

Ska en beställare bereda en entreprenör möjlighet att avhjälpa fel om entreprenaden hävts enligt AB 04/ABT 06?

ISAK WILLBORG & EDDIE WALLKVIST*

1. Inledning

I förordet till de standardavtal som i regel används vid kommersiella entreprenadavtal i Sverige, AB 04/ABT 06, anges att entreprenader i regel är komplexa projekt där det är nödvändigt att parterna har en god kommunikation och samverkan för att ett gott resultat ska kunna uppnås. Parterna uppmanas att finna former för en fortlöpande dialog och visa varandra förtroende och öppenhet, allt inom ramen för den allmänna lojalitetsplikten.¹ I tvär kontrast till dessa inledande fraser finns emellertid endast några kapitel bort hävningskapitlet, kapitel 8, och standardavtalens reglering för om, när och hur parterna får bryta det redan ingångna avtalet.

Att såväl beställaren som entreprenören har rätt att i vissa fall häva entreprenadkontraktet följer explicit av AB 04/ABT 06². I standardavtalen är det vidare tydligt formulerat att parterna endast har rätt att häva kontraktet ”*såvitt avser återstående arbeten*”³ och att värdet av den del av entreprenaden som redan utförts ska gottskrivas entreprenören; om part begär det ska detta ske genom att en värdering utförs.⁴

* Isak Willborg, advokat, verksam vid Advokatfirman Vinge. Eddie Wallkvist, jur.kand., verksam vid AG Advokat.

¹ Förordet till AB 04/ABT 06 st. 7.

² AB 04/ABT 06 kap. 8 §§ 1–2. För att underlätta för läsaren hänvisas härnäst enbart till AB 04, men regleringen i ABT 06 är i allt väsentligt likadan, varför vad som anförs gällande AB 04 även bör gälla för ABT 06.

³ Ibid.

⁴ Kap. 8 § 5.

Av kap. 4 § 10 följer vidare att den i standardavtalen föreskrivna ansvars- och garantitiden⁵ även ska gälla när entreprenadkontraktet hävts⁶ och då, om sådan del finns, för den redan utförda delen av entreprenaden. Fel som framträder under garantitiden presumeras entreprenören vara ansvarig för.⁷ Entreprenörens ansvar i tiden därefter begränsas till att endast omfatta väsentliga fel som ”*visas ha sin grund i vårdslöshet av entreprenören*” och som framträtt i tiden efter garantitiden.⁸

Av nyss sagda följer således att en entreprenör kan ansvara för fel i en entreprenad⁹ även i tiden efter att entreprenadkontraktet hävts. Om nu beställaren upptäcker fel i den del av entreprenaden som redan hade utförts vid tiden då entreprenadkontraktet hävdes, och dessa fel framträtt i tiden efter att en värdering redan skett, vad gäller då? Ska då en beställare bereda en entreprenör möjlighet att avhjälpa fel innan denne kan låta avhjälpa felet på den hävda entreprenörens bekostnad?¹⁰ Är entreprenören då skyldig att avhjälpa fel?

AB 04 ger inget tydligt svar på nyssnämnda frågor.

Kristoffer Stråth har intressant lyft frågorna i förevarande tidskrift och anfört ett antal viktiga aspekter som är centrala att ha med sig när frågorna diskuteras.¹¹ Mot bakgrund av nyssnämnda artikel blev undertecknade nyfikna på hur frågorna skulle kunna tänkas besvaras i ljuset av den metod HD anvisat för hur oklara tolkningsfrågor i AB-avtalen ska hanteras. Vår analys går inte nödvändigtvis i polemik med Stråths uppfattning, men vårt sätt att ta oss an frågorna och redovisningen av vilka överväganden problematiken ger upphov till gör att denna artikel emellertid skiljer sig åt från Stråths artikel.

Frågorna som ska behandlas i denna artikel är således följande: Ska en beställare bereda en entreprenör möjlighet att avhjälpa fel om entreprenaden hävts enligt AB 04 och fel konstateras senare under exempelvis garantitiden? Är entreprenören skyldig att avhjälpa de fel som konstaterats?

⁵ Garantitiden inleder den s.k. ansvarstiden, kap. 4 § 7. Garantitiden påbörjas vanligtvis genom att entreprenaden avlämnas genom en godkänd slutbesiktning, kap. 7 § 12 st. 1.

⁶ När kontraktet hävts enligt kap. 8 § 1 eller 2.

⁷ Kap. 5 § 5. Fel som framträder under garantitiden presumeras entreprenören ansvara för – det vill säga entreprenören har bevisbördan för att det påstådda felet inte är orsakat av entreprenören, kap. 5 § 5 kommentaren st. 4 och 5.

⁸ Kap. 5 § 6.

⁹ Det vill säga för fel i arbeten som utförts innan en hävning företagits.

¹⁰ Vanligtvis troligtvis med hjälp av den entreprenör som upphandlats för att färdigställa entreprenaden och utföra de återstående arbeten som hävningen mot den ursprungliga entreprenören avsåg.

¹¹ Stråth, Beställares hävning respektive obefogade hävning av entreprenadavtal – särskilt om ansvar för garantifel, JT 2018–19 s. 558.

HD har under de senaste åren i ett flertal mål förklarat hur otydliga avtalsvillkor i AB-avtalen ska hanteras och tolkas.¹² Med stöd i denna metod har vi för avsikt att i denna artikel behandla nyss uppräknade frågor.

2. Vad gäller enligt AB 04?

AB 04 ger beställaren rätt att häva kontraktet om någon av de situationer som räknas upp i kap. 8 § 1 p. 1–11¹³ föreligger:

p. 1 entreprenören ligger efter tidsmässigt med entreprenaden i sådan grad att det är uppenbart att entreprenaden inte kommer kunna färdigställas inom kontraktstiden¹⁴,

p. 2 entreprenören inte återupptagit arbetet inom den tid kap. 8 § 3 föreskriver sedan arbetet avbrutits enligt samma bestämmelse,

p. 3 (i) den del av entreprenaden som entreprenören redan utfört i väsentligt hänseende inte är kontraktsenlig, det vill säga behäftad med fel, och entreprenören inte avhjälpes utan dröjsmål efter att beställaren påtalat fel, (ii) entreprenören på annat sätt brister i fullgörandet av sina åtaganden så att entreprenadens kontraktsenliga färdigställande därigenom äventyras,

p. 4 entreprenören försätts i konkurs eller i annat fall är på sådant obestånd att entreprenören inte kan förväntas fullgöra sina åtaganden och entreprenören inte snarast kan ställa betryggande säkerhet mot beställaren efter att beställaren begärt detta,

p. 5 entreprenören underlåter att ställa föreskriven säkerhet inom den tid kap. 6 § 21 föreskriver, eller om erbjuden säkerhet inte är tillräcklig,

p. 6 entreprenören underlåter att ställa fyllnadssäkerhet enligt kap. 6 § 23,

p. 7 entreprenören helt eller delvis överlåter kontraktet utan medgivande från beställaren och detta är av beaktansvärd betydelse för beställaren,

p. 8 entreprenören avlider eller på annat sätt¹⁵ blir oförmögen att färdigställa entreprenaden¹⁶,

p. 9 ej avlämnad del av entreprenaden drabbas av skada som är väsentlig, eller som på annat sätt väsentligt rubbar förutsättningarna för kontraktets fullgörande, på grund av förhållanden som är av force-majeure-karaktär¹⁷,

p. 10 Byggnads- och reparationsberedskapen träder i verksamhet eller om myndighet vid krig eller krigsfara tar beställarens eller entreprenörens organisation i anspråk,

¹² Ingvarson och Utterström, Högsta domstolens intåg i entreprenadrättens slutna rum, SvJT 2015 s. 258, Nilsson, Entreprenadavtalets speciella drag, Festskrift till Ronney Hagelberg, 2016, s. 161 f. och Willborg, Högsta domstolens tolkning av entreprenadavtal, JT 2016–17 s. 864.

