verkställt betalning för att få ersättning från skadevållaren. Skiljenämnden hänvisade till att det i 34 § 3 st. köplagen stadgas en rätt till ersättning för avhjälpande även när köparen inte haft några konkreta utgifter för avhjälpandet samt rätten till ersättning för en förlust genom s.k. abstrakt beräkning av prisskillnad enligt 69 § köplagen. Enligt den bestämmelsen får den skadelidande ersättning för förlust, trots att han inte genomfört någon täckningstransaktion som utlöste en konkret skada.

Sammanfattningsvis kan sägas att principen om ersättning för uppskattade avhjälpandekostnader inte bara diskuteras i doktrinen, den verkar även ha fått fäste i den svenska skiljemannarätten. Vad Högsta domstolen anser om frågan återstår att se men onekligen finns starka argument för den tolkning som Herre och Håstad förespråkar.⁶⁸ Det kan även vara värt att nämna att Johnny Herre och Lars Edlund numera är justitieråd och torde argumentera för att deras till synes gemensamma uppfattning om uppskattade avhjälpandekostnader inom köprätten får ordentligt fäste i svensk rätt.

4.1.2 Prisavdrag 37 § KöpL

Om avhjälpande eller omleverans inte sker, eller inte sker inom skäligen tid efter reklamation har köparen enligt 37 § rätt till prisavdrag. Prisavdraget ska beräknas enligt 38 § som ett proportionerligt värdeminskingsavdrag. Förhållandet mellan det nedsatta och det avtalsenliga priset ska svara mot förhållandet vid tidpunkten för avlämnandet mellan varans värde i felaktigt och i avtalsenligt skick. Om exempelvis varan vid avlämnandet p.g.a. felet var värd 15 % mindre än den hade varit i felfritt skick, har köparen rätt till prisavdrag med 15 % av det avtalade priset. Det är dock ofta svårt att ange en exakt procentuell värdeminskning p.g.a. felet, om så är fallet blir det aktuellt med en skönsmässig uppskattning.⁶⁹

⁶⁸ Såvitt jag erfar är Herres och Håstads uppfattning i stort sett oemotsagd vilket tyder på att det är den uppfattningen som gäller enligt svensk doktrin.

⁶⁹ Håstad, s. 112.

För rätten till prisavdrag krävs enbart att säljaren inte avhjälpit felet eller omlevererat inom skälig tid efter köparens reklamation.⁷⁰ Vid en första anblick kan dessa förutsättningar för prisavdrag likna den nyligen behandlade rätten till ersättning för avhjälpande enligt 34 § 3 st. Vad är då den principiella skillnaden mellan dessa bestämmelser? Är det logiskt och systematiskt försvarbart att köparen skulle ha rätt till ersättning för avhjälpandekostnader i förskott även om han annars har rätt till prisavdrag? Svaret ligger i såväl ersättningen *per se* som förutsättningarna för att få ersättning. För rätt till ersättning för avhjälpande enligt 34 § 3 st. krävs att säljaren är skyldig att avhjälpa felet och sedan underlåter att göra det. Ersättningen ska motsvara försvarliga kostnader för att avhjälpa felet.⁷¹

Prisavdrag däremot kan bli aktuellt såväl i de fall då avhjälpande inte kan ske, som då avhjälpande inte sker inom skälig tid. Ersättning ska enligt vad som beskrivits ovan utgöra ett proportionerligt värdeminskingsavdrag. Till synes är rätten till ersättning för avhjälpandekostnader mer begränsad än rätten till prisavdrag. De olika ersättningsberäkningarna kan lätt illustreras med ett exempel. Låt oss säga att varans värde i felaktigt skick motsvarar 90 % av varans värde i avtalsenligt skick. I så fall har köparen rätt till ett prisavdrag med 10 % av det avtalade priset.⁷² Ifall köparen istället har rätt till ersättning för avhjälpandekostnaderna för att avhjälpa felet kommer med största sannolikhet ersättningen vara större än de 10 % som prisavdraget motsvarar. Detta är en logisk följd av det merarbete som ett avhjälpande medför jämfört med ett enskilt prisavdrag. Det kan således uppkomma situationer där köparen erhåller en högre ersättning för avhjälpandekostnader än vad han hade fått i prisavdrag för samma fel. Särskiljandet är dock systematiskt sett förklarbart och de två påföljderna ska hållas isär då de tillämpas under olika förutsättningar. Därtill beräknas ersättningen på två skilda sätt i de aktuella bestämmelserna.

Sammanfattningsvis kan sägas att det faktum att köparen har, eller i och för sig kan ha, rätt till prisavdrag inte kan anföras som skäl för att neka köparen rätt till ersättning för avhjälpandekostnader i förskott enligt 34 § 3 st. KöpL. Även

⁷⁰ Ramberg & Herre II, s. 190.

⁷¹ Herre, s. 189 f.

⁷² Ramberg & Herre II, s. 192.

om rätten till en sådan ersättning i förskott inte är uttalad enligt svensk rätt passar den in systematiskt i KöpL:s påföljdssystem. Ifall köparen inte medges rätt till ersättning i förskott finns risk att säljaren medvetet underlåter att avhjälpa fel och att köparen då istället, om inte hävning kan bli aktuell, får nöja sig med prisavdrag. Säljarens möjlighet att förfara på detta vis skulle innebära en obalans i avtalsförhållandet, vilket aldrig är önskvärt. Å andra sidan finns det en risk för att köparen blir överkompenserad om han får ersättning för uppskattade avhjälpandekostnader, men inte avhjälpes. Alltjämt är säljaren skyddad från alltför frikostiga ersättningsanspråk för avhjälpandekostnader eftersom det enbart kan bli aktuellt efter hans egen underlåtenhet att avhjälpa. Ifall säljaren inte vill betala ut förskott på avhjälpandeersättning kan han enkelt undvika situationen genom att själv avhjälpa felet inom skälig tid.

4.2 Avhjälpande och prisavdrag: konsumenttjänstlagen

I det följande avsnittet kommer begreppen konsument och näringsidkare att användas för att illustrera förhållandet mellan beställare och entreprenör. Detta motiveras av målsättningen att benämningen ska överensstämma med konsumenttjänstlagens terminologi.

Enligt konsumenttjänstlagens 1 § är lagen tillämplig på entreprenader om entreprenadarbetet huvudsakligen är betingat av konsumentens enskilda ändamål. Detta stadgande begränsar det direkta tillämpningsområdet till småhusentreprenader och andra privata arbeten. Vid en första anblick torde därmed relevansen för framställningen vara begränsad då entreprenadavtal där AB 04 tillämpas ofta omfattar stora byggen i såväl miljon- som miljardklassen. Konsumenttjänstlagen bör dock kunna tillsättas större relevans pga. det uttalande om tjänsteområdet generellt som yttras i lagmotiven till lagen. Där stadgas att:

”Lagen bygger på vad som kan antas utgöra generellt oskriven rätt inom tjänsteområdet. Den torde därför ofta kunna tillämpas analogt i partsförhållanden som faller utanför det i lagen angivna tillämpningsområdet. I första hand blir det aktuellt att i sådana partsförhållanden helt eller delvis använda reglerna i

lagen som dispositiv rätt, dvs. som utfyllande regler i frågor som inte har reglerats genom avtalet mellan parterna... ”⁷³

Med uttalandet att lagen bygger på generellt oskriven rätt inom tjänsteområdet åsyftar motivförfattaren förmodligen handelsbruk eller annan sedvänja och att detta leder till att lagens regler helt eller delvis kan användas som utfyllande dispositiv rätt inom tillämpningsområdet. Antagligen kan då en domstol genom analogisk tillämpning av konsumenttjänstlagen besvara oreglerade frågor även utanför lagens direkta tillämpningsområde.⁷⁴ Med uttalandet i lagmotiven som bakgrund kan det därför vara av intresse för framställningen att se över KtjL:s bestämmelser avseende avhjälpande och prisavdrag.

4.2.1 Avhjälpande 20 § KtjL

Vad gäller tjänsteavtal betraktas ofta avhjälpande som den primära påföljden⁷⁵ och det har hävdats att avhjälpande, vid tjänsteavtal, inte utgör något annat än ett fullgörande av den avtalade prestationen.⁷⁶ I KtjL 20 § 1 st. ges också utgångspunkten att konsumenten har rätt till en felfri prestation från näringsidkaren och att om det föreligger ett fel så ska detta i första hand avhjälpas.⁷⁷

Om konsumenten begär det är näringsidkaren således normalt skyldig att avhjälp det aktuella felet. Det finns dock ingen absolut rätt till avhjälpande eftersom skyldigheten att avhjälp bortfaller om avhjälpandet skulle medföra olägenheter eller kostnader för näringsidkaren som är oskäligt stora i förhållande till felets betydelse för konsumenten. För att näringsidkaren ska bli befriad från skyldigheten att avhjälp felet krävs dock att det föreligger ett markant missförhållande mellan den uppoffring som näringsidkaren måste göra för att avhjälp felet och dess betydelse för konsumenten. Ju väsentligare felet är för konsumenten, desto större olägenheter och kostnader måste näringsidkaren tåla.⁷⁸ Hänsyn bör dock också tas till konsumentens möjlighet att få ett fel avhjälp på annat håll än hos näringsidkaren, den sistnämndes skyldighet att avhjälp fel bör inte få leda till vad som objektivt sett framstår som ett slöseri

⁷³ Prop. 1984/85:110 s. 142.

⁷⁴ Stycket bygger på Samuelsson, s. 51.

⁷⁵ Hellner, Hager & Persson (2:a), s. 162.

⁷⁶ SOU 1979:36 s. 306.

⁷⁷ Se Johansson, S.O., s. 302. och Prop. 1984/85:110 s. 228.

⁷⁸ Prop. 1984/85:110 s. 228.

med resurser.⁷⁹ Sammanfattningsvis kan sägas att näringsidkaren har en långtgående skyldighet att avhjälpa fel och en avvägning mellan parternas intressen måste baseras på omständigheterna i det enskilda fallet.⁸⁰ Naturligtvis gäller maximen *impossibilia nuella est obligatio* även för näringsidkare.

Vad gäller näringsidkarens rätt att avhjälpa fel, oavsett om konsumenten har krävt avhjälpande eller inte, stadgas i 20 § 2 st. Två olika situationer blir aktuella, dels när konsumenten har rätt till avhjälpande men inte kräver det och dels när näringsidkaren inte är skyldig att avhjälpa felet men ändå väljer att göra det. Näringsidkarens rätt att avhjälpa fel är en viktig inskränkning i konsumentens principiella rätt att välja felpåföljd vilket bl.a. möjliggör för näringsidkaren att undvika andra påföljder, t.ex. att hela avtalet hävs.⁸¹ Det krävs att näringsidkaren genast erbjuder sig att avhjälpa felet när konsumenten reklamerar. Han åtnjuter dock en viss tidsfrist för att undersöka föremålet för tjänsten i syfte att utreda ifall fel föreligger och ifall han har möjlighet att avhjälpa det.⁸²

Även näringsidkarens rätt att avhjälpa fel är dock inskränkt då den förutsätter att konsumenten inte har något särskilt skäl att avvisa erbjudandet om avhjälpande.⁸³ Som exempel på ett särskilt skäl kan nämnas situationen då ett avhjälpande skulle medföra betydande besvär eller olägenheter för konsumenten eftersom han eller hon behöver tjänsten för föremålet omedelbart, eller inom en viss tidsperiod och näringsidkaren inte kan verkställa avhjälpandet inom den. Andra exempel innefattar att det uppstått bristande förtroende mellan parterna eller att näringsidkaren har visat allvarlig oskicklighet vid utförandet av tjänsten.⁸⁴

Enligt 20 § 3 st. ska avhjälpande ha skett inom skälig tid efter det att konsumenten har gett näringsidkaren tillfälle att avhjälpa felet. Vad som krävs är beroende av omständigheterna i det enskilda fallet, t.ex. att konsumenten läm-

⁷⁹ Ibid., s. 229.

