

Blendow Lexnova Expertkommentar - Entreprenadrätt, mars 2017

I mars månads expertkommentar i entreprenadrätt skriver advokat Johan Wingmark och jur.kand. Vanja Eriksson, AG Advokat, om entreprenörens skyldighet att avhjälpa fel, huruvida entreprenören har rätt att välja hur avhjälpandet ska ske samt vad som gäller när entreprenören inte uppfyller sin avhjälpandeskyldighet. Kommentaren utgår från reglerna i byggbranschens standardavtal AB 04 respektive ABT 06 samt behandlar ny praxis från Högsta domstolen.

Frågorna som behandlas kommer att diskuteras närmare på Lexnovas frukostseminarium i entreprenadrätt den 20 april 2017, mer information om det följer nedan.

Entreprenörens avhjälpandeskyldighet enligt AB 04/ABT 06

Den rättsliga utgångspunkten är att en entreprenör enligt 5 kap. 17 § AB 04/ABT 06 både har en *rättighet* och en *skyldighet* att avhjälpa fel. Avhjälpande ska fullgöras utan dröjsmål och senast inom två månader räknat från det att besiktningsutlåtandet eller skriftlig underrättelse om fel tillställts entreprenören, såvitt inte lämplig årstid bör inväntas. Att man benämner det som att entreprenören har en rättighet att avhjälpa fel bygger på att det i regel är mindre kostnadskrävande för entreprenören än att låta beställaren avhjälpa fel på entreprenörens bekostnad, vilket beställaren har rätt att göra om entreprenören inte avhjälpel felen inom föreskriven tid. Entreprenören kan dessutom i många fall föra felansvaret vidare på eventuell anlita underentreprenör. Av entreprenörens rättighet att avhjälpa fel följer att beställaren inte har rätt till ersättning från entreprenören för avhjälpandekostnaderna om beställaren har berövat entreprenören dennes möjlighet att avhjälpa felet i fråga.

Från entreprenörens avhjälpandeskyldighet undantas enligt 5 kap. 18 § AB 04/5 kap. 19 § ABT 06 fel som inte i väsentlig grad påverkar entreprenadens bestånd, utseende eller användbarhet, förutsatt att det vore oskäligt med hänsyn till bl.a. avhjälpandekostnader. I dessa fall har beställaren istället rätt till ett värdeminskningssavdrag på entreprenadsumman med ett belopp som motsvarar skillnaden mellan värdet på entreprenaden i kontraktens respektive felaktigt skick. Beloppet ska dock inte vara mindre än den besparing entreprenören har gjort genom det felaktiga utförandet.

I det följande ska behandlas om entreprenören, med utgångspunkt i reglerna i AB 04/ABT 06, har rätt att välja hur ett konstaterat fel ska avhjälpas samt omfattningen av entreprenörens ansvar för fel som aldrig avhjälpas.

Har entreprenören rätt att välja hur fel ska avhjälpas?

Som nämndes inledningsvis uppställs i AB 04/ABT 06 flera regler för vilka fel som ska avhjälpas och inom vilken tidsfrist sådant avhjälpande ska ske. Emellertid besvarar varken AB 04 eller ABT 06 vad som krävs för att ett fel ska anses vara avhjälpd. Som bekant finns heller ingen lag som reglerar tjänster som utförs näringsidkare emellan. Svaret på den rubricerade frågan får därför sökas i dispositiv rätt. Vägledning får då sökas i köplagen (1990:931) ("Köpl") och/eller konsumenttjänstlagen (1985:716), ("KtjL")¹. Vid bedömningen måste förstas beaktas att konsumenttjänstlagen utgör tvingande lagstiftning till beställarens fördel och entreprenadtjänstens särdrag i förhållande till köp av vara.

I ett nytt avgörande från Högsta domstolen (HD), NJA 2016 s. 222, behandlas frågan om en entreprenör har rätt att välja hur ett fel ska avhjälpas samt om en beställare har rätt att uppställa krav för hur avhjälpandet får ske. I tvisten, som gällde en konsumententreprenad, hade en konsument anlitat en entreprenör för att lägga nytt golv i en bostadsrättslägenhet. Arbetet utfördes ostridigt felaktigt och entreprenören erbjöd sig att avhjälpa felet. Konsumenten ställde då upp vissa krav för avhjälpandet (däribland att hela golvet i vardagsrummet skulle flytspacklas samt att vite om 1 000 kronor per dag skulle utgå om arbetet försenades på visst sätt), vilket aldrig accepterades av entreprenören och genererade i att felet aldrig avhjälpdes. Tvist uppstod mellan parterna om huruvida konsumenten genom att inte godta entreprenörens erbjudande om att avhjälpa felet hade förlorat rätten att göra felet gällande.