¹³ Se Hovrätten över Skåne och Blekinges dom meddelad den 19 december 2019 i mål nr T 401-19, och då tingsrättens domskäl, angående frågan om det föreligger ett krav på väsentligt avtalsbrott för att hävningsrätt enligt AB 04 ska föreligga.

¹⁴ Detta under förutsättning att förseningen dels inte beror på omständigheter som entreprenören har rätt till tidsförlängning för (regleras i kap. 4 §§ 2–3), dels att en försening av färdigställandet skulle medföra väsentlig olägenhet för beställaren.

¹⁵ ”eller då god man eller förvaltare enligt föräldrabalken (1949:381) har förordnats för honom, eller om entreprenören på grund av sjukdom eller olycksfall”.

¹⁶ Såvida det inte utan dröjsmål visas att den kan färdigställas kontraktsenligt av hans rättsinnehavare för hans räkning.

¹⁷ Krig, uppror, naturkatastrof eller därmed jämförlig omständighet.

p. 11 att entreprenaden på grund av en omständighet, som har uppkommit utan parternas vållande, måste avbrytas under så lång tid att förutsättningarna för kontraktets fullgörande väsentligt rubbas.

Och på motsvarande sätt har entreprenören rätt att häva kontraktet om någon av de situationer som räknas upp i kap. 8 § 2 p. 1–9 föreligger:

p. 1 beställaren underlåter att i rätt tid betala eller fullgöra sina åligganden i övrigt och rättelse inte sker skyndsamt efter att entreprenören begärt detta samt att underlåtenheten är av väsentlig betydelse,

p. 2 beställaren försätts i konkurs eller i annat fall är på sådant obestånd att beställaren inte kan förväntas fullgöra sina åtaganden och beställaren inte snarast kan ställa betryggande säkerhet mot entreprenören efter att entreprenören begärt detta,

p. 3 beställaren underlåter att ställa föreskriven säkerhet inom den tid kap. 6 § 21 föreskriver, eller om erbjuden säkerhet inte är tillräcklig,

p. 4 beställaren underlåter att ställa fyllnadssäkerhet enligt kap. 6 § 23,

p. 5 beställaren överlåter sin rätt, helt eller delvis, till entreprenaden, eller egendomen som entreprenaden avser, utan att ställa betryggande säkerhet och agerandet befaras medföra att beställaren brister i fullgörandet av sina åtaganden,

p. 6 beställaren helt eller delvis överlåter kontraktet utan medgivande från entreprenören och detta är av beaktansvärd betydelse för entreprenören,

p. 7 ej avlämnad del av entreprenaden drabbas av skada som är väsentlig, eller som på annat sätt väsentligt rubbar förutsättningarna för kontraktets fullgörande, på grund av förhållanden som är av force-majeure-karaktär¹⁸,

p. 8 Byggnads- och reparationsberedskapen träder i verksamhet eller om myndighet vid krig eller krigsfara tar beställarens eller entreprenörens organisation i anspråk,

p. 9 att entreprenaden på grund av en omständighet, som har uppkommit utan parternas vållande, måste avbrytas under så lång tid att förutsättningarna för kontraktets fullgörande väsentligt rubbas.

Att regleringen ska tolkas på det sätt att hävning inte får ske i andra fall än de som räknas upp är emellertid nog inte fallet.¹⁹

¹⁸ Krig, uppror, naturkatastrof eller därmed jämförlig omständighet.

¹⁹ Ordalydelsen ger inget tydligt svar på om hävningsregleringen är exklusiv eller inte. Detta skulle kunna anföras som stöd för att regleringen är exklusiv, annars skulle uttrycklig hänvisning till dispositiv rätt införts (jfr t.ex. kommentaren till 4 kap. 3 § som hänvisar till köprätten eller 6 kap. 19–20 §§ som hänvisar till preskriptionslagen).

Samuelsson anser dock att: ”Som AB 04 nu är utformat förmedlas, utan egentligt rättsligt stöd, ett slags kasuistik som på ett sätt ger intryck av att vara uttömmande, men som, av allt att döma, saknar den egenskapen.” (Samuelsson, Per, *Entreprenadavtal – särskilt om ändrade förhållanden*, 2011, s. 294) Samuelsson stödjer sig bl.a. på uttalande i Motiv AB 72 där författarna hävdar att hävningsregleringen inte nödvändigtvis är absolut fullständig. (se vidare s. 326).

Uttalandet visar att det finns goda skäl för att anse att avsaknaden av hänvisning till dispositiv rätt inte innebär att hävningsregleringen är exklusiv. I JT anförde dock Söderlund och Schönberg att AB 04:s hävningsregler är exklusiva, att det är endast de situationer som räknas upp som kan konstituera hävningsrätt. (Söderlund, Johan, Schönberg, Per-Henrik, *Ersättningsrätt vid hävning av entreprenad enligt AB04/ABT06, JT 2009–10 s. 224*). Någon närmare motivering bakom ståndpunkten gavs emellertid inte.

Både kap. 8 §§ 1 och 2 talar om att parterna (endast) har rätt att häva kontraktet ”såvitt avser återstående arbeten”. De arbeten som entreprenören de facto har utfört vid tiden för hävningen hävs således inte enligt kap. 8 §§ 1–2.

Att ha en ordning där de redan utförda arbetena skulle återgå till entreprenören har av naturliga skäl valts bort vid författandet av AB. Att en entreprenad inte hävs i sin helhet motiveras bland annat av att prestationen som sådan inte är återställbar till sin natur.²⁰

Hur ska då den redan utförda delen av entreprenaden regleras när någon av parterna hävt entreprenaden? Av kap. 8 § 5 följer att ”Vid hävning av kontraktet skall värdet av utförd del av entreprenaden gottskrivas entreprenören” och att ”På parts begäran skall värdering verkställas. Denna skall ske med hänsyn till beskaffenheten av det utförda arbetet och på grundval av kontraktssumman som värde på kontraktsarbetena i deras helhet”²¹. Värderingen ska ske utan dröjsmål efter att någon av parterna hävt kontraktet.²² Om parterna inte enas om värdet ska värderingen utföras av en nämnd som tillsätts enligt kap. 7 § 8, alternativt av en person som då tillsätts enligt kap. 7 § 7.²³

Den utförda delen av entreprenaden ska således ges ett värde som gottskrivas entreprenören.²⁴ Beroende på vilket/vilka grunder entreprenaden hävs kan värderingssituationen komma att vara mer eller mindre komplicerad att utföra. Hävs entreprenaden exempelvis med hänvisning till kap. 8 § 1 p. 1, är det tänkbart att arbetet i och för sig är väl utfört trots att det utförts alldeles ”för långsamt”, medan om hävningen istället företas med stöd av kap. 8 § 1 p. 3 föreligger det

I replik, fortfarande i JT, anförde Ossmer att AB 04:s hävningsregler inte är uttömmande med hänvisning dels till Motiv AB 72, dels till påståendet att dispositiv rätt bör komplettera AB 04. (”I Motiv AB 72 s. 235 anges att ’... uppräkningsreglerna är (inte) absolut fullständiga... andra anledningar kan berättiga till hävande med hänsyn till vad som gäller enligt allmän avtalsrätt...”) (Ossmer, Per, Hävning av entreprenad – några kommentarer till en artikel i JT, JT 2009–10 nr 4 s. 996) Lindahl ansluter sig till den tolkningen. (Lindahl, G Alf, Entreprenad AB 92, 1994, s. 241).