⁸⁰ Johansson, S.O., s. 307. och Prop. 1984/85:110 s. 229.

⁸¹ Prop. 1984/85:110 s. 230.

⁸² Ibid.

⁸³ För en utförlig lista på exempel se SOU 1979:36 s. 310 och 472 eller prop. 1984/85:110 s.

60.

⁸⁴ Johansson, S.O., s. 309 f.

nat in föremålet eller då det rör sig om byggnadsarbeten, eller andra fel som ska avhjälpas på plats, att näringsidkaren har beviljats tillträde till objektet.⁸⁵

Slutligen stadgas i 20 § 4 st. att fel i princip ska avhjälpas utan kostnad för konsumenten. En förutsättning för detta är att den avhjälpande åtgärden kan ses som ett fullgörande av det ursprungliga avtalet⁸⁶ och av allmänna principer följer att konsumenten är skyldig att begränsa de kostnader som näringsidkaren ska stå för.⁸⁷ Rätten till kostnadsfritt avhjälpande har två undantag, det första innebär att konsumenten ska stå för kostnader som skulle ha uppkommit även om tjänsten utförts felfritt. Ett exempel på det andra undantaget kan omfatta ett byte av delar i en apparat som näringsidkaren borde ha utfört, men som han inte gjort och inte heller tagit betalt för.⁸⁸

4.2.2 Prisavdrag och hävning 21 § KtjL

Om felet inte blir avhjälp enligt 20 § får konsumenten göra avdrag på priset enligt beräkningsmetoden i 22 §. Rätten till prisavdrag gäller under alla omständigheter och är oberoende av felets art och omfattning.⁸⁹ I fall då felet medför att syftet med tjänsten i huvudsak är förfelat kan konsumenten istället häva avtalet i sin helhet. Det spelar alltså ingen roll för rätten till prisavdrag om felet är väsentligt eller obetydligt. Vidare spelar det heller någon roll varför felet inte blir avhjälp, det kan exempelvis bero på att någon av parterna inte vill utnyttja sin rätt till avhjälpande, att näringsidkaren inte är skyldig att avhjälp, att konsumenten har rätt att avvisa näringsidkarens erbjudande att avhjälp felet eller att näringsidkaren inte uppfyller sin skyldighet att avhjälp inom skälig tid.⁹⁰ Prisavdrag och hävning aktualiseras också om näringsidkaren endast delvis lyckas avhjälp ett fel.⁹¹

Bestämmelsen om prisavdrag är som synes oerhört vidsträckt och även om avhjälpande är den primära påföljden kan man utan större fantasi, särskilt med tanke på de begränsningar som gäller för avhjälpande, tänka sig att prisavdrag

⁸⁵ Prop. 1984/85:110 s. 231.

⁸⁶ Johansson, (2013) s. 314.

⁸⁷ Prop. 1984/85:110 s. 233.

⁸⁸ Ibid., s. 235.

⁸⁹ Hedberg & Johansson, s. 91.

⁹⁰ Prop. 1984/85:110 s. 237.

⁹¹ Ibid.

ofta blir den aktuella påföljden. Vad gäller beräkningen av prisavdragets storlek har KtjL en något särpräglad reglering. Normalt gäller enligt de köprättsliga lagarna att köparen kan kräva ett avdrag på köpeskillingen som svarar mot felets inverkan på värdet.⁹² Detta beräknas genom värdeminskning då förhållandet mellan det nedsatta priset och det avtalsenliga priset svarar mot förhållandet vid tidpunkten för avlämnandet mellan varans värde i felaktigt och avtalsenligt skick.

KtjL har däremot fått en annorlunda uppbyggnad och bestämmelsen lyder enligt följande:

”22 § Ett prisavdrag ska motsvara vad det kostar konsumenten att få felet avhjälp, bortsett från sådana kostnader som avses i 20 § fjärde stycket andra meningen. Om ett på detta sätt beräknat prisavdrag är oskäligt stort i förhållande till den betydelse som felet har för konsumenten, skall prisavdraget i stället svara mot felets betydelse för konsumenten...”

Huvudregeln är således att prisavdraget ska motsvara konsumentens verkliga kostnad för felets avhjälpande. En sådan reglering anses vara den mest praktiska metoden för att beräkna den minskning av tjänstens värde som ett fel medför.⁹³ Med hänsyn till näringsidkarens vidsträckta skyldighet att avhjälp felet är beräkningsmetoden naturlig då den i allmänhet leder till ett prisavdrag som täcker kostnaderna för att låta en annan näringsidkare avhjälp felet.⁹⁴ Prisavdraget bör då motsvara vad det skulle kosta att få felet avhjälp på det minst kostnadskrävande sätt som konsumenten med hänsyn till omständigheterna kan anses skyldig att godta.⁹⁵

Prisavdraget ska främst täcka konsumentens kostnader för det arbete och det material som behövs för att avhjälp felet, inklusive skälig rese- och transportersättning m.m. åt den som antas avhjälp felet, samt egna kostnader pga. felet.⁹⁶ Ifall konsumenten redan har bekostat avhjälpande hos en annan nä-

⁹² Se 4 kap. 19 c § jordabalken, 37 och 38 §§ köplagen samt 28 § konsumentköplagen.

⁹³ SOU 1979:36 s. 302 och 482 f.

⁹⁴ Johansson, S.O., s. 331.

⁹⁵ Prop. 1984/85:110 s. 241.

⁹⁶ Johansson, S.O., s. 333.

ringsidkare kan den faktiska kostnaden tjäna till ledning vid bestämmandet av prisavdragets storlek.⁹⁷

Som undantag från huvudregeln stadgas i bestämmelsens andra mening att då kostnaden för att avhjälpa felet blir oskäligt hög ska prisavdraget i stället uppskattas till felets betydelse för konsumenten. Av avgörande betydelse blir då förhållandet mellan kostnaden för avhjälpan och betydelsen för konsumenten. Markeringen att näringsidkarens kostnader eller olägenheter ska vara ”oskäligt stora” antyder dock att hänsyn torde kunna tas till andra omständigheter än en ren jämförelse mellan de två faktorerna.⁹⁸

I de motivuttalanden som gjorts till beräkningsregeln har en del olika ståndpunkter framförts vilket leder till att viss tveksamhet råder om hur regeln ska tillämpas i praktiken.⁹⁹ En metod är att uppskatta ”hur mycket lägre värde näringsidkarens prestation kan anses ha för konsumenten jämfört med om den hade varit felfri”. Vad som åsyftas med värde i det här fallet framgår dock inte.¹⁰⁰ Ett annat uttalande förespråkar att prisavdrag i detta fall ska knyta an till köplagens regel om proportionellt avdrag. Dock går man i detta fall direkt till en skälighetsbedömning av värdeminskningen och hoppar således över att beräkna fingerad differens mellan prestationens värde i felaktigt och felfritt skick.¹⁰¹ Enligt detta beräkningssätt har en frikoppling skett från det traditionella prisnedsättningsresonemanget vilket leder till en mer flexibel bedömning.¹⁰² Sammanfattningsvis kan sägas att det saknas klara riktlinjer om hur undantagsregeln ska tillämpas i praktiken men den synes bygga på någon form av skönsmässigt begränsningsresonemang av näringsidkarens ansvar.¹⁰³

4.2.3 Sammanfattning

Sammanfattningsvis kan sägas att bestämmelsen om avhjälpan av fel i stort sett överensstämmer med 5:17 i AB 04 och utgångspunkten är att näringsidkaren/entreprenören ska avhjälpa alla fel. I AB 04 betonas dock entreprenörens

⁹⁷ SOU 1979:36 s. 482.

⁹⁸ Johansson, S.O., s. 334.

⁹⁹ Ibid.

¹⁰⁰ Rodhe II, s. 242.

¹⁰¹ SOU 1979:36 s. 313.

¹⁰² Se Herre, s. 123. & Rodhe II, s. 242. För en mer extensiv redovisning av motivuttalanden och doktrin se Johansson, S.O., s. 334 f.

¹⁰³ Johansson, S.O., s. 335.

rätt att avhjälpa fel tydligare.¹⁰⁴ Avhjälpan har en väldigt prioriterad ställning i KtjL och regleringen har även betydande inflytande vid beräkningen av prisavdrag. Själva syftet med prisavdraget skiljer sig från vad vi vanligtvis ser inom köprätten eftersom det inte rör sig om något egentligt värdeminskningssavdrag utan det är just kostnaden för avhjälpan som ska ersättas. Beräkningsmetoden är särskilt intressant med avseende på att det inte blir någon skillnad mellan de två påföljderna självhjälp och prisavdrag.

Grundtanken i KtjL är att konsumenten ska få en felfri produkt och om inte näringsidkaren, eller av honom lejd personal, kan avhjälpa felet ska konsumenten få ersättning för att kunna avhjälpa det hos någon annan. En betydande omständighet är att konsumenten i normala fall erhåller ersättning för uppskattad avhjälpankostnad, vilket framgår motsatsvis när man läser motiven.¹⁰⁵ Detta kan även betraktas som en logisk följd av att det rör sig om konsumentskyddande lagstiftning och att konsumenten inte först ska behöva bekosta avhjälpan själv för att sedan rikta återkrav mot näringsidkaren.

Om syftet med regleringen är just konsumentskydd borde väl samma reglering gälla även enligt konsumentköplagen? I 28 § 2 st. KKöpl stadgas en rätt till ersättning ”för vad det kostar att avhjälpa felet” vilket Herre tolkar som att köparen har rätt till ersättning motsvarande avhjälpankostnaden, även om han inte avhjälper felet. Påföljden skulle således likna bestämmelsen om prisavdrag i KtjL, d.v.s. en ersättning för vad det kostar att avhjälpa felet.¹⁰⁶ I motiven till KKöpl uttalas dock att köparen endast har rätt till ersättning för direkta utlägg för felets avhjälpan vilket torde förutsätta att endast är *de facto* uppkomna kostnader som ger rätt till ersättning. Beaktat att KKöpl:s regler om prisavdrag i 28 § 1 st. använder sig av samma beräkningsmetod som köplagen¹⁰⁷ torde skälen bakom KtjL:s speciella reglering snarare vara att det rör sig om avtal om tjänster än att det rör sig om konsumentförhållanden.

Värt att notera är även att bestämmelserna i AB 04, 5:17 och 5:18, inte ansluter sig till lösningen i KtjL utan formulerar påföljdsreglerna på ett annat sätt. Ifall

¹⁰⁴ Hedberg & Johansson, s. 89.

¹⁰⁵ Se not 71 ovan.

¹⁰⁶ Herre, s. 188. Jämför Håstad, s. 254.

¹⁰⁷ Prop. 1989/90:89 s. 126.

detta innebär att beställaren enligt AB 04 inte har rätt till avhjälpandeersättning för uppskattade avhjälpandekostnader låter jag vara osagt men enligt min personliga uppfattning är det ett argument som talar i den riktningen.