För konsumententreprenader inskränks konsumentens rätt att välja påföljd genom 20 § st. 2 KtjL. I bestämmelsen anges att näringsidkaren, även om konsumenten inte kräver det, har rätt att avhjälpa fel om denne, efter att ha tagit del konsumentens reklamation, erbjuder sig att avhjälpa felet och konsumenten inte har något särskilt skäl att avvisa erbjudandet. Näringsidkaren kan därmed undvika andra påföljder, såsom prisavdrag, genom att avhjälpa felet.²

¹ Se bl.a. lagförarbetena till konsumenttjänstlagen, prop. 1984/85:110 s. 142 och HD:s tolkningsmetod i NJA 1992 s. 130.

² Se prop. 1984/85:110 s. 60.

Beträffande konsumentens rätt att i vissa fall avvisa näringsidkarens erbjudande om avhjälpande uttalade HD i NJA 2016 s. 222 att en konsument normalt har att godta ett erbjudande om avhjälpande som syftar till att tjänsten ska utföras på avtalsenligt sätt. Annat kan dock gälla om avhjälpandet skulle medföra betydande besvär eller olägenheter för konsumenten. Detsamma gäller om näringsidkaren visat allvarlig oskicklighet när tjänsten utfördes, uppträtt störande, visat bristande hederlighet eller på annat sätt åsidosatt konsumentens intressen så att konsumenten med fog saknar förtroende för näringsidkarens kompetens eller denne personligen.³ Det sagda innebär att utrymmet för beställaren att avvisa ett felavhjälpande enligt förarbetena är relativt begränsat, men inte obetydligt. Sådana skäl ansågs dock inte ha förelegat i NJA 2016 s. 222. Att konsumenten inte i förväg erhöll någon garanti för att arbetet skulle utföras på rätt sätt saknade betydelse eftersom fackmässigheten av arbetet hade kunnat bedömas efter det att arbetet utförts.

Vidare konstaterade HD att ett fel är avhjälpbart *"när resultatet är sådant att det avtal som ursprungligen ingicks är uppfyllt"*.⁴ Det sagda innebär att ett fel är avhjälpbart när avhjälpandet medför att avtalsenlig prestation har uppfyllts. HD uttalade även att en näringsidkare (entreprenör) i princip saknar skyldighet att utföra arbete som inte omfattas av parternas ursprungliga avtal eller använda bättre metoder vid avhjälpandet än vad som följer av avtalet. Vissa av de villkor som konsumenten (beställaren) i det aktuella fallet hade ställt upp ansåg HD endast syfta till att uppnå ett kontraktsevenligt utförande, varför de fick anses vara godtagbara. Andra villkor, såsom kravet på vite och att hela golvet skulle flytspacklas, ansågs gå utöver vad som omfattades av parternas avtal samt entreprenörens skyldighet enligt lag. Entreprenören hade, enligt HD, ingen skyldighet att efterkomma kraven, och konsumenten ansågs, genom att ha vidhållit kraven, ha avvisat näringsidkarens erbjudande om felavhjälpande och därigenom ha förlorat rätten till prisavdrag.

Som vi nämnde inledningsvis har HD vid flertalet tillfällen tillämpat dispositiv rätt på kommersiella entreprenadförhållanden, och det anses i doktrin att delar av bl.a. konsumenttjänstlagen är analogt tillämplig på kommersiella entreprenader. Av detta borde följa att slutsatsen av NJA 2016 s. 222 är applicerbar även på kommersiella entreprenadförhållanden. Frågan om hur stor räckvidd prejudikatet av NJA 2016 s. 222 har är emellertid inte helt enkel att besvara. En stor skillnad mellan konsumenttjänstlagen och AB 04/ABT 06 är nämligen att de bägge standardavtalen innehåller regler om vad som ska gälla när beställaren kräver att entreprenören ska avhjälpa fel som enligt entreprenören inte

³ Se NJA 2016 s. 222 s. 5 p. 12 samt prop. 1984/85:110 s. 60 och 230 f.