NJA 1970 s. 72 stödjer denna tolkning. I målet ansågs inte AB 54 vara uttömmande beträffande hävningsgrunder. Entreprenören ansågs ha rätt att häva avtalet med hänvisning till allmänna grundsatsen om bristande förutsättningar.

²⁰ Rodhe, Knut, Obligationsrätt, 1984 § 37 vid not 32, samt att ”mottagaren icke kan återställa naturaprestationen i väsentligen oförändrat skick” § 37 vid not 102. Källenius anger vidare att ”Ett hävande enligt Köplagens regler, dvs. hel återgång, är otänkbart, eftersom entreprenören ej kan föra bort vad som inbyggs och blivit byggherrens (fasta) egendom” (Källenius, Sten, Entreprenadjuridik, 1960, s. 167).

²¹ Om entreprenaden hävs enligt någon av punkterna 8–11 i kap. 8 § 1 eller punkterna 7–9 i kap. 8 § 2 ska entreprenören därutöver gottskrivas sina kostnader för material och varor som anskaffats eller beställts men som ännu inte byggts in i entreprenaden samt sina kostnader för underentreprenader (kap. 8 § 5 st. 2).

²² Kap. 8 § 5 st. 6.

²³ Kap. 8 § 5 st. 5.

²⁴ För närmare redogörelse om hur värderingen ska gå till, se Hovrätten över Skåne och Blekinges dom meddelad den 19 december 2019 i mål nr T 401-19, och då tingsrättens domskäl.

fel i sådan mängd eller av sådan (väsentlig) art att värdet måste minskas med hänsyn till detta.

I och med att kap. 8 § 5 föreskriver att värdering ska ske ”med hänsyn till beskaffenheten av det utförda arbetet” uppmanas parterna att ta hänsyn till eventuella fel som kan konstateras i den utförda delen av entreprenaden när värderingen utförs.²⁵

När väl parterna fastställt ”värdet av utförd del av entreprenaden” har de således hanterat dels den del av entreprenaden som var utförd, ”utförda arbeten”, vid tidpunkten för någon av parternas hävning, dels den del av entreprenaden som ännu inte utförts, ”återstående arbeten”, det vill säga den del av entreprenaden som hävningen explicit tar sikte på.

Har parterna genom denna ordning nu slutreglerat samtliga mellanhavanden med anledning av entreprenadkontraktet? Slipper parterna nu att ha något att göra med varandra? Kap. 4 § 10 vittnar om att det inte är självklart.

Kap. 4 § 10 föreskriver att:

”Om kontraktet hävs enligt kap. 8 § 1 eller 2, löper ansvars- och garantitid för den utförda delen av entreprenaden från den dag då kontraktet hävdes.”

Vad innebär ”ansvars- och garantitid”? Med skrivningen avses kap. 4 § 7 som föreskriver att:

”Ansvarstiden är tio år från entreprenadens godkännande och inleds med garantitid.

Om inte annat föreskrivs i övriga kontraktshandlingar gäller följande.

Garantitiden är fem år för entreprenörens arbetsprestation och två år för material och varor. Om entreprenören har erhållit eller erhåller en längre garantitid för material eller vara, gäller denna längre garantitid även mellan entreprenören och beställaren.”

Vad innebär ”garantitid”? Av kap. 5 § 5 med tillhörande kommentar följer att entreprenören presumeras ansvara för fel som framträder under garantitiden. Det rör sig således om en bestämmelse avseende bevisbördans placering. För det fall beställaren förmått visa att (i) ett förhållande framträtt först under garantitiden (vanligtvis i tiden efter godkänd slutbesiktning, i detta fall dock efter att någon av parterna hävt kontraktet) och (ii) att detta förhållande utgör ett fel²⁶ enligt parternas, numera hävda, kontrakt presumeras entreprenören svara för felet.

Efter garantitidens utgång ”resterande del av ansvarstiden” är enligt kap. 5 § 6 emellertid ordningen en annan; entreprenören ansvarar härvid endast för väsentliga fel och för fel som har sin grund i vårdslöshet hos entreprenören. Bevisbördan vilar i detta fall på beställaren.

²⁵ I och med att avtalsfrihet råder kan naturligtvis parterna härvid även välja att slutreglera eventuella fel som inte upptäckts/kunnat upptäckas vid tidpunkten för värderingen av entreprenaden.

²⁶ Fel är enligt begreppsbestämningen i AB 04 ”avvikelse som innebär att en del av en entreprenad inte utförts alls eller inte utförts på kontraktensligt sätt.”

Av ovan följer således att kap. 4 § 10 innebär att entreprenörens felansvar i den utförda delen av entreprenaden kvarstår efter att hävning skett avseende de återstående arbetena enligt kap. 8 §§ 1–2.

Så långt är regleringen i AB tydlig. Vad som däremot gäller herefter är inte helt klart. Vi har vänt och vridit på regleringen i ljuset av HD:s avtalstolkningsmetod och funnit i vart fall två ”tolkningsvägar” som enligt vår mening visar på komplexiteten i frågan och att konsekvenserna av kap. 4 § 10 inte är helt tydlig. Vi vill belysa att frågan är oklar i sådan grad att det vore välkommet om BKK inom ramen för det pågående arbetet med att revidera AB-avtalen valde att förtydliga vad som helt enkelt är avsikten med kap. 4 § 10; *ska en beställare bereda en entreprenör möjlighet att avhjälpa fel som konstaterats i en entreprenad som hävts enligt AB 04 eller inte?*

Den första (i) tolkningsvägen har vi valt att rubricera som ”*Kap. 4 § 10 är endast en ansvarsregel*” och analysen består sammanfattningsvis i att kap. 4 § 10 endast ska ges den innebörden att den innebär en bevislättning för den beställare som vill kräva ersättning för fel som framträtt i tiden²⁷ efter en företagens hävning och efterkommande värdering. Regeln aktualiserar inte den sedvanliga regleringen i kap. 5 och innebär inte att den avhjälpandeskylldighet/rättighet som en entreprenör normalt sett innehar föreligger. Kap. 4 § 10 innebär således inte att en beställare ska bereda en entreprenör möjlighet att avhjälpa fel som konstaterats i en entreprenad som hävts enligt AB 04.

Den andra (ii) tolkningsvägen har vi valt att rubricera som ”*Kap. 4 § 10 innebär att utförd del av en hävd entreprenad kan komma att i vissa fall hantaras på samma sätt som om entreprenaden hade avlämnats genom en godkänd slutbesiktning*”. Analysen består sammanfattningsvis i att kap. 4 § 10 ska förstås som en ”brygga” in i den sedvanliga regleringen i kap. 5 som föreskriver hur fel som framträtt under garantitiden ska hanteras mellan parterna. I och med att en hävning företagits mellan parterna finns det dock anledning att i ljuset av dispositiv rätt ställa sig frågan om den avhjälpandeskylldighet/rättighet som kap. 5 tillskriver entreprenören verkligen ska gälla? Undertecknade finner i detta fall starka skäl för att en beställare vid vissa hävningssituationer (när beställaren exempelvis hävt på grund av fel²⁸) ska ha rätt att avvisa entreprenörens möjlighet att avhjälpa, vid andra inte.

²⁷ Bevislättning under garantitiden.