Slutligen kan sägas att rätten till prisavdrag i KtjL är helt obegränsad när ett avhjälpande inte sker. Alla fel, såväl obetydliga som större, ger rätt till prisavdrag och begränsningen i prisavdragets storlek relateras istället till ifall kostnaden för avhjälpande skulle bli oskäligt hög för näringsidkaren i förhållande felets betydelse för konsumenten. Hur denna beräkning ska ske i praktiken är oklar men det slutar förmodligen i någon sorts skälighetsbedömning.

4.3 Jämförelse med andra standardavtal och internationell utblick

4.3.1 Orgalime

ORGALIME som står för *Organisme de liaison des industries métalliques européennes* är en Europeisk samarbetsorganisation för verkstadsindustrin. Ett av organisationens standardavtal, Orgalime SE 01, används i viss utsträckning vid avtal om leverans och montage av mekaniska, elektriska och elektroniska produkter. Även om tillämpningsområdet skiljer sig från AB 04 kan dess bestämmelser tjäna till att illustrera hur påföljderna avhjälpande och prisavdrag tillämpas i andra större standardavtal.

Vad gäller leverantörens ansvar för fel stadgas i punkt 51:

I enlighet med bestämmelserna i punkterna 52 till och med 65, ska Leverantören avhjälpa alla fel eller brister (härefter benämnda fel) i Anläggningen som beror på bristfälligheter i konstruktion, material eller tillverkning.

Avhjälpande enligt Orgalime SE 01 bygger alltså på utgångspunkten att leverantören ska avhjälpa alla fel som beror på felaktig konstruktion, material eller tillverkning. Enligt punkt 54 ska beställaren utan obefogat dröjsmål skriftligen underrätta leverantören om alla fel som visar sig. Leverantören ska då enligt punkt 55 utan obefogat dröjsmål avhjälpa felet på egen bekostnad.

Om vi ser till den för framställningen relevanta frågan vad som händer ifall leverantören inte avhjälpes felet så är frågan uttryckligen reglerad i de allmänna bestämmelserna. Punkt 60 stadgar nämligen att om leverantören inte uppfyller sin skyldighet enligt punkt 55, så har beställaren rätt att meddela en slutlig frist inom vilken leverantören måste uppfylla skyldigheterna. Ifall avhjälpande inte sker inom den perioden får beställaren själv, eller genom anlåtande av tredje man utföra nödvändigt avhjälpande vilket då sker på leverantörens risk och bekostnad. När framgångsrikt avhjälpande, utfört av beställaren, eller av honom anlåtad tredje man, har slutförts ska leverantörens ersättning till beställaren för rimliga kostnader som denna åsamkats, utgöra en fullständig reglering av leverantörens ansvar till följd av felet.

Orgalime SE 01 har alltså i punkt 60, 3 st. uttryckligen reglerat när köparen kan få ersättning för avhjälpandekostnaden. Felet måste *de facto* vara avhjälpit innan leverantören kan krävas på någon ersättning. Jämfört med AB 04 har Orgalime SE 01 tydligt uteslutit möjligheten till ersättning för uppskattad avhjälpandekostnad redan i bestämmelsens ordalydelse. Vad gäller då om något avhjälpande aldrig sker?

Punkt 61 a) stadgar att beställaren då istället ska vara berättigad till ett prisavdrag på kontraktssumman som motsvarar anläggningens värdeminskning. Avdraget får dock inte under några omständigheter överstiga 15 % av kontraktssumman. Det rör sig alltså om ett värdeminskningssavdrag liknande det i 5:18 AB 04 med den skillnaden att avdraget är uttryckligen begränsat i pris och någon kategorisering av felet är inte nödvändig. En annan uppfattning skulle kunna vara att AB 04:s prisavdragsregel ska ses som en liknande begränsning eftersom den endast avser ”mindre” fel enligt dess ordalydelse.

Vidare har köparen rätt till hävning enligt punkt 61 b). Det krävs då att felet är så väsentligt att det fråntar beställaren en betydande del av nyttan med avtalet. Hävning sker skriftligen och beställaren har rätt till ersättning för den förlust han har lidit med högst 15 % av kontraktssumman.

Lösningen liknar i viss mån vad som gäller enligt den svenska köplagen. Utgångspunkten är som ”vanligt” att leverantören ska avhjälpa alla fel. Om det inte sker har beställaren rätt bestämma en slutlig tidsfrist för avhjälpande och

om leverantören inte avhjälpes felet inom denna får beställaren avhjälpa felet på hans bekostnad. Leverantören är dock enbart skyldig att ersätta kostnader som *de facto* uppkommit. Ifall leverantören inte avhjälpes felet så får föreligger rätt till prisavdrag, begränsat till maximalt 15 % av kontraktssumman. Prisavdraget är dock helt oberoende av vilken sorts fel det rör sig om.

Systematiken i punkt 60 och 61 torde innebära att beställaren åtnjuter en viss valfrihet av påföljd. Om vi granskar bestämmelsernas ordalydelse ser vi att under förutsättningen att leverantören inte avhjälpes felet, varken inom skälig tid eller inom den av beställaren därefter uppställda slutliga frist inom vilken beställaren måste avhjälpa, så erhåller beställaren rätten att avhjälpa på leverantörens bekostnad. Punkt 61 stadgar som enda förutsättning för prisavdrag att avhjälpan inte har skett och läst i ljuset av punkt 60 antyder detta just en valfrihet för beställaren. Leverantören har så att säga försatt sin chans att avhjälpa felet och enligt mig förefaller detta vara en rimlig lösning. Att beställaren ges valfrihet skapar balans i kontraktsförhållandet och motverkar att leverantören potentiellt utnyttjar situationen att beställaren inte kan bekosta ett avhjälpande själv.

4.3.2 FIDIC

FIDIC - *Fédération Internationale Des Ingénieurs-Conseils* är en internationell organisation inom byggindustrin. Deras standardavtal används globalt och nedan kommer deras avtal "*Building and Engineering Works Designed by the Employer or his representative, the Engineer*" (ofta benämnt 1999 Red Book pga. omslagets färg), att betraktas.¹⁰⁸ I FIDIC-avtalen benämns entreprenören *Contractor* och beställaren *Employer*. Nedan kommer jag att använda de svenska termerna entreprenör och beställare för att använda terminologin från AB 04.

Bestämmelserna om ansvar för fel återfinns i kapitel 11 och inleds i art. 11.1 b) med utgångspunkten att entreprenören ska avhjälpa alla fel. Enligt 11.2 ska avhjälpan av fel ske på entreprenörens risk och bekostnad i den utsträckning de hänför sig till:

¹⁰⁸ Bestämmelserna om avhjälpan i Red Book överensstämmer också med regleringen i "*Conditions of Contract for EPC/Turnkey Projects*" (Silver Book).

- (a) any design for which the Contractor is responsible,*
- (b) Plant, Materials or workmanship not being in accordance with the Contract, or*
- (c) failure by the Contractor to comply with any other obligation.*

Ifall entreprenören inte avhjälpes felet inom skälig tid kan beställaren sätta ut en slutlig frist inom vilken felet måste avhjälpas. Om entreprenören inte avhjälpes inom den fristen, och under förutsättningen att han var skyldig att bekosta avhjälpandet i enlighet med 11.2, ges beställaren rätt att *at his option*, dvs. efter eget val:

“(a) carry out the work himself or by others, in a reasonable manner and at the Contractor’s cost, but the Contractor shall have no responsibility for this work; and the Contractor shall subject to Sub-Clause 2.5 [Employer’s Claims] pay to the Employer the costs reasonably incurred by the Employer in remedying the defect or damage;

(b) require the Engineer to agree or determine a reasonable reduction in the Contract Price in accordance with Sub-Clause 3.5 [Determinations]; or

(c) if the defect or damage deprives the Employer of substantially the whole benefit of the Works or any major part of the Works, terminate the Contract as a whole, or in respect of such major part which cannot be put to the intended use. Without prejudice to any other rights, under the Contract or otherwise, the Employer shall then be entitled to recover all sums paid for the Works or for such part (as the case may be), plus financing costs and the cost of dismantling the same, clearing the Site and returning Plant and Materials to the Contractor.”

Bestämmelsens ordalydelse avslöjar att frågan om uppskattad avhjälpandekostnad är uttryckligen reglerad även i FIDIC.¹⁰⁹ Genom att använda uttrycket *”costs reasonably incurred by the Employer in remedying the defect or damage”* framgår det att beställaren kan få rimliga kostnader han haft för att avhjälpas felet ersatta. Det måste alltså röra sig om en *de facto* uppkommen kostnad för att ersättning ska utgå.

¹⁰⁹ Se 4.3.1 om Orgalime ovan.

I de situationer det är att föredra, t.ex. då beställaren inte har råd att själv bekosta avhjälpandet, kan han istället för avhjälpande kräva skäligt prisavdrag enligt bestämmelsen i b). Enligt 3.5 ska då *the Engineer*, som är utsedd av beställaren konsultera bägge parterna i avsikt att nå en överenskommelse om prisavdragets storlek. Ifall parterna inte kan komma överens ska *the Engineer* rättvist avgöra frågan i enlighet med avtalet. Det finns ingen begränsning för hur stort ett prisavdrag kan bli eller för vilken sorts fel det kan bli aktuellt.

Slutligen stadgas i c) en hävningsrätt för beställaren när det gäller fel som helt eller i omfattande mån berövar honom från avtalets fördelar. Det är alltså möjligt att partiellt häva avtalet och kräva tillbaka dels den del av kontraktssumman som avser det aktuella felet men även kostnader för finansiering, nedmontering, byggstädning och kostnader för att återlämna material till entreprenören.

4.3.3 ABA 99

Allmänna bestämmelser för leverans av industriella anläggningar, ABA 99, är ett svenskt standardavtal som även fått spridning utomlands. För vissa entreprenader/leveranser, särskilt processanläggningar, är det närmast personlig preferens hos beställaren som avgör ifall det blir ABA 99 eller ABT 06 som ska användas på avtalet.¹¹⁰

Vad gäller avhjälpande av fel enligt ABA 99 är utgångspunkten enligt 17.9 att beställaren efter att ha mottagit meddelande om fel ska vidta fackmässiga åtgärder för att avhjälpa felet med den skyndsamhet som omständigheterna påkallar. Om avhjälpande inte sker inom skälig tid efter reklamation kan beställaren enligt 17.13 fastställa en skälig slutlig frist inom vilken leverantören ska ha avhjälpt felet. Situationen när leverantören inte avhjälper inom den slutliga fristen regleras i 17.14 ”Underlåtet felavhjälpande” som lyder:

”Om Leverantören inte avhjälpt fel inom den slutliga frist som Beställaren fastställt enligt punkt 17.13, har Beställaren rätt att på Leverantörens bekostnad vidta de åtgärder som behövs för att avhjälpa felet, under förutsättning att Beställaren förfar med omdöme. Om Beställaren väljer att inte vidta åtgärder för att avhjälpa felet eller om Anläggningen trots sådana åtgärder alltjämt är

¹¹⁰ Ossmer, SvJT 2006, s. 645.

behäftad med fel, har Beställaren rätt till prisavdrag som svarar mot felet, dock högst 15 % av Kontraktspriset eller, om det kvarstående felet är väsentligt, hävning av Avtalet enligt punkt 18.13.

Då leverantören underlåter att avhjälpa har alltså beställaren tre olika tillvägagångssätt till handa för att tillgodose fullgod kompensering för felet. Han kan antingen avhjälpa på leverantörens bekostnad, göra prisavdrag med högst 15 % eller vid väsentliga fel häva avtalet.