⁴ NJA 2016 s. 222, s. 5, p. 10.

utgör fel. Enligt 5 kap. 17 § AB 04/ABT 06 är entreprenören skyldig att avhjälpa fel som beställaren gör gällande föreligger, även om entreprenören menar att omständigheterna i fråga inte utgör fel, alternativt att det inte är entreprenören som ansvarar för felet i fråga. Entreprenören har i dessa fall att ändå utföra felavhjälpandet och begära särskild ersättning för arbetet. Om det efter avhjälpandet slutligt fastställs att fel inte föreligger, eller att entreprenören inte svarar för felet, ska kostnadsreglering ske enligt 6 kap. 1-7 §§ och 9 § AB 04/ABT 06. Om entreprenören är ansvarig för felet sker avhjälpandet på entreprenörens bekostnad. Det som nu sagts stadgas i 5 kap. 17 § AB 04/ABT 06. En motsvarande reglering saknas i konsumenttjänstlagen, varför vår slutsats är att entreprenörens rättelseskyldighet är mer långtgående vid kommersiella entreprenader med AB 04/ABT 06 som kontraktssinnehåll än i konsumententreprenader. Vidare gäller avseende kommersiella entreprenader (med AB 04/ABT 06 som kontraktssinnehåll) att frågan om huruvida avhjälpandet har skett på ett fullgott sätt, det vill säga om avtalsenlig prestation har uppnåtts, får prövas när avhjälpandet har slutförts (exempelvis genom en efterbesiktning, se 7 kap. 5 § AB 04/ABT 06). Av nämnda regel framgår att om entreprenören påkallat efterbesiktning men det inte kommer till stånd så ska de fel som efterbesiktningen avsåg omfatta anses vara avhjälpade.

Ska då slutsatsen av NJA 2016 s. 222 anses gälla även för kommersiella entreprenader? Det vill säga, ska den beställare som uppställer för långtgående krav för hur felavhjälpandet ska ske därmed anses ha avvisat entreprenörens erbjudande om felavhjälpande? Frågan är svårbedömd. Vår uppfattning är att det faktum att regleringen i 7 kap. 5 § AB 04/ABT 06 talar för att bedömningen huruvida ett avhjälpandeförsök har varit tillräckligt eller inte ska ske *efter* avhjälpandet har genomförts, inte innan, och att en entreprenör som utgångspunkt har rätt att välja avhjälpandemetod, förutsatt att avhjälpandet syftar till att uppnå en avtalsenlig prestation. Till varje huvudregel finns alltid undantag, och beställarens rätt att genom 5 kap. 17 § AB 04/ABT 06 kräva att entreprenören avhjälper fel som entreprenören menar inte utgör fel kommer att leda till gränsdragningsproblem för domstolar även i framtiden. Helt nya krav för att felavhjälpande ska få utföras, såsom krav på vite för det fall felavhjälpande ej utförts inom viss tid, nya garantier eller liknande torde dock även med tillämpning av AB 04/ABT 06 medföra att beställaren anses ha avvisat entreprenörens erbjudande om att åtgärda beställarens felpåpekande.

Entreprenörens ansvar för fel som aldrig avhjälpats

I slutet på år 2014 meddelade HD dom i tvist avseende en entreprenörs ansvar för fel som inte avhjälpats. Det aktuella avgörandet, NJA 2014 s. 960, avsåg en tvist som uppkommit vid en totalentreprenad med ABT 94 (föregångaren till ABT 06) som kontraktssinnehåll.

Entreprenören skulle uppföra en byggnad för industri och handel i Kalmar, däribland en betongplatta. Utgångspunkten för HD:s prövning var att entreprenaden var behäftad med fel – bl.a. var betongplattan för tunn – och att felet i väsentlig grad påverkade entreprenadens bestånd och möjligheten att använda den på ett ändamålsenligt sätt. Ytterligare en utgångspunkt för HD:s prövning var att ett avhjälpande i princip borde ske men inte hade skett. Prövningstillståndet från HD avsåg huruvida beställaren hade rätt till ersättning för uppskattade avhjälpandekostnader enligt 7 kap. 25 § ABT 94 (nuvarande 5 kap. 17§ ABT 06) eller om beställaren kunde ges ett värdeminskingsavdrag enligt 7 kap. 26 § ABT 94 (nuvarande 5 kap. 19 § ABT 06).

I avgörandet fastslog HD att ordalydelsen i 7 kap. 26 § ABT 94 (nuvarande 5 kap. 19 § ABT 06) endast ger rätt till värdeminskingsavdrag för fel som inte i väsentlig grad påverkar entreprenadens bestånd, utseende eller användbarhet (oväsentliga fel). Övriga fel ska enligt 7 kap 25 § ABT 94 avhjälpas av entreprenören och inte regleras genom ett värdeminskingsavdrag. Eftersom ABT 94 (gäller även för AB 04 och ABT 06) inte innehåller någon bestämmelse som ger något besked om vad som ska gälla för det fall entreprenören inte uppfyller sin avhjälpandeskyldighet av icke oväsentliga fel sökte HD vägledning i den dispositiva rätten. Enligt allmänna obligationsrättsliga principer har en beställare rätt att kräva ersättning för framtida uppskattade felavhjälpandekostnader för det fall entreprenören inte avhjälpas felet ifråga. HD, som fann att regleringen i ABT 94 inte var heltäckande, uttalade att beställaren har rätt att kräva ersättning för framtida felavhjälpandekostnader när entreprenören inte avhjälpas fel. Vidare uttalade HD att entreprenören begår ett uppsåtligt kontraktsbrott när fel ej avhjälpas.