²⁸ Hävning enligt kap. 8 § 1 p. 3.

3. (i) ”Kap. 4 § 10 är endast en ansvarsregel”

För det fall en beställare konstaterat fel i den del av entreprenaden som hade utförts vid hävningstillfället och felet konstateras ha framträtt i tiden efter att entreprenaden hade värderats kan efterföljande hantering tänkas vara följande:

Efter att en entreprenad har hävts, oavsett hävningsgrund, föreskriver standardavtalen att en värdering ska äga rum (kap. 8 § 5).²⁹ Förutsatt att parterna genomfört en sådan värdering och konstaterat att inga fel förelåg, alternativt att ett antal fel förelagat men dessa har reglerats, torde parternas mellanhavanden vara tänkta att kunna avslutas.³⁰ Regeln i kap. 4 § 10 föreskriver dock att entreprenören har ett ansvar för utfört arbete, under tio år, även efter att kontraktet har hävts. Under denna tid, vilken inleds med en garantitid enligt vad som utvecklats ovan, är det tänkbart att fel påträffas i det arbete som den hävda entreprenören utfört, och som denne därmed ansvarar för. Frågan blir då vad detta ansvar innefattar. En anslutande fråga är hur beställaren ska gå tillväga för att åtgärda framträdde fel. En rimlig utgångspunkt blir därmed att reda ut vad kap. 4 § 10 egentligen innebär.

3.1 Innebörden av kap. 4 § 10

Inom entreprenadrätten är felavhjälpan den primära sanktionen när fel konstateras. Avhjälpan har en särställning inom entreprenadrätten, genom att exempelvis standardavtalens motsvarighet till ett prisavdrag enligt kap. 5 § 18 framförallt är en lättnadsregel för entreprenören och sekundär i förhållande till felavhjälpaninstitutet. Troligtvis har detta sin grund i entreprenadavtalet som avtalstyp och prestationernas karaktär där köp och tjänst blandas.

Ytterligare ett särdrag som kan nämnas är att entreprenören under såväl entreprenadtiden som ansvarstiden har en långtgående ensamrätt att få utföra vissa arbeten. Entreprenören har exempelvis en skadeståndssanktionerad ensamrätt att utföra ÄTA-arbeten enligt kap. 2 § 3 jämte kap. 6 § 2. Vad gäller felavhjälpan framgår av kap. 5 § 17, första stycket på motsvarande sätt att entreprenören är berättigad och skyldig att avhjälpa fel som upptagits i besiktningsprotokoll eller som beställaren skriftligen underrättat om enligt kap. 5 § 15. Det finns dock en ”ventil” i kap. 5 § 17, tredje stycket, innebärande att om entreprenören inte avhjälper felet inom föreskriven tid eller skriftligen meddelar att denne

²⁹ Det står visserligen att entreprenören ska gottskrivas värdet av utfört arbete och att en värdering ska ske på parts begäran. För att ett värde ska kunna gottskrivas entreprenören torde någon slags värdering alltid behöva utföras.

³⁰ Att parternas mellanhavanden ska avslutas kan nog anses följa av hävningsinstitutet som sådant.

inte avser avhjälpa felet, så får beställaren låta avhjälpa felet på entreprenörens bekostnad.

Ett felavhjälpande är inom ramen för ett entreprenadavtal tillhandahållandet av en naturaprestation (alltså ett arbete som rent fysiskt utförs³¹). Ett annat sätt att uttrycka saken på är att entreprenören har en rätt att fullgöra sin prestation. Enligt AB 04 har entreprenören både under entreprenadtiden och under garanti- och ansvarstiden en långtgående ensamrätt och skyldighet att utföra just sådana naturaprestationer.

Det ovan sagda gäller dock inte utan vidare efter att en hävning skett. Det grundläggande syftet med hävningen är just att avsluta parternas mellanhavanden, i vart fall gällande den ännu inte utförda delen av entreprenaden. Redan av detta skäl torde det följa att entreprenörens rätt att fullgöra kontraktet bör omfattas av hävningen, oaktat att ett ansvar enligt kap. 4 § 10 onekligen kvarstår, det vill säga entreprenörens rätt att utföra arbeten inom entreprenaden upphör helt genom hävningen.

Denna tolkning står inte i strid med ordalydelsen av kap. 4 § 10. Bestämmelsen klargör endast att en garanti- respektive ansvarstid börjar löpa vid viss tidpunkt för redan utförd prestation. Bestämmelsen anger däremot inte att entreprenören har en bevarad rätt att felavhjälpa. Ansvarsfördelningen måste således skiljas från fullgörelserätten, det vill säga att en entreprenör ansvarar för fel behöver inte betyda att entreprenören har rätt att felavhjälpa.

Vidare kan det tänkas ett scenario där regeln i kap. 4 § 10 inte fanns med i standardavtalen. Det skulle då inte finnas någon reglering i parternas avtal som adresserar entreprenörens ansvar för redan utfört arbete. Eftersom entreprenören då inte skulle ha något ansvar för det utförda arbetet skulle entreprenören därmed försättas i ett bättre läge ”rent ansvarsmässigt” för utförda arbeten än om kontraktet fullgjorts. En entreprenör som hävde kontraktet dagen innan slutbesiktning skulle exempelvis i ett sådant fall i princip kunna undgå ansvar för redan utförda arbeten. En sådan ordning framstår som orimlig.

Det ovan sagda talar därför för att kap. 4 § 10 ska förstås som en bestämmelse som reglerar frågan om ansvar för utförda arbeten, inte en reglering avseende entreprenörens ensamrätt att fullgöra kontraktet.

3.2 Hävningens omfattning – är felavhjälpande ett återstående arbete?

Frågan om entreprenörens skyldighet att avhjälpa fel ska kvarstå efter att en hävning skett eller inte förutsätter vidare att omfattningen av hävningen klargörs. En hävning enligt AB avser ju som ovan nämnts endast *återstående arbe-*

³¹ I en totalentreprenad, där entreprenörens åtagande består i att tillhandahålla vissa funktioner snarare än ett arbete utfört på visst sätt, kan det även tänkas att ett felavhjälpande innefattar en immateriell prestation i form av exempelvis viss beräkning eller liknande.

ten. Det har då förts fram att eftersom hävningen uttryckligen endast gäller återstående arbeten, och eftersom ett felavhjälpande inte anses vara ett sådant återstående arbete, skulle entreprenören ha en bevarad rätt till felavhjälpande för redan utfört arbete.³² Direkt motsatt uppfattning förs emellertid fram av bland annat Samuelsson som visserligen menar att garantiarbeten inte kan bedömas som återstående arbeten, men att entreprenörens fullgöranderätt däremot omfattas av hävningen.³³ Vidare kan det enligt oss inte uteslutas att de arbeten som krävs för att avhjälpa garantifel som framträtt efter hävning (och som därmed under alla omständigheter sker efter hävningen) utifrån en lexikalisk tolkning av standardavtalen skulle kunna bedömas som just återstående arbeten.³⁴ Det kommer ju under alla förhållanden att vara fråga om en arbetsprestation som utförs efter hävningen, oaktat om detta arbete grundas på ett ansvar som entreprenören iklätt sig för arbeten som utförts innan hävningen, eller inte.³⁵

I brist på vägledande avgöranden från HD eller klargörande från BKK³⁶ kan det inte uteslutas att åtgärdande av garantifel skulle kunna anses utgöra just ett sådant återstående arbete som en hävning enligt AB explicit avser. Det bör dock nämnas att det inte är säkert att denna distinktion har någon avgörande betydelse för hur frågan ska besvaras.