Frågan om ersättning för uppskattad avhjälpandekostnad berörs inte uttryckligen i 17.14, men klart är att avhjälpande ska ske på leverantörens bekostnad. Läser man bestämmelsens andra stycke framstår att prisavdrag som den alternativa påföljden, blir aktuell först efter att beställaren valt att inte vidta åtgärder för att avhjälpa felet. Systematiken i bestämmelsen antyder att beställaren kan välja att vidta åtgärder för att avhjälpa felet, alltså en beställar-aktiv lösning enligt vilken leverantören ska ersätta de kostnader som beställaren haft för att avhjälpa felet. Ifall beställaren av någon anledning väljer att inte vidta åtgärder för att avhjälpa felet, en beställar-passiv lösning, ges han istället rätt till prisavdrag alternativt hävning, även det en beställar-passiv lösning vid väsentligt fel. Troligen föreligger därför ingen rätt till ersättning för uppskattad avhjälpandekostnad, beställaren har att välja mellan en aktiv och en passiv lösning och får ersättning därefter.

Vad gäller just prisavdrag framträder omedelbart en märkbar skillnad gentemot regleringen i AB 04. Rätten till prisavdrag är nämligen oberoende av felets karaktär vilket innebär att beställaren, till skillnad mot regleringen i AB 04 5:18, även vid väsentliga, allvarliga fel kan välja att nöja sig med ett prisavdrag om 15 %.

Varför skulle då beställaren ha rätt till ersättning för uppskattad avhjälpandekostnad? Naturligtvis kan det uppkomma en situation där kostnaden för ett avhjälpande överstiger 15 % av kontraktssumman och beställaren inte har råd att först själv bekosta avhjälpandet och sedan återkräva ersättning från beställaren. Något som är värt att komma ihåg i dessa sammanhang är att 15 % enbart

är att se som ett riktmärke¹¹¹ och om kontraktssumman uppgår till några hundratals miljoner, vilket inte är ovanligt, kan 15 % säkerligen kompensera beställaren för felet. Skulle kostnaden för avhjälpande överstiga detta belopp torde felet vara av väsentlig betydelse med tillhörande rätt till hävning. Även om beställaren har rätt att häva avtalet vid väsentliga fel kan det vara bättre att försöka komma överens med leverantören om ett större prisavdrag, dvs. över 15 % av kontraktssumman, för att undvika hävning och de förödande konsekvenser det kan medföra för bägge parter.¹¹²

Sammanfattningsvis ges beställaren en valrätt vid underlåtet avhjälpande och enligt vad jag har anfört ovan anser jag att beställaren har möjlighet att bli helt kompenserad för fel även utan rätt till ersättning för uppskattad avhjälpandeersättning.

4.4 Internationella principer

Inom avtalsrätten, som till största delen är dispositiv, är möjligheten att beakta utländsk rätt större än på andra rättsområden med mer tvingande lagstiftning. Vad gäller UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (Unidroit) och Principles of European Contract Law (PECL) anser Ramberg att de utgör auktoritära rättskällor i svensk rätt genom att Högsta domstolen refererar till dem i ett antal fall.¹¹³ Draft Common Frame of Reference (DCFR) anses också kunna fungera som en rättskälla.¹¹⁴ Av intresse kan också vara Principles of European Law (PEL) vilket likt flera av de övriga har arbetats fram av en grupp akademiker.

I det korta stycket i Rambergs bok benämns de internationella rättsprinciperna som auktoritära rättskällor utan att det egentligen förklaras vad som avses eller var de internationella principerna ska placeras i svensk rätt. Det är tveksamt ifall vi kan ge dem alla status som auktoritativa rättskällor men vi kan i vart fall konstatera att dessa internationella principer har påverkat HD tidigare och att de säkerligen kommer hänvisas till i framtida mål. Samuelsson förespråkar ett

¹¹¹ Beloppet 15 % av kontraktspriset är att se som ett riktmärke och ersättningen kan därmed bli högre, Ossmer, SvJT 2006, s. 645. Jfr dock Contman, s. 148 som inte omnämner 15 % som ett ”riktmärke”.

¹¹² Ibid.

¹¹³ NJA 2000 s. 747, NJA 2006 s. 638, NJA 2008 s. 733 och NJA 2009 s. 672.

¹¹⁴ Ramberg & Ramberg, s. 28.

förhållningssätt som jag personligen ansluter mig till. Han tillsätter DCFR samma ställning som vilket internationellt komparativrättsligt arbete som helst vilket ska bedömas enligt sina egna meriter från fall till fall.¹¹⁵

Onekliggen kan dessa internationella principer vara av intresse för framställningens frågeställningar. Främst gäller då att söka efter generella tendenser och lösningar vilket skulle kunna tyda på en gemensam uppfattning internationellt. Därav kommer Unidroit, PEL och DCFR att gås igenom var för sig nedan.

4.4.1 UNIDROIT

UNIDROIT:s syfte är att studera behov och metoder för att modernisera, harmonisera och koordinera privat- och avtalsrätt mellan stater. För närvarande har 63 länder anslutit sig till UNIDROIT projektet¹¹⁶ vars senaste samling principer gavs ut 2010 under namnet *UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts* (Unidroit). I min behandling av Unidroit:s principer kommer jag använda mig av termerna beställare och entreprenör. I mina exempel kommer beställaren vara den som har rätt till avhjälpande eller ersättning.

Fel och påföljder för fel behandlas i Unidroit kapitel sju, *non-performance*, och definieras i kapitel sju, sektion ett, artikel ett.

Article 7.1.1 "Non-performance is failure by a party to perform any of its obligations under the contract, including defective performance or late performance".

Att uppmärksamma är således att både dröjsmål och fel behandlas under samma bestämmelse och betraktas lika. I Artikel 7.1.4 ges rätten för den felande parten att på egen bekostnad avhjälpa alla fel under diverse förutsättningar. Bl.a. att det kan ske utan onödig försening, att avhjälpande är lämpligt, att motparten inte har ett legitimt intresse att vägra avhjälpande och att det kan ske omgående.

Vad gäller rätten att kräva avhjälpande ges utgångspunkten i Artikel 7.2.2. Där stadgas att beställaren har rätt att kräva fullgörelse förutom då (a) fullgörelse är faktiskt eller juridiskt omöjlig, (b) fullgörelsen skulle orsaka oskälig kostnad

¹¹⁵ Samuelsson, s 64.

¹¹⁶ www.unidroit.org

eller olägenhet, (c) beställaren skäligen kan erhålla prestationen av någon annan istället, (d) förpliktelsen är av utpräglat personlig karaktär eller (e) beställaren inte kräver fullgörelse inom skälig tid efter att han har, eller borde ha, blivit medveten om felet. Enligt Artikel 7.2.3 innefattar rätten till fullgörelse i tillämpliga fall, rätt till reparationer, utbyte, eller annat avhjälpande av fel. En intressant regel återfinns i Artikel 7.2.4 som föreslår att då en domstol förordnar om avhjälpande kan detta förenas med ett förordnande om *penalty*, vite, ifall avhjälpande inte sker. Detta förefaller vara ett effektivt påtryckningsmedel och betalning av vitet ska heller inte innebära att rätten till skadestånd bortfaller.

Vidare stadgas i Artikel 7.2.5 att beställaren, om han har krävt avhjälpande och felet inte blivit avhjälpd inom en bestämd period eller inom skälig tid, kan kräva andra påföljder. I kommentaren till bestämmelsen motiveras valrätten med de vanligt förekommande svårigheterna att framtvinga en naturaförpliktelse. Därför vore det orättvist att låsa in beställaren till enbart en påföljd ifall han krävt avhjälpande. Vidare kan ju det faktum att entreprenören är ovillig eller oförmögen att avhjälpa visa sig först vid ett senare tillfälle.

Vad är det då beställaren har att välja mellan vid uteblivet avhjälpande? Ja om förutsättningarna är uppfyllda har han rätt till hävning enligt kapitel sju sektion tre och skadestånd enligt sektion fyra. Vad gäller hävning krävs som ”vanligt” att felet når upp till en viss nivå. I Unidroit krävs för hävning enligt Artikel 7.3.1 att felet utgör *fundamental non-performance*. En intressant faktor för att avgöra detta är ifall felet är avsiktligt eller beror på vårdslöshet. Skulle då ett fel kunna nå upp till hävningsgrund för att entreprenören helt enkelt vägrar avhjälpa? Det torde ligga i intresset av att behålla balansen i kontraktsförhållandet att entreprenören inte ensidigt ska kunna bestämma ifall beställaren enbart ska få skadestånd. Vidare ligger en rätt till hävning även i linje med vad som uttalades ovan om Artikel 7.2.5, att beställaren har rätt att ändra påföljd vid uteblivet avhjälpande.

I Unidroit finns ett generellt stadgande om rätt till skadestånd i Artikel 7.4.1. Föreligger ett fel föreligger också en rätt till skadestånd och det räcker således att bevisa ”*the non-performance*” (exempelvis felaktig vara). Det krävs alltså

inte att köparen därutöver bevisar kausalitet mellan felet och den felande partens agerande.

Sammanfattningsvis kan sägas att beställaren har en principiell rätt till avhjälpande av fel och att det vid uteblivet avhjälpande blir aktuellt med andra påföljder. En anmärkningsvärd reglering är att fel och dröjsmål behandlas gemensamt. Beställarens rätt att avhjälpa på entreprenörens bekostnad behandlas inte i Unidroit utan istället hänvisas till möjligheten att använda sig av andra påföljder när avhjälpande inte sker. Vidare finns det inte heller något prisavdrag som påföljd utan istället är det generellt skadestånd som gäller.

4.4.2 Draft Common Frame of Reference - DCFR

När det gäller entreprenadavtal och DCFR är det en logisk utgångspunkt att först konsultera *Book IV – Specific contracts and the rights and obligations arising from them*, del C. *Services*, kapitel tre, *Construction*.¹¹⁷ Utöver dessa bestämmelser är även de allmänna reglerna i bok ett till tre samt reglerna om tjänsteavtal i bok fyra, del C, kapitel ett tillämpliga.¹¹⁸ Av dessa regler är det bok tre, kapitel tre, *Remedies for non-performance* som är av störst intresse för framställningen och behandlas nedan. I kapitlet benämns avtalsparterna *Creditor* och *Debitor*. Nedan kommer termen beställare att användas för att beteckna *creditor* och entreprenör för *debitor*.

I artikel 3:101 (1) stadgas att då en förpliktelse inte är utförd enligt avtal och icke-uppfyllelsen inte är ursäktad har beställaren rätt att välja någon av de påföljder som återfinns i det aktuella kapitlet. Påföljderna det rör sig om är i kortlighet (a) fullgörelse – återbetalning av pengar eller *specific performance*¹¹⁹ (b) skadestånd, (c) hävning, (partiell eller fullständig) och (d) prisavdrag.

Om det föreligger fel har entreprenören under vissa förutsättningar rätt att avhjälpa felet enligt artikel 3:202. Ifall entreprenören erbjuder att avhjälpa felet på egen bekostnad måste beställaren ge entreprenören skälig tid att själv avhjälpa felet. Då beställaren har medgett tid för avhjälpande får han inte kräva några andra påföljder men har rätt innehålla betalning enligt artikel 3:204. Ifall

¹¹⁷ Tyvärr återfinns dock inte några relevanta bestämmelser för framställningen i det kapitlet.

¹¹⁸ DCFR, *Relation to other parts of the model rules*, s. 1722.

¹¹⁹ *Specific performance* kan utdömas av en Common Law-domstol och avser ofta fullgörelse av en avtalad naturaförpliktelse.

entreprenören inte avhjälpes i tid har beställaren rätt att välja bland övriga tillämpliga påföljder.