Beställarens rätt till ersättning för uppskattade felavhjälpandekostnader förutsätter att beställaren kommer avhjälpas felet. HD har i fallet slagit fast en presumtion för att beställaren kommer att avhjälpas felet när inget avhjälpande skett.⁵ Om och hur denna presumtion kan brytas av entreprenören framgår inte av HD:s domskäl. Däremot framgår att ersättningen ska svara mot en beräknad avhjälpandekostnad, då ersättningen utgörs av ett skadestånd, om det inte *står klart* att beställaren inte avser att avhjälpas felet. I de sistnämnda fallen ska ersättningen bestämmas till de ekonomiska effekterna av det bestående felet. Vad det krävs för att det ska stå klart att beställaren inte avser att avhjälpas felet, vad HD menar med felets *ekonomiska effekter*, och hur de ekonomiska effekterna ska bestämmas, framgår inte av avgörandet. Vår uppfattning är emellertid att begreppet antagligen får uppfattas som att en

⁵ Jfr Stefan Lindskogs tillägg i NJA 2011 s. 576 och där gjorda hänvisningar.

värdering liknande den som är föreskriven i 5 kap. 18 § AB 04/5 kap. 19 § ABT 06 ska göras även i dessa fall.

Vidare kom HD fram till att det faktum att entreprenören i dessa fall får anses ha begått ett uppsåtligt kontraktsbrott innebär att ansvarsbegränsningen i 5 kap. 14 § ABT 94 (nuvarande 5 kap. 11 § ABT 06) inte är tillämplig. Motsvarande ansvarsbegränsning finns även i 5 kap. 11 § AB 04 och innebär kortfattat att entreprenörens ersättningsskyldighet är begränsad till 15 procent av kontraktssumman, alternativt det högre belopp som följer av entreprenörens försäkringsskydd. Vidare är entreprenören inte ansvarig för skada p.g.a. avbrott eller störning i industriell produktion eller annan kommersiell verksamhet. Sagda ansvarsbegränsning gäller emellertid numera inte, genom NJA 2014 s. 960, i fall där entreprenören underlåtit att avhjälpa fel. HD nämner ingenting om ett eventuellt maxbelopp eller annan ansvarsbegränsning som gäller i dessa fall, och heller inget om några kostnader som inte är ersättningsgilla. Entreprenörer som i framtiden underlåter att avhjälpa fel riskerar därför att drabbas av allt större krav från beställaren, exempelvis för uteblivna hyresintäkter, skadeståndskrav från hyresgäster och stilleståndskostnader vid industriell verksamhet.

Välkomna på frukostseminarium den 20 april 2017!

För både jurister och aktörer i byggbranschen är det viktigt att känna till de regler som uppställts genom byggbranschens standardavtal och praxis från Sveriges domstolar. Det är dock ännu viktigare att veta hur man som entreprenör eller beställare kan applicera dessa regler på sin egen verksamhet, för att skapa lönsammare affärer. Detta är även viktigt för dig som jurist, så att du kan hjälpa din klient att förbättra sin position i en tvist.

Det som nämnts ovan kommer vi, advokat Johan Wingmark och jur.kand. Vanja Eriksson, att behandla på Lexnovas frukostseminarium den 20 april 2017. Seminariet har titeln *"Entreprenörens felansvar"* och behandlar bl.a. det entreprenadrättsliga felbegreppet, beställarens reklamationsplikt och konsekvensen vid utebliven reklamation samt entreprenörens avhjälpandeskyldighet och dess omfattning. Frukost serveras från kl. 08.00 och seminariet pågår mellan kl. 8.30 och 10.00. Det finns även utrymme att ställa frågor. Anmälan sker genom [[länk](#)] senast den [[datum](#)].

Varmt välkomna!

Johan Wingmark, advokat och delägare vid AG Advokat KB, specialiserad inom entreprenadrätt samt process- och skiljemannarätt. Tidigare verksam vid Svea hovrätt.

Vanja Eriksson, biträdande jurist vid AG Advokat KB, specialiserad inom entreprenadrätt samt process- och skiljemannarätt.

Vi tar gärna emot frågor angående artikeln eller övrigt inom entreprenad-/fastighetsrätt och nås för detta genom följande kontaktuppgifter:

Johan Wingmark: joan.wingmark@agadvokat.se, 0706088842

Vanja Eriksson: vanja.eriksson@advokataq.se, 0760890008