Uppfattningen att entreprenören skulle ha en bevarad avhjälpanderätt för garantifel i utförda delar framstår även vid en systematisk tolkning av standardavtalen som svårtillämpat. Genom kap. 8 § 5 har ju parterna redan en avtalad regleringsmekanism, där entreprenören ska gottskrivas värdet av utfört arbete med hänsyn till beskaffenheten av det utförda arbetet. Vidare har respektive part, efter att hävning skett, en avtalad skadeståndsrätt i kap. 8 §§ 6–7. Slutligen framgår av kap. 8 § 9 att parternas mellanhavanden ska regleras utan dröjsmål, efter det att uppkommande kostnadsökning och skada har kunnat fastställas. Det kan även noteras att de preskriptionsfrister som följer av kap. 8 §§ 6–7 är särskilt korta, vilket även det skulle kunna tala för att ett snabbt avslut ska ske av parternas mellanhavanden, det vill säga att ”hävt ska vara hävt”. Det kan vidare argumenteras för att kap. 8 exklusivt ska hantera de situationer som uppstår i och med att en hävning företagits. Placeringen av kap. 4 § 10 i kap. 4 talar dock delvis mot en sådan tolkning.

Det övergripande syftet med hävningskapitlet synes därmed sammantaget vara att ett förhållandevis snabbt och definitivt avslut ska ske av parternas res-

³² Se Stråth, Beställares hävning respektive obefogade hävning av entreprenadavtal – särskilt om ansvar för garantifel, JT 2018–19 s. 562.

³³ Samuelsson, Per, AB 04 – En kommentar, 2016, s. 500.

³⁴ Arbete är enligt begreppsbestämningen i AB 04 ”arbetsprestation, hjälpmedel, material och varor”.

³⁵ Se även Håstad, Torgny, Dröjsmål och fel enligt AB 72 i Festskrift till Gotthard Calissendorf, s. 123, för ett liknande resonemang kring begreppet ”återstående arbeten”.

³⁶ Genom exempelvis upptagande av tydlig definition i begreppsbestämningen som finns i respektive standardavtal.

pektive mellanhavanden efter att hävning skett. För det fall entreprenören skulle ha en fortsatt rätt att avhjälpa uppkomna garantifel, torde detta leda till vissa problem för den praktiska hanteringen av parternas mellanhavanden. Entreprenören skulle exempelvis kunna invända att de fel som beställaren påstår utgör garantifel inte beror på entreprenören utan tvärtom på beställaren. Skulle entreprenören då ändå, med beaktande av sin skyldighet att avhjälpa även garantifel, utföra arbetet beställaren begär (som senare visar sig ha berott på beställaren) skulle en fordran på beställaren kunna uppkomma (antingen genom tillämpning av kap. 5 § 17 direkt eller analogt), vilket kan uppfattas lite märkligt när en hävning skett.

Vidare skulle det kunna ifrågasättas hur entreprenörens tänkta rätt att avhjälpa garantifel egentligen förhåller sig till resultatet av den värdering som ska göras enligt kap. 8 § 5. Värderingen ska ju beakta även eventuella fel i redan utfört arbete. Om då entreprenören samtidigt ska ha en bevarad rätt att avhjälpa garantifel, i den mån dessa inte beaktats i värderingen, torde en gränsdragning mellan ansvaret för upptäckbara fel (som hanteras direkt genom värderingen) och andra garantifel (som framträder eller upptäcks i tiden därefter) bli svårhanterlig.

Sammanfattningsvis kan det konstateras att oavsett om det görs en språklig tolkning av aktuella bestämmelser eller en mer systematisk³⁷ så framstår det följaktligen som att det övergripande syftet med kap. 8 §§ 1–2 är att parternas mellanhavanden ska avslutas. ”Hävt ska vara hävt” och parterna ska ha så lite att göra med varandra som möjligt. Det framstår därmed som väl långtgående att utifrån en motsatsvis tolkning av kap. 4 § 10 läsa in en bevarad ensamrätt för entreprenören att fullgöra sin naturaprestation, låt vara att en sådan rätt endast skulle avse utförda delar av entreprenaden. Att entreprenören har ett bevarat ansvar för utfört arbete innebär inte per automatik att entreprenören har en bevarad rätt till fullgörelse.

3.3 Har beställaren en reklamationskyldighet för fel som framträder i tiden efter att entreprenaden hävts och värderats?

Det anförda talar för att någon bevarad felavhjälpanderätt/skyldighet för entreprenören inte kan anses föreligga efter att hävning skett. Det står visserligen parterna fritt att komma överens om en sådan avhjälpanandeskyldighet i ett separat avtal, men entreprenörens skyldighet och ensamrätt att själv utföra felavhjälpananden får anses upphöra genom hävningen. Beställarens eventuella anspråk för åtgärdande av uppkomna garantifel får därmed istället hanteras genom framställande av krav på ekonomisk ersättning gentemot entreprenören.

Eftersom ansvarstiden sträcker sig över en period om tio år efter att entreprenaden avslutats, och eftersom entreprenader i regel är tekniskt komplexa

³⁷ Såsom Samuelsson förespråkar.

projekt, är det inte otänkbart att ett (mer eller mindre stort) antal fel uppträder under denna ansvarstid, antingen under tiden som täckningsentreprenaden³⁸ utförs eller i tiden därefter. Enligt vad som konstaterats ovan har beställaren rätt att avhjälpa dessa fel på entreprenörens bekostnad, förutsatt att entreprenören ansvarar för felet. Frågan blir då om beställaren måste reklamera felen till den hävda entreprenören för att få göra gällande dessa?

Något uttryckligt svar på frågan följer inte av standardavtalen. Förvisso finns särskilt korta preskriptionsfrister för krav på skadestånd på grund av hävning i kap. 8 §§ 6–7. Såvitt gäller beställarens skadeståndskrav ska det framställas skriftligen senast tre månader efter det att de arbeten som återstod vid hävningen slutförts.³⁹ Detta kan möjligen tolkas som att preskription inträder först tre månader efter att beställarens avhjälpande av respektive garantifel slutförs.

En allmän underrättelseplikt finns dock i kap. 5 § 15. Bestämmelsen föreskriver att beställaren ska underrätta entreprenören (skriftligen och utan dröjsmål) om beställaren (efter att entreprenaden eller en del av den avlämnats eller tagits i bruk) upptäcker fel eller skada på grund av fel. Konsekvensen av utebliven reklamation är dock inte preklusion, utan att beställaren blir ersättningsskyldig för den merkostnad som den för sent framförda underrättelsen orsakat entreprenören. Detsamma gäller om beställaren borde ha upptäckt fel eller skada tidigare än vad som faktiskt kom att ske.

Inget i kap. 5 § 15 antyder att regeln endast ska tillämpas för det fall entreprenaden har avlämnats genom slutbesiktning, tvärtom talar bestämmelsen inte om slutbesiktning utan att entreprenaden ”*avlämnats eller tagits i bruk*”, vilket är fallet även när en hävning skett. Det finns inte heller något systematiskt skäl för att denna underrättelseskyldighet inte skulle tillämpas efter att en hävning skett. Entreprenören har naturligtvis även i detta fall ett befogat intresse av att få ta ställning till de felpåståenden som beställaren menar att entreprenören svarar för, precis på samma sätt som om entreprenaden hade avlämnats genom en slutbesiktning.