I artikel 3:302: *Enforcement of non-monetary obligations* paragraf (1) stadgas rätten till *specific performance*, vilket enligt (2) inkluderar kostnadsfritt avhjälpande då en prestation inte stämmer överens med villkoren för förpliktelsen.¹²⁰

Det är dock ingen obegränsad rätt till avhjälpande, skyldigheten att avhjälpas bortfaller nämligen när hinder föreligger enligt (3) eller (4). Befriande från skyldigheten att avhjälpas är enligt (3)(a) att avhjälpande skulle vara olagligt eller omöjligt, (b) orimligt betungande eller kostsamt, eller (c) att prestationen skulle vara av sådan personlig karaktär att det vore orimligt att kräva dess utförande.¹²¹ Enligt (4) bortfaller rätten att kräva prestation även ifall krav därom inte framställs inom en rimlig tid efter att *the creditor*, i vårt fall beställaren, blev medveten eller rimligen kan förväntas ha blivit medveten om *the non-performance*, felet.

DCFR stadgar endast en rätt att kräva avhjälpande från entreprenören men behandlar inte möjligheten för beställaren att själv avhjälpas. Ifall entreprenören underlåter att avhjälpas är beställaren således hänvisad till övriga påföljder.

Prisavdrag regleras i Artikel 3:601 och ger beställaren rätt till ett proportionerligt värdeminskningssavdrag beräknat efter mellanskillnaden av prestationens värde i felaktigt- och kontraktsenligt skick. Prisavdrag som påföljd för fel är avsett att användas som alternativ till skadestånd eller då det inte föreligger något skadeståndsansvar alls.¹²² Prisavdrag blir aktuellt såväl då beställaren har accepterat den felaktiga prestationen, dvs. inte kräver avhjälpande som då rätten till avhjälpande inte föreligger alls. DCFR uppställer inga krav avseende felets karaktär, prisavdrag kan således bli aktuellt för såväl väsentliga fel som obetydliga skönhetsfel.

Eftersom beställaren vid underlåtet avhjälpande har rätt att välja mellan tillgängliga påföljder kan han istället för prisavdrag kräva skadestånd eller under speciella förutsättningar häva avtalet. I artikel 3:701 stadgas en generell rätt till

¹²⁰ DCFR, s. 851.

¹²¹ Enligt DCFR s. 853 avses här mänskliga fri- och rättigheter och då särskilt rätten till frihet och kroppslig integritet.

¹²² DCFR, s. 929.

skadestånd förutsatt att beställaren har lidit en *loss*, förlust. Enligt 3:701(3) inkluderar ekonomisk förlust att egendom har minskat i värde. Ett icke-avhjälp fel på en entreprenad torde således grunda rätt till skadestånd.

Sammanfattningsvis kan sägas att DCFR i väldigt begränsad mån behandlar entreprenadavtal specifikt. Istället är det de generella reglerna i bok ett till tre (köprätt) som blir aktuella. Frågan om rätt till ersättning för uppskattade avhjälpandekostnader är obehandlad i DCFR. Då entreprenören underlåter att avhjälpa fel inträder en rätt för beställaren att välja påföljd, antingen prisavdrag, skadestånd eller hävning. Värt att notera är att prisavdraget är obegränsat i värde och är tillämpligt vid alla sorters fel.

4.4.3 Principles of European Contract Law - PECL, Principles of European Law - PEL

Principles of European Law förkortat PEL är ett akademiskt projekt som försöker dra upp ”*common European principles for the most important aspects of the law of obligations*”. PEL kan ses som en fortsättning på PECL (något förvirrande hänvisar PEL i många fall till PECL), *Principles of European Contract Law* och arbetet utmynnade i en hel serie böcker. Av intresse för framställningen är del tre *Service Contracts*¹²³ vari entreprenadavtal, *Construction*, har analyserats. Värt att notera är att varken Danmark, Irland, Skottland eller Luxemburg var representerade bland de akademiker som arbetade med entreprenadavtalen. Vidare var varken finsk, polsk eller belgisk rätt representerad mer än i vissa delar. Dessa brister i omfattning leder enligt Samuelsson till att slutsatsernas principiella värde försvagas betydligt.¹²⁴

I artikel 2:109 *Specific Performance and Cure* i PEL stadgas i första paragrafen (1) en generell rätt för beställaren att kräva avhjälpande av fel enligt Artikel 9:102 PECL (Non-Monetary Obligations). Avhjälpande kan alltså krävas förutsatt att det inte är (a) olagligt eller omöjligt, (b) skulle åsamka entreprenören oskäliga kostnader eller olägenhet, (c) förpliktelsen är av utpräglat personlig karaktär.

¹²³ Hädanefter hänvisad till som PEL SC.

¹²⁴ Samuelsson, s. 61.

Enligt (3) har entreprenören rätt att avhjälpa felet förutsatt att det kan ske (a) innan en enligt Artikel 8:106(3) PECL (Notice Fixing Additional Period for Performance) av beställaren utsatt skälig tid för fullgörelse har löpt ut och (b) att förseningen av avhjälpandet inte utgör *fundamental non-performance* enligt Artikel 8:103(b) eller (c) PECL (Fundamental Non-Performance). Hur entreprenören avhjälpas felet är enligt (5) upp till honom. I bestämmelsen ges som exempel: reparation, utbyte eller avhjälpande av tredje man på entreprenörens bekostnad. Fram till dess att entreprenören har avhjälpat felet har beställaren enligt (6) rätt att innehålla betalning i enlighet Artikel 9:201 PECL (Right to Withhold Performance). Vidare ger (7) beställaren rätt att kräva skadestånd enligt kapitel 9 avdelning 5 PECL (Damages and Interest) för förlust som inte täcks av entreprenörens avhjälpande.

Ifall beställaren inte har rätt till avhjälpande enligt Artikel 2:109(1) eller entreprenören misslyckas med att avhjälpa enligt Artikel 2:109(3) är beställaren hänvisad till övriga påföljder enligt Artikel 2:110 *Resort to Other Remedies*. De påföljder beställaren har att välja mellan är hävning, prisavdrag och skadestånd. Vid väsentliga fel har beställaren rätt till hävning enligt kapitel 9 avdelning 3 PECL (Termination of the Contract). Prisavdrag sker i enlighet med Artikel 9:401 PECL (Right to Reduce Price), det rör sig då om ett avdrag för värdeminskning liknande det i 5:18 AB 04. Rätten till prisavdrag gäller för alla sorters fel och vidare har beställaren rätt till skadestånd för ytterligare förlust enligt kapitel 9 avdelning 5 PECL (Damages and interests).

Sammanfattningsvis kan sägas att PEL och PECL inte specifikt behandlar ifall beställaren har rätt till ersättning för uppskattade avhjälpandekostnader. Den ledning som ges är i Artikel 2:110 (4) PEL som lyder enligt följande:

”The client may claim damages under Chapter 9. Section 5 PECL (Damages and Interest), including the costs of repair or replacement”.

Beställaren har alltså rätt att få kostnaderna för *”repair or replacement”* ersatta. Det är svårt att med säkerhet uttala ifall beställaren har rätt till ersättning för uppskattade avhjälpandekostnader men en omständighet som jag finner tala emot det är beställarens övriga valmöjligheter av påföljd. Eftersom beställaren har rätt att kräva prisavdrag obehindrat av felets betingelse anser jag det vara

rimligt att kräva att kostnaden för avhjälpande faktiskt har uppkommit innan han kan rikta krav om ersättning därav mot entreprenören.

4.5 Sammanfattning och kommentar

Syftet med utblicken i avsnittet har varit att åskådliggöra hur frågorna om avhjälpande och prisavdrag är reglerade i lag, i med AB 04 jämförbara standardavtal (såväl nationella som internationella) och i internationella principer. Vad gäller frågan om ersättning för uppskattad avhjälpandekostnad kan sägas att den är väldigt sparsamt reglerad. KtjL är det enda exemplet på uttrycklig reglering och behandling av frågan. KtjL har en väldigt särpräglad metod för att beräkna prisavdrag där utgångspunkten är att prisavdraget ska motsvara kostnaden för att avhjälpa felet. Denna ersättning ska betalas ut i förskott och rätten till prisavdrag är helt obegränsad när avhjälpande inte sker. Med andra ord sker ingen uppdelning á la AB 04 i väsentliga eller obetydliga fel, samtliga ger rätt till prisavdrag.

Där KtjL reglerar frågan om uppskattad avhjälpandekostnad är den svenska köplagen tyst. Frågan är oreglerad i såväl lagtext som motiv men enligt Herre och Håstad bör principen som gäller enligt den finska köplagen gälla även enligt svensk rätt. I sådana fall skulle köparen ha rätt till ersättning för uppskattad avhjälpandekostnad när säljaren underlåter att avhjälpa fel.

När det kommer till andra standardavtal gäller enligt Orgalime SE 01 och Fidic Red- och Silver book att beställaren kan få kostnader för avhjälpande ersatta endast då de avser kostnader uppkomna vid felets avhjälpande. Det kan således inte bli aktuellt med ersättning för uppskattade avhjälpandekostnader. Enligt min uppfattning är det samma reglering som gäller enligt ABA 99 även om det inte framgår direkt av ordalydelsen. Det alla tre standardavtalen har gemensamt är att beställaren, då entreprenören underlåter att avhjälpa fel, besitter en valrätt bland övriga påföljder. Vidare har beställaren enligt dessa tre avtal rätt till prisavdrag oberoende av felets karaktär, det sker alltså ingen uppdelning mellan väsentliga och obetydliga fel. Föreligger ett fel i entreprenaden som entreprenören inte avhjälper har beställaren rätt till prisavdrag, punkt slut. Enligt ABA 99 och Orgalime SE 01 är prisavdraget begränsat till 15 % av kontraktssumman även om större prisavdrag torde kunna förekomma i praktiken. Enligt

Fidicböckerna är rätten till prisavdrag helt obegränsad. Det är upp till parterna att konsultera om prisavdragets storlek under ledning av en ingenjör som är utsedd av beställaren. Ifall parterna inte kommer överens har denna medlare rätt att avgöra prisavdragets storlek själv.

Om vi ser till internationella principer är frågan om uppskattad avhjälpande-kostnad oreglerad i Unidroit, PECL/PEL och DCFR. Utgångspunkten enligt dem tre är densamma, entreprenören har rätt att avhjälpa fel och beställaren har rätt att få fel avhjälpna. Vidare har beställaren möjlighet att bestämma en skälig slutlig tidsfrist inom vilken felet ska vara avhjälpna. Ifall entreprenören underlåter att avhjälpa inom denna tidsfrist gäller att beställaren har rätt att välja en annan påföljd. Unidroit behandlar inte rätten till prisavdrag utan uppställer istället en generell rätt till skadestånd för att kompensera beställaren. Enligt både PECL/PEL och DCFR gäller dock en obegränsad rätt till prisavdrag oberoende av felets karaktär.