Det arbete som reklameras av beställaren såsom ett garantifel efter hävning kan exempelvis ha varit felaktigt utfört av entreprenörens underentreprenör, för vilken en separat garanti- och ansvarstid gäller, och entreprenören skulle då kunna föra vidare beställarens anspråk. Om då beställaren reklameras först när ett fel avhjälpats kan entreprenören komma att lida rättsförlust när denne därefter ska föra vidare anspråket ”nedåt i kontraktskedjan”.⁴⁰

³⁸ Det vill säga den entreprenad som beställaren handlat upp för att färdigställa de återstående arbeten som hävningen gentemot den hävda entreprenören avsåg.

³⁹ Kap. 8 § 6 st. 3.

⁴⁰ Exempelvis skulle felpåståendet kunna komma att reklameras av den hävda entreprenören gentemot underentreprenören under garantitiden enligt underliggande AB-avtal om reklamation sker innan fel avhjälpas utav beställaren, men först under resterande del av ansvarstiden om reklamation sker först när fel väl avhjälpats utav beställaren.

Oaktat om kap. 5 § 15 anses vara tillämplig i en hävd entreprenad eller inte kan det vidare ifrågasättas om inte beställaren ändå, och då såsom ett utflöde av lojalitetsplikten/enligt allmänna avtalsrättsliga principer, under alla omständigheter är skyldig att reklamera fel.⁴¹

3.4 Sammanfattning

Det ovan anförda talar för att en entreprenör saknar rätt/skyldighet att avhjälpa fel som framträder under ansvarstiden i den del av entreprenaden som var utförd när hävning skedde; motsatt tolkning saknar tydligt stöd i AB 04. Entreprenören har dock ett ansvar som följer av kap. 4 § 10 och detta ansvar föranleder skyldighet att utge ekonomisk kompensation för den kostnad som beställaren drabbas av för att avhjälpa fel på den hävda entreprenörens bekostnad. Beställaren har dock möjligen en reklamationsplikt för de fel som beställaren menar att entreprenören svarar för, antingen enligt kap. 5 § 15 eller enligt allmänna avtalsrättsliga principer. Reklamation bör i sådant fall ske skyndsamt när fel upptäckts/framträtt och innan avhjälpandet färdigställts.

Nyss sagda utgör således slutsatsen inom ramen för den första tolkningen. Det har dock framförts att det motsatta skulle kunna tänkas gälla, det vill säga att entreprenören skulle ha en bevarad felavhjälpanderätt även efter att hävning skett.⁴² En tolkning som ger ett sådant resultat, ”den andra tolkningen”, undersöks nedan. Utgångspunkten för den andra tolkningen består sammanfattningsvis i att kap. 4 § 10 ska förstås som en brygga in i den sedvanliga regleringen i kap. 5 som föreskriver hur fel som framträtt under garantitiden ska hanteras mellan parterna.

⁴¹ Något uttryckligt lagstöd för att en sådan reklamationsplikt skulle föreligga i kommersiella entreprenadavtal finns som bekant inte, men möjligen skulle HD i linje med sin tolkningsmetod jämföra med 32 § köplagen vid prövning av frågan. Entreprenadavtalets särprägel (flera kontraktsled, den blandade karaktären av köp och tjänst, ofta komplicerade tekniska bedömningar mm) och det faktum att en underrättelseskyldighet följer av kap. 5 § 15, samt vad som stadgas i dispositiv rätt (32 § köplagen mm), skulle kunna vara faktorer att beakta vid en bedömning av om det bör finnas en sådan reklamationsplikt i entreprenadavtal utifrån allmänna rättsgrundsatsar eller inte. För en utförligare beskrivning av verkan av utebliven reklamation inom kommersiella tjänsteavtal, se Ramberg, Christina, Skiljedom om jämkning av ansvarsbegränsning, reklamation, rådgivaransvar, skadeståndsberäkning och prisavdrag, JT 2010–11 s. 923.

⁴² Se Stråth, Beställares hävning respektive obefogade hävning av entreprenadavtal – särskilt om ansvar för garantifel, JT 2018–19 s. 562.

4. (ii) ”Kap. 4 § 10 innebär att utförd del av en hävd
entreprenad kan komma att i vissa fall hanteras på samma sätt
som om entreprenaden hade avlämnats enligt kap. 7 § 12”

För det fall en beställare konstaterat fel i den del av entreprenaden som hade utförts vid hävningstillfället och felet konstateras ha framträtt i tiden efter att entreprenaden hade värderats kan efterföljande hantering tänkas vara följande:

Beställaren är skyldig att uppfylla sin underrättelseskyldighet enligt kap. 5 § 15 st. 1⁴³:

”Beställaren skall utan dröjsmål skriftligen underrätta entreprenören då han, efter det att entreprenaden eller en del av den avlämnats eller tagits i bruk, upptäcker fel eller skada på grund av fel.”

När väl beställaren underrättat entreprenören om att fel föreligger föreskriver i sin tur kap. 5 § 17 att ”*entreprenören är berättigad och skyldig att avhjälpa – – fel som beställaren skriftligen underrättat om enligt § 15 i detta kapitel*”.

Så långt skulle frågorna kunna besvaras: Ja, en beställare måste underrätta och bereda entreprenören möjlighet att avhjälpa fel som framträtt under ansvars-tiden även för det fall en entreprenad hävts. Entreprenören är härvid berättigad och skyldig att avhjälpa de fel som konstaterats.

Men kan det verkligen vara så att en beställare som exempelvis har hävt en entreprenad just på grund av entreprenörens oförmåga att utföra entreprenaden kontraktsevenligt (hävning enligt kap. 8 § 1 p. 3) ska behöva bereda samma entreprenör möjlighet att komma tillbaka till den hävda entreprenaden för att avhjälpa fel som framträtt under garantitiden? Har inte beställaren i detta fall mycket starka skäl att tro att entreprenören (återigen) inte kommer kunna fullgöra sitt åtagande kontraktsevenligt?

Frågan som härvid uppkommer är om en beställare kan ha rätt att i vissa fall neka en entreprenör rätten att felavhjälpa (utan att därigenom förlora sin rätt att göra gällande felpåföljder – att exempelvis avhjälpa felet med en annan entreprenör på den felande entreprenörens bekostnad)?

Av kap. 5 § 17 jämte kap. 5 § 18 följer en tydlig reglering som föreskriver att fel, med undantag för fel som är oväsentliga i den mening som avses

⁴³ Det bör dock poängteras att kap. 5 § 15 st. 1 talar om att entreprenaden eller en del av den ska ha avlämnats eller tagits i bruk. Det är inte säkert att entreprenaden har hunnit färdigställas när felet framträder och därmed tagits i bruk. Frågan är i sådant fall om det går att tala om att en ”del av entreprenaden” har avlämnats rent terminologiskt när det är fråga om aktuell situation. I och med kap. 4 § 10 reglering om att ansvars- och garantitid löper för den utförda delen av entreprenaden från den dag då kontraktet hävdades skulle detta kunna vara fallet, det vill säga att det går att tala om att ett avlämnade av ”del av entreprenaden” – i den mening som åsyftas i kap. 5 § 15 st. 1 – skett när entreprenaden har hävts och en värdering utförts.

i kap. 5 § 18⁴⁴, ska avhjälpas utan dröjsmål. Entreprenören är härvid berättigad och skyldig att avhjälpa fel; först om entreprenören inte avhjälpes felet inom föreskriven tid eller skriftligen har underrättat om att denne inte avser att avhjälpa felet har beställaren rätt att låta avhjälpa felet på entreprenörens bekostnad. I kap. 5 § 19 stadgas vidare att beställaren ska lämna entreprenören nödvändigt tillträde för avhjälpande av fel.