Om vi ska dra några generella slutsatser från de tre standardavtalen och de internationella principerna kan sägas följande. Avhjälpande är den primära påföljden och beställaren har möjlighet att bevilja entreprenören en slutlig tidsfrist inom vilken avhjälpande ska ske. Ifall entreprenören underlåter att avhjälpa inom tidsfristen har han förlorat rätten att avhjälpa felet. Vid underlåtet felavhjälpande inträder en valrätt för beställaren att välja mellan övriga tillgängliga påföljder. I den utsträckning frågan är uttryckligen reglerad¹²⁵ kan beställaren enbart få *de facto* uppkomna avhjälpandekostnader ersatta av beställaren. Bortsett från regleringen i Unidroit har beställaren en obegränsad rätt till prisavdrag. Oberoende av felets karaktär kan alltså beställaren välja att godta entreprenaden i felaktigt skick i utbyte mot ett prisavdrag. I viss mån är prisavdragets storlek reglerad men torde i samtliga fall leda till att beställaren blir fullständigt kompenserad för felet. Vad gäller beräkningsmetoder gäller exempelvis enligt artikel 3:601 DCFR *Right to reduce price* och PECL artikel 9:401 *Price Reduction* att prisavdraget ska vara proportionellt till värdeminskningen av den levererade varan eller prestationen i jämförelse med vad en avtalsenlig vara eller prestation skulle ha varit värd.

¹²⁵ Orgalime SE 01 och FIDIC.

I det följande avsnittet kommer avhjälpande och prisavdrag i AB 04 analyseras och diskuteras vidare i ljuset av det som framkommit i avsnitt tre och fyra.

5. Analys och diskussion

Inledningsvis kan konstateras att beställaren enligt 5:17 AB 04 har rätt få ett fel i entreprenaden avhjälpd. Grundtanken är att entreprenören ska avhjälpa felet utan dröjsmål och senast inom två månader från det att besiktningsutlåtandet eller skriftlig underrättelse om felet tillställts honom. Utgångspunkten är således densamma som i de övriga standardavtal och internationella principer som behandlades ovan i avsnitt fyra. Om entreprenören inte avhjälpes felet har beställaren rätt att själv låta avhjälpa felet. Avhjälpandet ska enligt 5:17 5 st. ske på entreprenörens bekostnad om han ansvarar för felet.

Enligt bestämmelsens ordalydelse är det svårt att utläsa ifall ersättning för avhjälpandekostnaden förutsätter att beställaren faktiskt har avhjälpd felet. Det råder däremot inga tvivel om att beställaren har rätt till ersättning när han faktiskt har avhjälpd felet. Vilket redovisats ovan, har bestämmelsen om avhjälpande haft i stort sett samma lydelse ända sedan AB 54. Vi kan då ställa oss frågan hur det kan ha fått råda oklarhet om ersättning för uppskattade avhjälpandekostnader så länge? Svaret ligger i att AB-avtalen är framförhandlade av BKK och bygger på kompromisser. BKK väljer således att lämna vissa frågor oreglerade för att nå konsensus. Följden av dessa kompromisslösningar blir då att vissa bestämmelser tenderar att få en vag ordalydelse och 5:17 AB 04 faller väl in i den beskrivningen.

Att BKK själv inte kan komma överens eller vill reglera frågan om uppskattad avhjälpandekostnad framgår tydligt i det yttrande som BKK skickade till HD med anledning av att DAB överklagade Göta hovrätts dom i mål T 2232-11. BKK poängterade i sitt yttrande att frågorna om rätt till ersättning för en beräknad kostnad för avhjälpande och rätt till värdeminskningssavdrag när sådana fel föreligger som i väsentlig grad påverkar en entreprenads bestånd inte tidigare är behandlade av Högsta domstolen. Vidare framhölls att frågorna är av stor praktisk betydelse inom entreprenadbranschen, varför BKK bedömde det som väsentligt att rättsläget klargjordes. Uppenbarligen är BKK medvetet om

problematiken men kan eller vill inte reglera frågan uttryckligen, istället sätter föreningen sin tilltro till att Högsta domstolen ska avgöra frågorna en gång för alla.

Även om frågan ännu inte är slutligen avgjord har Göta hovrätts avgörande uppmärksammats och efterföljs av BF – Byggmästareföreningen. BF är en branschorganisation för bygg- och anläggningsföretag och deras jurister besvarar frågor i tidningen Byggindustrin.¹²⁶ Enligt deras ”frågor och svar” föreligger ingen rätt till ersättning för avhjälpandekostnader förrän beställaren haft en verklig kostnad för att avhjälpa felet. BF har alltså anslutit sig till Göta hovrätts uppfattning om att endast faktiskt uppkomna kostnader kan ersättas. Den uppfattningen härstammar från Stig Hedbergs uttalande i kommentaren till AB 04.¹²⁷

Varför är då detta den föredragna lösningen av situationen? Om vi utgår från att entreprenören är ansvarig för felet ska beställarens avhjälpande ske på entreprenörens bekostnad. Det faller sig naturligt att en redan uppkommen kostnad är lättare att ersätta eftersom den är fastställd och slutlig. Om vi föreställer oss en rätt till ersättning för uppskattade avhjälpandekostnader uppkommer direkt följdfrågor som: vad gäller ifall avhjälpandet kostar mer/mindre? Ska ersättning för uppskattade avhjälpandekostnader ses som slutlig reglering av frågan?

Ser man till regleringen av beställarens avhjälpande på entreprenörens bekostnad framhävdes redan i kommentaren till AB 54 att beställaren har rätt att innehålla ett betryggande belopp för avhjälpande av fel.¹²⁸ Regleringen är i stort sett oförändrad och enligt 6:15 AB 04 gäller att beställaren har rätt att innehålla 5 % av entreprenadsumman (jämta mervärdesskatt) för avhjälpande av fel som konstaterats i utlåtandet över slutbesiktning till dess fel avhjälpats, dock längst två månader. Efter att två månader har passerat (samma period som stadgas i 5:17 inom vilken entreprenören i normalfallet ska avhjälpa fel) har beställaren rätt att innehålla betryggande belopp för avhjälpande av fel till dess fel avhjälpats eller reglering skett genom värdeminskningsskatt enligt 5:18.

¹²⁶ http://www.stockholmsbf.se/entreprenadjuridik/fragor-och-svar-2013__2691

¹²⁷ Hedberg, s. 104. Se även för samma uppfattning Rådberg II, s. 75.

¹²⁸ Källenius, s. 218.

Om vi har en situation där beställaren vägrar att avhjälpa fel har jag svårt att föreställa mig någon beställare som inte skulle utnyttja rättigheten att innehålla betryggande belopp för felets avhjälpande. Enligt Johansson medger även allmänna kvittningsregler beställaren rätt att innehålla så stor del av slutlikviden som motsvarar vad det kostar att avhjälpa felet.¹²⁹ Om beställaren har innehållit ett belopp för felets avhjälpande finns det föga skäl att därutöver ge honom en rätt till ersättning för uppskattade avhjälpandekostnader. Rätten att innehålla betalning syftar till att påtvinga entreprenören att avhjälpa felet snarast möjligt. Ifall entreprenören ändå underlåter att avhjälpa felet kan beställaren fortsätta att innehålla beloppet och använda det bäst han vill. Denna kvittningsrätt vid bristande felavhjälpande liknar närmast ett skadestånd.¹³⁰ Vad ska då gälla i fall där beställaren inte har innehållit något belopp?

I Orgalime SE 01 och FIDIC Red och Silver book är frågan uttryckligen reglerad. Ersättning för avhjälpandekostnader avser endast de kostnader som uppkommit när beställaren har avhjälpit felet. Det rör sig således om faktiskt uppkomna kostnader och ersättning för uppskattade avhjälpandekostnader kan aldrig bli aktuellt. Enligt ordalydelsen av ABA 99 framgår inte uttryckligen ifall ersättning för uppskattade avhjälpandekostnader kan bli aktuellt, något som torde kunna förklaras av samma skäl som gavs angående lydelsen av 5:17 i AB 04, Teknikföretagen, som förhandlat fram villkoren kunde troligen inte enas internt om vad som skulle gälla.¹³¹

Om vi ser till regleringen i KtjL och KöpL i sökandet efter allmänna civilrättsliga principer framgår att ersättning för uppskattad avhjälpandekostnad utgår i form av ett prisavdrag enligt KtjL:s reglering. I köplagens bestämmelser stadgas att köparen har rätt till försvarliga kostnader för att avhjälpa felet. Enligt Håstad och Herre torde köparen ha rätt till ersättning för uppskattade avhjälpandekostnader när säljaren underlåter att avhjälpa felet. Om vi ser till regleringen i CISG finns inte någon självständig rätt till ersättning för avhjälpandekostnader när säljaren underlåter att avhjälpa felet. Istället har köparen rätt till ersättning för de kostnader han själv har haft för att avhjälpa felet om de gene-

¹²⁹ Johansson, s. 312.

¹³⁰ Osmér, SvJT 2006, s. 645.

¹³¹ ABA 99 är utgivet av Teknikföretagen som företräder 3 600 medlemsföretag. http://www.teknikforetagen.se/hem/Om_oss/.

rella förutsättningarna för skadestånd är uppfyllda. Ersättning kan utgå innan avhjälpande faktiskt har skett för att ge köparen ekonomiska möjligheter att avhjälpa felet.¹³²

Den svenska köplagen stadgar väldigt tydligt i dess inledning att lagen inte är tillämplig på entreprenadavtal. Vad är det då som talar för att dessa regler från KtjL eller KöpL ska kunna tillämpas på entreprenadavtal? Som diskuterats ovan förespråkar Högsta domstolen att vi, när de aktuella avtalsbestämmelserna inte ger någon klar ledning, bör använda oss av allmänna civilrättsliga principer varav vissa har tagit sig uttryck i köplagens bestämmelser. Varken köplagen eller dess bakomliggande proposition behandlar frågan om ersättning för uppskattade avhjälpandekostnader. Det som talar för en sådan rätt är propositionen till den finska köplagen tillsammans med argument framförda av Herre och Håstad samt en del skiljeavgöranden. Utan klara svenska motivuttalanden eller ett avgörande från Högsta domstolen går det inte att uttala sig med säkerhet om vad som gäller enligt svensk köprätt.

Bristen på tydlig reglering i svensk rätt i kombination med att frågan är i stort sett oreglerad i de internationella principer som har granskats i framställningen gör att det enligt min mening är tveksamt ifall det existerar någon allmän civilrättslig princip i frågan om ersättning för uppskattade avhjälpandekostnader. Det går naturligtvis inte att utesluta att Högsta domstolen finner att rätten till ersättning för uppskattade avhjälpandekostnader, när säljaren underlåter att avhjälpa, är en allmän civilrättslig princip. Personligen finner jag det svårt att tala om en allmän civilrättslig princip när den varken finns uttalad i svensk rätt eller omnämns i internationella civilrättsliga principalsamlingar och jag skulle bli förvånad ifall HD tillämpade regeln på AB 04.

Om vi ställer oss frågan objektivt, vad som vore den mest förutsägbara lösningen finner jag det mer logiskt att jämställa AB 04 med dess internationella motsvarigheter än den svenska köplagen. Att Orgalime och Fidic har samma lösning på ett problem väger enligt min mening tyngre än att propositionen till den finska köplagen, i en mening, antyder att ersättning för avhjälpandekostnader inte kräver någon faktiskt uppkommen kostnad för avhjälpande när säljaren

¹³² Ramberg & Herre II, s. 187.

underlåter att avhjälpa felet. Om vi låter de internationella standardavtalen tjäna som ledning skulle 5:17 AB inte medge någon rätt till ersättning för uppskattade avhjälpandekostnader. Det spelar i så fall ingen roll ifall beställaren avser att avhjälpa felet, med befintliga anbud eller ej, någon ersättning för uppskattad avhjälpandekostnad kommer inte i fråga. Likt jag framhållit tidigare förefaller denna tolkning också vara ändamålsenlig med hänsyn till beställarens rätt att innehålla betalning. Vad gäller då i situationen när beställaren inte har innehållit något belopp och nu inte har råd att själv bekosta avhjälpandet för att sedan kräva beställaren på ersättning?