Nyss sagda talar för att en beställare inte har rätt att neka en entreprenör rätten att felavhjälpa. För det fall entreprenaden inte belastats med en hävning är svaret tämligen klart: en beställare har inte rätt att neka en entreprenör rätten att felavhjälpa.⁴⁵

Men är svaret detsamma om frågan smalas av ytterligare? Kan beställaren ha rätt att i vissa fall neka en entreprenör rätten att felavhjälpa *om parternas kontrakt hävts*?

För detta talar vissa allmänna rimlighetsöverväganden och hävningsinstitut⁴⁶ som sådant.⁴⁷ Förutom att parternas relation sällan är särskilt god efter att ett kontrakt hävts finns det även andra praktiska skäl som talar för att en beställare ska ha rätt att neka en entreprenör rätten att felavhjälpa om kontraktet hävts. Är det mer omfattande felavhjälpandeåtgärder som ska vidtas kan det exempelvis ifrågasättas om dessa kan utföras under pågående produktion av entreprenaden utan att avhjälpandet medför en sådan olägenhet som kap. 5 § 19 st. 2 föreskriver ska undvikas.⁴⁸

Det kan även ifrågasättas om entreprenören kan uppfylla kravet på ett skyndsamt avhjälpande enligt kap. 5 § 17 st. 2, ”*Avhjälpande skall fullgöras utan dröjsmål och senast inom två månader räknat från det att...skriftlig underrättelse om fel tillställts entreprenören*”. Bara tiden att återetablera skulle i vissa fall kunna innebära att något avhjälpande svårligen skulle kunna utföras inom den tid AB 04 föreskriver. Ett av HD framfört argument för entreprenörens rätt att avhjälpa har vidare just varit att ”*[E]ntreprenören redan befinner sig på plats och därmed inte drabbas av t.ex. etableringskostnader för avhjälpandet*”.⁴⁹

⁴⁴ Formulering ”lånad” från HD, NJA 2014 s. 960 p. 16. ABT 94 kap. 7 § 26 motsvaras av AB 04/ABT 06 kap. 5 § 18.

⁴⁵ Jfr NJA 2016 s. 222.

⁴⁶ Att parternas mellanhavanden ska avslutas, ”att parterna/part inte längre vill ha med den andre att göra”.

⁴⁷ Det som anförs tidigare ovan kan även nämnas härvid. Ska exempelvis en beställare, som haft rätt att häva entreprenören på grund av att entreprenaden som utförts i väsentligt hänseende inte var kontraktsenlig och entreprenören inte kom att avhjälpa påtalade fel utan dröjsmål, verkligen behöva bereda ”samma slarviga” entreprenör tillträde till entreprenaden för att avhjälpa eventuella fel som framträder under garantitiden?

⁴⁸ ”Avhjälpandet av fel skall i skäligen utsträckning ske så att olägenhet inte uppkommer för beställaren”.

⁴⁹ NJA 2018 s. 653 p. 26 in fine. HD skriver dock ”ofta så” innan, vilket tyder på en insikt om att det inte alltid förhåller sig på det sättet.

Mot bakgrund av detta skulle nog HD finna att AB 04 inte, i vart fall inte med önskvärd tydlighet⁵⁰, besvarar frågan om ”*en beställaren kan ha rätt att i vissa fall neka en entreprenör rätten att felavhjälpa om parternas kontrakt hävts enligt AB 04/ABT 06?*”. HD skulle härvid i linje med sin praxis under de senaste åren troligtvis använda sin avtalstolkningsmetod för att reda ut hur frågan ska besvaras.⁵¹

Om varken en gemensam partsavsikt eller några klagörande omständigheter vid sidan av avtalstexten föreligger är det enligt HD naturligt att inrikta tolkningen på bestämmelsens ordalydelse. I förevarande fall finns ingen enskild bestämmelses ordalydelse att pröva för att finna svar på frågan, varför HD troligtvis hade gått vidare för att undersöka systematiken i AB 04. Ovan har systematiken prövats och något tydligt tillfredställande svar ger inte heller en sådan prövning. HD hade därefter troligtvis prövat frågan i ljuset av dispositiv rätt.

Nu aktuell fråga är om en beställare kan ha rätt att i vissa fall neka en entreprenör rätten att avhjälpa fel om parternas kontrakt hävts enligt AB 04. I linje med vad som anförts ovan under avsnitt ”2. Vad gäller enligt AB 04?” beträffande bland annat kap. 4 § 10 och kap. 8 får det emellertid nog anses att AB 04 i sig avviker från dispositiv rätt⁵² i och med att hävning endast kan ske ”*såvitt avser återstående arbeten*” och att det för den, eventuellt, redan utförda delen av entreprenaden ska löpa en ansvarstid. För att finna svar i den dispositiva rätten bör därmed frågan omformuleras enligt följande:

”Kan en beställare ha rätt att i vissa fall neka en entreprenör rätten att felavhjälpa?”

I NJA 2018 s. 653⁵³ uttalade HD att:

”21. Vid utrönandet av tillämplig dispositiv rätt får ledning sökas i allmänna obligationsrättsliga principer och vad som gäller för närliggande avtalstyper. Den köprättsliga regleringen är då av särskilt intresse. Det måste dock beaktas att det rör sig om två olika avtalstyper som i vissa frågor

⁵⁰ Jfr exempelvis resonemang i NJA 2014 s. 960, bland annat p. 18–19.

⁵¹ Se NJA 2012 s. 597, NJA 2013 s. 271, NJA 2014 s. 960, NJA 2015 s. 862 samt NJA 2018 s. 653.

⁵² Att ställa sig frågan om en av parterna företagen hävning skulle kunna utgöra en sådan ”olägenhet” som berättigar köparen att begränsa säljarens rätt att avhjälpa enligt 34 § st. 1 köplagen blir exempelvis att spekulera på ett för köplagen mycket främmande sätt. Hävningsinstitutet vid ett traditionellt köpeavtal innebär att prestationerna återgår, varför en situation där säljaren kan vara skyldig att avhjälpa trots att parternas avtal hävts svårligen går att få ihop utifrån köplagens systematik.

⁵³ Förenklat kan målet sammanfattas enligt följande: HSB (Beställare) ingick med Infjärdens Värme (Entreprenören) en entreprenad om VVS-arbeten (rörentreprenaden). Under garanti-tiden uppdagades det problem med avloppen. Entreprenören bestred fel, men medgav att avhjälpan skulle ske förutsatt att beställaren bland annat skulle bereda åtkomst till ledningarna. Beställaren såg till att entreprenören bereddes tillgång till rören (lät utföra åtkomstarbeten), samt att rören efter avhjälpan skett återställdes (lät utföra återställningsarbeten). Beställaren stämde därefter entreprenören på dessa kostnader. Den fråga som HD hade att besvara var: Är entreprenören skyldig att ersätta beställaren för kostnader avseende åtkomst till ledningarna och återställande efter utförda avhjälpandearbeten i rörentreprenaden fullt ut (jfr ABT 94 kap.

skiljer sig åt mer väsentligt. Det kan därför, beroende på vilken fråga som är aktuell, finnas anledning att särskilt beakta entreprenadavtalets speciella drag.”⁵⁴

Vad gäller enligt köplagen? HD anger följande:

”30. Enligt köplagen begränsas en säljares skyldighet att avhjälpa ett fel till fall där avhjälpandet kan ske utan oskälig kostnad eller olägenhet (se 34 § första stycket). Begränsningen av säljarens avhjälpandeskyldighet hänger samman med bl.a. att en skyldighet att avhjälpa felet skulle kunna leda till beaktansvärda olägenheter för säljaren, t.ex. där säljaren tvingas avhjälpa ett fel på en standardvara när säljaren saknar egna reparationsresurser. Säljaren föredrar därför ofta att leverera en ny och felfri vara, vilket köparen i regel inte har någon anledning att motsätta sig. (Se prop. 1988/89:76 s. 37 f. och 126.)”