Systematiskt är AB 04 upplagt så att när avhjälpande inte har skett har beställaren rätt till prisavdrag enligt 5:18. Rätten till prisavdrag är dock begränsad avseende felets karaktär. Enligt ordalydelsen är entreprenören inte skyldig att avhjälpa fel som inte i väsentlig grad påverkar entreprenadens bestånd, utseende eller möjligheten att använda den på ändamålsenligt sätt och det är därmed endast för dessa, s.k. skönhetsfel, som prisavdrag kan bli aktuellt. Det är nu vi har nått vad jag anser vara kärnan i problemet. Låt oss använda scenariot i det mål som Högsta domstolen nu står inför att avgöra. Onekligen föreligger ett fel i entreprenaden. Felet är av väsentlig betydelse för entreprenadens bestånd och entreprenören ansvarar för felet. Entreprenören har även uttalat att han inte avser att avhjälpa felet. Göta hovrätt fann att någon ersättning för uppskattade avhjälpandekostnader inte kunde komma ifråga. Vidare kunde det inte bli aktuellt med värdeminskingsavdrag enligt 5:18 eftersom felet var av väsentlig betydelse för entreprenadens bestånd.

En sådan lösning kan inte anses som annat än motsägelsefull med tanke på att mindre allvarliga fel skulle kunna kompenseras genom värdeminskingsavdrag. 5:18 behandlar inte betydande prisavdrag men betyder det att det är utslutet? 5:18 anses utgöra en skyddsregel för entreprenören och ska avhålla beställaren från att ställa orimliga krav på avhjälpande av obetydliga skönhetsfel och andra fel som inte påverkar funktionaliteten.¹³³ Med tanke på att bestämmelsen är en skyddsregel för entreprenören finns det inget som talar emot att beställaren utsträcker regelns räckvidd och begär avdrag även vid väsentliga fel

¹³³ Ossmer, SvJT 2006, s. 645.

i entreprenaden. Enligt Ossmers uppfattning ger 5:18 beställaren rätt att istället för felavhjälpan kräva ett betydande prisavdrag eller, beroende på felets art, häva avtalet.¹³⁴ Om vi bortser från bristande stöd i ordalydelsen och istället ser till bestämmelsens ändamål ser jag ingen anledning att inte utsträcka beställarens valmöjligheter, särskilt i ett fall som detta, när entreprenören uttryckligen förklarat sin ståndpunkt och avsikt att inte avhjälpa felet i entreprenaden. Att beställaren enbart skulle kunna begära prisavdrag för mindre väsentliga fel men bli utan ersättning för mer väsentliga fel faller på sin egen orimlighet och att utsträcka beställarens möjligheter, speciellt då entreprenören inte avser avhjälpa felet, ser jag som en logisk följd av intresset att främja balans mellan parterna i avtalsförhållandet.

Följer vi Göta hovrätts lösning och något värdeminskingsavdrag inte medges så föreligger ett oreglerat fel i entreprenaden. Entreprenören är skyldig att avhjälpa felet men vägrar, vilket torde innebära att beställaren kan häva avtalet avseende återstående arbeten enligt 8:1 AB 04. Med största sannolikhet är det samma lösning vi slutar i när entreprenaden är beskaffad med fel som är av väsentlig betydelse för entreprenadens bestånd men som inte går att avhjälpa. I så fall går felet inte att avhjälpa, beställaren vill/kan inte avhjälpa, prisavdrag är inte möjligt och det enda som återstår förefaller vara hävning.

Vid hävning sker en slutlig reglering mellan parterna och beställaren ska ersättas för värdet av de återstående arbetena. Denna ersättning är beställaren fri att förfoga över och principiellt kan den därför ses som ett skadestånd eller ett värdeminskingsavdrag. Hävning är i de flesta sammanhang en sista utväg som medför oerhörda komplikationer för parternas återstående förhållanden och entreprenadavtal är i det avseendet inget undantag. Det är inte ovanligt att entreprenadavtal omfattar kontraktssummor om flera hundra miljoner kronor och avser ansevärd konstruktioner med långvariga kontraktsmässiga relationer. Vidare följer efter arbetets slutförande en garantitid om tio år, vilket vare sig parterna vill det eller ej förutsätter att de kan komma överens och bibehålla en långvarig relation. Kortfattat kan sägas att hävning inte är någon önskad påföljd när det kommer till entreprenadavtal.

¹³⁴ Ibid.

Med utgångspunkt i att bägge parterna helst undviker hävning och att det med fysiska medel är omöjligt att tvinga en entreprenör att avhjälpa fel för vilka han ansvarar¹³⁵ fortsätter arbetet med en närmare granskning av rätten till värdeminskingsavdrag enligt 5:18. Av den närmast komparativa studien av svensk rätt, andra standardavtal och internationella principer som återfinns i avsnitt fyra fann jag vad som närmast kan beskrivas som ett påföljdsschema i de aktuella bestämmelserna.¹³⁶ Enligt detta ”schema” föreligger en grundläggande rätt till avhjälpan, både för entreprenören och beställaren. Entreprenören kan uttrycka sin vilja att avhjälpa felet och förhindrar därmed beställaren att utnyttja övriga påföljder. Ifall entreprenören underlåter att avhjälpa felet har beställaren möjlighet att medge en slutlig frist inom vilken entreprenören måste avhjälpa. Sker avhjälpan inte inom denna skäligen tidsfrist har entreprenören försatt sina chanser att påverka beställarens val av påföljd och istället inträder alltså en valrätt för beställaren.

Anmärkningsvärt är att beställaren enligt de flesta standardavtalen och internationella principerna har rätt att oberoende av felets art välja ett prisavdrag för att slutligt reglera ansvaret för felet. Av de standardavtal och principer som studerats finns vissa beloppsmässiga begränsningar, t.ex. att prisavdraget inte får överstiga 15 % av kontraktssumman enligt ABA 99. Som framhävts ovan är dock detta att anse som ett riktmärke och större prisavdrag torde förekomma i praktiken. Oavsett om värdeminskingsbeloppet är reglerat eller inte står en sak odisputabelt klar, rätten till prisavdrag föreligger oberoende av felets beskaffenhet!

Principiellt finns det inget som talar emot större prisavdrag enligt AB 04 och rätten till prisavdrag oberoende av felets beskaffenhet utgör enligt mig en tydligare allmän civilrättslig princip än rätten till ersättning för uppskattade avhjälpandekostnader. Om entreprenören underlåter att avhjälpa är det logiskt att beställaren ges en valrätt över påföljder. Ser vi till avtalets systematik och ändamålet med bestämmelsen för värdeminskning i 5:18 ser jag inget hinder mot att medge prisavdrag även vid allvarigare fel. Om entreprenören uttalat vägrar

¹³⁵ En vitesdom mot entreprenören skulle antagligen få fart på byggandet men det är fortfarande ingen garanti för att entreprenaden slutförs i praktiken.

¹³⁶ Med undantag för Unidroit.

att avhjälpa felet, varför framtvunga hävning av återstående arbeten ifall ett prisavdrag kan reglera tvisten?

När det gäller de allra väsentligaste felen, som inte kan avhjälpas och i princip medför att entreprenaden är värdelös, torde hävning av hela avtalet vara möjlig (oavsett att AB 04 enbart ger rätt till hävning avseende återstående arbeten) enligt allmänna väsentlighetsgrunder.¹³⁷

6. Sammanfattning och slutsatser

Inledningsvis konstaterades att framställningens frågeställningar i stort sett är obehandlade i lag, de entreprenadavtal som behandlats, den entreprenadrättsliga litteraturen samt i domstolspraxis. Detta föranledde ett avsteg från den traditionella juridiska metoden. Anledningen till avsteget är simpel, då det vid behandling av ett ”obehandlat” problem logiskt nog blir nödvändigt att konsultera icke-traditionella rättskällor. Genom att inkludera de underrättsavgöranden som har behandlat frågan åskådliggjordes i vilka typer av situationer som problematiken uppkommer. Redan innan jag valde ämne visste jag att jag ville behandla något praktiskt problem och onekligen är frågan om ersättning för uppskattade avhjälpandekostnader och rätten till prisavdrag oklar i dagsläget. Högsta domstolen har valt att bevilja prövningstillstånd i frågan och en stor del av framställningen har syftat till att visa de olika lösningar HD har att välja mellan samt framföra argument för varför en viss lösning är att föredra framför den andra.

De bestämmelser som arbetet kretsar kring, 5:17 och 5:18 i AB 04, skiljer sig i den mån att 5:18 har en väldigt tydlig ordalydelse. Vad gäller 5:17 är ordalydelsen oklar och Högsta domstolen har i tidigare avgöranden använt sig av en tolkningsmetod där dispositiv rätt, genom allmänna civilrättsliga principer, får spela en utfyllande roll i parternas avtal. Detta motiverade mitt sökande efter allmänna principer dels i KtjL och KöpL men även i andra närliggande standardavtal och internationella principalsamlingar. Slutsatsen från den ”komparativa” studien är att rätten till ersättning för uppskattade avhjälpandekostnader

¹³⁷Ossmer, SvJT 2006 s. 645.

till största del är oreglerad, såväl i svensk rätt som internationellt. Principen gäller dock enligt finsk köprätt och har fått visst genomslag i svensk doktrin och skiljemannarätt. Viss tveksamhet får ändå anses råda över vad som gäller enligt svensk rätt och oavsett vad svensk köprätt beträffar så finner jag av systematiska skäl AB 04 kräva att beställaren faktiskt har avhjälpt felet innan han kan kräva entreprenören på ersättning för kostnaderna.

Utgångspunkten i AB 04 är och bör förbli att entreprenören ska avhjälpa alla fel. Att entreprenören själv avhjälper eventuella fel har en mängd fördelar, såväl ekonomiska som kunskapsmässiga och logistiska. Entreprenadavtal sträcker sig ofta över flera år och förutsätter en nära kontakt och samarbete mellan beställaren och entreprenören. Även detta talar för att entreprenörens avhjälpande av fel även fortsatt bör framstå som den naturliga och eftertraktade påföljden vid fel. Då entreprenören inte avhjälper felet har beställaren en rätt att avhjälpa på entreprenörens bekostnad. Betraktat med utgångspunkt i beställarens rätt att innehålla betalning anser jag att systematiken i avtalet föranleder en tolkning som innebär att beställaren inte har rätt till ersättning för uppskattade avhjälpandekostnader. Vad gäller frågan ifall beställaren faktiskt har för avsikt att avhjälpa eller ej torde samma systematiska skäl göra sig gällande. Därmed skulle det inte föreligga någon rätt till ersättning för uppskattade avhjälpandekostnader oavsett vad beställaren anför som skäl.

Tolkningen överensstämmer med vad Göta hovrätt¹³⁸ kom fram till och då framträder en risk för att illasinnade entreprenörer utnyttjar AB 04:s påföljdsystem. Detta då det inte finns några medel för att fysiskt framtvunga ett avhjälpande även om entreprenören är skyldig att avhjälpa ett fel.¹³⁹ Om beställaren då inte har möjlighet att själv avhjälpa felet för att sedan kräva entreprenören riskerar han att hamna i en komplicerad situation. Eftersom 5:18 enligt dess ordalydelse enbart ger rätt till prisavdrag för s.k. skönhetsfel kan situationer uppstå när inget avhjälpande sker och ingen rätt till prisavdrag föreligger. Ser vi till ändamålet med 5:18, en skyddsbestämmelse för entreprenören, finns det

¹³⁸ Se ovan 3.3.

¹³⁹ Vilket nämnts ovan finns möjligheten att föra talan vid domstol om avhjälpande vid vite, det är dock ingen garanti för att entreprenören faktiskt avhjälper felet.

inga principiella hinder från att tillåta beställaren att utsträcka regelns tillämplighet till att även omfatta väsentliga fel.

I den komparativa delen av framställningen framträdde en tydlig princip vilken jag anser hör hemma även i svensk entreprenadrätt. När entreprenören underlåter att avhjälpa fel ska beställaren erkännas en rätt till prisavdrag oberoende av felets beskaffenhet. Genom att tillåta prisavdrag även vid allvarliga fel anser jag att balansen i avtalsförhållandet bevaras bättre än om beställaren måste framtvunga hävning för att slutligt reglera ett fel. Med tillämpning av rätten att innehålla betalning torde beställare i allmänhet ha faktiska möjligheter att avhjälpa fel i entreprenaden. Det kan dock uppkomma situationer när beställaren inte kan eller vill avhjälpa och då bör han ha rätt till prisavdrag eller vid väsentliga fel, som idag, hävning.

Sammanfattningsvis kan sägas att det svårligen kan ges några definitiva svar på framställningens frågeställningar och naturligtvis väntar jag med spänning på vad Högsta domstolen kommer fram till i sitt avgörande. Med det sagt besvaras framställningens frågeställningar enligt följande:

1. Förutsätts det att beställaren faktiskt har avhjälpt felet för att kunna få ersättning för avhjälpandekostnaderna? Spelar det någon roll om beställaren begär förskott och har för avsikt att avhjälpa felet eller inte?

Ja, med hänsyn till AB 04:s systematik torde det krävas att beställaren faktiskt har avhjälpt felet innan han kan kräva entreprenören på ersättning för avhjälpandekostnaden. Samma skäl gör sig gällande oavsett beställarens inställning och därmed borde det inte spela någon roll vad han har för avsikt.

2. Kan beställaren istället för att avhjälpa ha rätt till värdeminskningssavdrag enligt bestämmelsen i 5:18 AB 04 även om felet är av väsentlig betydelse för entreprenadens bestånd?

Ja, jag anser att en rätt till värdeminskningssavdrag oavsett felets beskaffenhet är en logisk följd av entreprenörens underlåtenhet att avhjälpa felet. Principiellt finns inget som talar emot prisavdrag även vid väsentliga fel och som har visats förekommer det enligt andra standardavtal, såväl svenska som internationella.

Även i internationella principer framträder rätten till prisavdrag oberoende av felets beskaffenhet som en tydlig och klar regel.

3. Föreligger det någon skillnad mellan ersättningsberäkningarna enligt avhjälpandeersättning i 1. och värdeminskningssavdrag i 2.?

Ja, ersättning för avhjälpandekostnader ersätter de faktiska kostnader som beställaren haft för att avhjälpa felet. Det åligger beställaren att begränsa kostnaderna för avhjälpandet men sammantaget kan sägas att alla kostnader för att avhjälpa felet ska ersättas. Värdeminskningssavdrag däremot beräknas genom att beställaren ges ett avdrag från kontraktssumman motsvarande skillnaden mellan värdet på entreprenaden i kontraktsenligt respektive felaktigt skick. Ifall KtjL är tillämplig beräknas prisavdraget såsom kostnaden för att avhjälpa det aktuella felet men enligt AB 04 torde prisavdraget vara mindre än kostnaden för att avhjälpa. Att det totala prisavdraget blir lägre jämfört med det belopp som utgår som ersättning för avhjälpandekostnader är logiskt. Genom att välja prisavdrag undviker beställaren flertalet av de merkostnader och komplikationer som ett avhjälpande medför. Ifall beställaren skulle beviljas ett prisavdrag motsvarande kostnaden för att avhjälpa felet skulle det i så fall oftast resultera i en överkompensation för beställaren vilket inte gynnar balansen mellan parterna i avtalsförhållandet och därför bör undvikas.

7. Källförteckning

Offentligt tryck:

SOU 1979:36 Betänkande av konsumenttjänstutredningen (SOU 1979:36)
Konsumenttjänstlagen. [cit. SOU 1979:36]

Prop. 1984/85:110 Konsumenttjänstlag. [cit. Prop. 1984/85:110]

Fprop. 93/1986. Förslag till köplag. [cit. Fprop. 93/1986]

Prop. 1988/89:76 Ny köplag. [cit. Prop. 1988/89:76]

Prop. 1989/90:89 Om ny konsumentköplag. [cit. Prop. 1989/90:89]

Litteratur:

AB Svensk Byggtjänst., Motiv AB 72, 2 utg. Stockholm 1985. [cit. Motiv AB 72]

Bernitz, U., Standardavtalsrätt, 8 uppl. Vällingby 2013. [cit. Bernitz]

Contman, U., Kommentarer till ABA 99. Katrineholm 2011. [cit. Contman]

Förslag till allmän civillag, 2 uppl. Stockholm 1838. [cit. Förslag till allmän civillag]

Hedberg, S., Kommentarer till AB 04, ABT 06 och ABK 09. Halmstad 2010. [cit. Hedberg]

Hedberg, S. & Johansson, S., Konsumententreprenader. Västerås 2008. [cit. Hedberg & Johansson]

Hellner, J., Rättsteori: En introduktion, 2 uppl. Stockholm 1994. [cit. Hellner]

Hellner, J. Hager, R. & Persson, A.H., Speciell avtalsrätt II: kontraktsrätt. 1 häftet, Särskilda avtal, 4 uppl. Stockholm 2005. [cit. Hellner, Hager & Persson 1:a]

Hellner, J. Hager, R & Persson, A.H., Speciell avtalsrätt II: kontraktsrätt. 2 häftet, Särskilda avtal, 5 uppl. Stockholm 2011. [cit. Hellner, Hager & Persson 2:a]

Herre, J., Ersättningar i köprätten – Särskilt om skadeståndsberäkning, Stockholm 1996. [cit. Herre]

Håstad, T., Den nya köprätten, 5 uppl. Uppsala 2003. [cit. Håstad]

Håstad, T., Köprätt och annan kontraktsrätt, 6 uppl. Uppsala 2009. [cit. Håstad II]

Höök, R., Entreprenadjuridik, 4 uppl. Stockholm 2005. [cit. Höök]

Johansson, S., Entreprenadrätt och praktik. Stockholm 2005. [cit. Johansson]

Johansson, S. O., Konsumenttjänstlagen en kommentar. Vällingby 2013. [cit. Johansson, S.O.]

Källenius, S., Entreprenadjuridik. Stockholm 1960. [cit. Källenius]

Liman, L-O., Entreprenad- och konsulträtt, 8 uppl. Lund 2007. [cit. Liman]

Ossmer, P. & Wollsen, M., Totalentreprenader och ABT 06 – några kommentarer, Västerås 2007. [cit. Ossmer & Wollsen]

Peczenik, A., Juridikens teori och metod: en introduktion till allmän rättslära. Göteborg 1995. [cit. Peczenik]

Ramberg, J. under medverkan av Herre, J., Köplagen. Stockholm 1995. [cit. Ramberg & Herre]

Ramberg, J. & Herre, J., Allmän köprätt, 5 uppl. Mölnlycke 2009. [cit. Ramberg & Herre II]

Ramberg, J. & Ramberg, C., Allmän avtalsrätt, 8 uppl. Vällingby 2010. [cit. Ramberg & Ramberg]

Rodhe, K., Obligationsrätt. Stockholm 1956. [cit. Rodhe I]

Rodhe, K., Lärobok i obligationsrätt, 6 uppl. Lund 1986. [cit. Rodhe II]

Rådberg, Å., Byggjuridik i praktiken. Stockholm 2013. [cit. Rådberg]

Rådberg, Å., Entreprenören och entreprenaden några centrala frågor i AB 04. Malmö 2011. [cit. Rådberg II]

Samuelsson, P., Entreprenadavtal: särskilt om ändrade förhållanden. Stockholm 2011. [cit. Samuelsson]

Byggandets kontraktskommitté & Svensk byggtjänst. Entreprenadbesiktning: BKKs handledning för besiktning enligt AB 04 och ABT 06. Stockholm 2009. [cit. entreprenadbesiktning]

Rättsfall

Högsta domstolen

NJA 1985 s 397 II

NJA 1987 s 553

NJA 1990 s 24

NJA 1991 s 319

NJA 1992 s 403

NJA 1998 s 448

NJA 1999 s 629

NJA 2000 s 747

NJA 2006 s 638

NJA 2008 s 733

NJA 2009 s 672

NJA 2012 s 597

NJA 2013 s 271

Hovrätterna

Svea hovrätt mål nr T 6100-07.

Göta hovrätt mål nr T 2232-11.

Tingsrätterna

Mölnbals tingsrätt mål nr T 1624-02.

Blekinge tingsrätt mål nr T 145-08 och 368-09.

Standardavtal

ABS 80, Allmänna bestämmelser för småhusentreprenader där enskild konsument är köpare. [cit. ABS 80]

ABA 99, Allmänna bestämmelser för leverans av industriella anläggningar. [cit. ABA 99]

AB 04, Allmänna bestämmelser för byggnads-, anläggnings- och installationsentreprenader. [cit. AB 04]

ABT 06. Allmänna bestämmelser för totalentreprenader avseende byggnads-, anläggnings- och installationsarbeten. [cit. ABT 06]

FIDIC Red Book Conditions of Contract for Construction (First Ed. 1999). For Building and Engineering Works designed by the Employer. General conditions; Guidance for Preparation of Particular Conditions; Forms of Tender, etc. [cit. FIDIC]

FIDIC Silver Book Conditions of Contract for EPC Turnkey Projects (First Edition, 1999). General Conditions; Guidance for the Preparation of Conditions Particular Application; Forms of Tender and Agreement, etc. [cit. FIDIC]

ORGALIME SE 01, Allmänna bestämmelser för leverans och montage av mekaniska, elektriska och elektroniska produkter. [cit. Orgalime SE 01]

Artiklar:

Edlund, L., Skiljedom om köprättsligt ansvar för bristande funktion och om ersättning för framtida avhjälpandekostnad, JT 1997-98 s. 227 ff. [cit. Edlund, JT 1997-98, s. 227]

Edlund, L., Är skadevållare skyldig att betala skadestånd p.g.a. avtalsbrott redan innan den skadelidande haft konkreta utgifter för avtalsbrottet?, JT 2004-05 s. 700 ff. [cit. Edlund, JT 2004-05, s. 700]

Ossmer, P., Entreprenadrätt: Om en entreprenör inte avhjälp fel – har då beställaren rätt till ersättning motsvarande uppskattad kostnad för felavhjälpandet?. SvJT 2006 s. 645 ff. [cit. Ossmer, SvJT 2006, s. 645]

Mellqvist, M., Entreprenadrätten och kontraktsrättens finrum. SvJT 2013 s. 233 ff. [cit. Mellqvist SvJT 2013, s. 233]

Övriga källor:

Principles of European Law Volume 3, PEL/Barendrecht/Jansen/Loos/Pianna/Cascão/van Guljik, SC, Gen. Introd. 1. [cit. PEL SC]

Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR), Prepared by the Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Private Law (Acquis Group). [cit. DCFR]

The Principles of European Contract Law (PECL), prepared by the Commission on European Contract Law, 1999. [cit. PECL]

Unidroit Principles of International Commercial Contracts, International Institute for the Unification of Private Law, 2010. [cit. Unidroit]