Av 34 § st. 1 följer således att köparen har rätt att kräva att säljaren avhjälpas felet utan kostnad för köparen, *om avhjälpande kan ske utan oskälig kostnad eller olägenhet för säljaren*. Istället för att avhjälpa felet får säljaren företa omleverans enligt 36 §.

Regleringen i 34 § st. 1 är svår att tillämpa i ett kommersiellt entreprenadavtal. Någon omleverans kan svårigen företas, och undantaget från avhjälpandeskyldigheten avser omständigheter hänförligt på säljarens (”entreprenörens”) sida, inte köparens (”beställarens”). För aktuell fråga är det mer intressant att se vid vilka eventuella situationer som en beställare kan neka en i och för sig avhjälpandeskyldig entreprenör från att beredas möjlighet att själv avhjälpa (så att avhjälpande kan ske av beställaren själv eller med annan entreprenör⁵⁵). Ledning för dessa situationer återfinns inte i köplagen.

Om inte köplagen ger ledning kan det finnas anledning att undersöka vad som gäller enligt konsumenttjänstlagen. Lagen omfattar till skillnad från köplagen avtal om tjänster rörande arbete på fast egendom, på byggnader eller andra anläggningar på mark etc.⁵⁶ Lagen är emellertid endast direkt tillämpbar på entreprenadavtal där beställaren är en konsument och entreprenören en näringsidkare.

Av förarbetena till lagen följer emellertid att:

”Lagen bygger till stor del på vad som kan antas utgöra generellt gällande 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 naturligtvis 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.”⁵⁷

7 § 25) eller är ersättningsskyldigheten begränsad till 15 procent av kontraktssumman (jfr ABT 94 kap. 5 § 14).

⁵⁴ Uttalande av samma karaktär görs i NJA 2014 s. 960 p. 24.

⁵⁵ Vanligtvis troligtvis med hjälp av den entreprenör som upphandlats för att färdigställa entreprenaden och utföra de återstående arbeten som hävningen mot den ursprungliga entreprenören avsåg.

⁵⁶ 1 § konsumenttjänstlagen.

⁵⁷ Se prop. 1984/85:110. s. 142.

HD har genom sin praxis visat att HD inte är främmande för att använda lagen när dispositiv rätt i kommersiella entreprenadavtal utreds.⁵⁸

Påföljderna vid fel i utförd tjänst anges i 16 § konsumenttjänstlagen och enligt 20 § st. 1 får konsumenten ("beställaren") kräva att fel avhjälps. I 20 § st. 2 inskränks dock konsumentens ("beställarens") rätt att välja påföljd. I bestämmelsen anges att näringsidkaren ("entreprenören") har rätt att avhjälpa fel, detta alldeles oaktat om konsumenten ("beställaren") kräver det eller inte. Nyss sagda gäller emellertid inte om konsumenten ("beställaren") "*har något särskilt skäl att avvisa erbjudandet*".

Vad är då särskilda skäl?

I förarbetena talas det om att:

"Sådana skäl kan vara t.ex. att avhjälpan skulle vålla konsumenten icke obetydliga olägenheter eller att näringsidkaren har visat sig vara slarvig eller inkompetent för uppdraget."⁵⁹

och om att:

"Näringsidkaren har enligt förevarande bestämmelse inte rätt att avhjälpa ett fel, om konsumenten har något särskilt skäl att avvisa näringsidkarens erbjudande. Ett sådant särskilt skäl kan vara att ett avhjälpan skulle medföra betydande besvär eller olägenheter för konsumenten. Denne skall t.ex. resa bort för en tid och behöver då använda föremålet för tjänsten. Om näringsidkaren inte kan beräknas hinna avhjälpa felet före avresan, bör konsumenten i stället kunna fordra ett prisavdrag och få felet avhjälpt på en ort dit han reser, om det är nödvändigt för att han skall kunna använda föremålet. Konsumenten bör vidare anses ha särskilda skäl för att avvisa näringsidkarens erbjudande att avhjälpa ett fel, om näringsidkaren har visat allvarlig oskicklighet när tjänsten utfördes, uppträtt störande, visat bristande hederlighet eller på annat sätt åsidosatt konsumentens intressen så att denne med fog kan göra gällande att han inte har förtroende för näringsidkaren personligen eller för hans kompetens (jfr betänkandet s. 310 och 472). Ett särskilt skäl för konsumenten att avvisa ett erbjudande om avhjälpan av ett fel kan vidare vara att det måste antas att näringsidkaren på grund av sin pressade arbetssituation e.d. inte kommer att kunna avhjälpa felet inom skälig tid (se tredje stycket)."⁶⁰

Av det som nämns i förarbetena finns det några uttalanden som möjligtvis skulle kunna ge viss ledning för när en beställare skulle kunna ha rätt att neka en entreprenör rätten att felavhjälpa.

Förfarandena talar för att en beställare skulle kunna neka en entreprenör rätten att avhjälpa fel om:

- entreprenören visat sig vara slarvig eller inkompetent för uppdraget⁶¹,

⁵⁸ Se exempelvis Herres skiljaktiga mening i NJA 2013 s. 271.

⁵⁹ Se prop. 1984/85:110. s. 60.

⁶⁰ Se prop. 1984/85:110. s. 230–231. Se även SOU 1979:36 Konsumenttjänstlag s. 310 och s. 472.

⁶¹ "att näringsidkaren har visat sig vara slarvig eller inkompetent för uppdraget" Se prop. 1984/85:110. s. 60.

- entreprenören har visat allvarlig oskicklighet när tjänsten utfördes, uppträtt störande, visat bristande hederlighet eller på annat sätt åsidosatt beställarens intressen så att beställaren med fog kan göra gällande att beställaren inte har förtroende för entreprenören personligen eller för entreprenörens kompetens⁶²,
- det måste antas att entreprenören på grund av sin pressade arbetssituation e.d. inte kommer att kunna avhjälpa felet inom skälig tid⁶³.

I ljuset av dispositiv rätt skulle därför ett möjligt svar på frågan ”om en beställare kan ha rätt att i vissa fall neka en entreprenör rätten att felavhjälpa om parternas kontrakt hävts enligt AB 04/ABT 06” kunna vara följande:

Utgångspunkten är att en entreprenör med stöd av kap. 4 § 10 har kvar sin rätt och skyldighet att avhjälpa de fel som framträder under ansvarstiden och som inte hade framträtt när entreprenaden hävdades och som därför inte kunde beaktas vid parternas värdering av entreprenadens utförda del. I ljuset av dispositiv rätt gäller emellertid inte nyss sagda om beställaren har ”något särskilt skäl” att avvisa entreprenörens erbjudande om att avhjälpa fel. Skäl att neka entreprenören föreligger om:

- entreprenören visat sig vara slarvig eller inkompetent för uppdraget,
- entreprenören har visat allvarlig oskicklighet när tjänsten utfördes, uppträtt störande, visat bristande hederlighet eller på annat sätt åsidosatt beställarens intressen så att beställaren med fog kan göra gällande att beställaren inte har förtroende för entreprenören personligen eller för entreprenörens kompetens,
- det måste antas att entreprenören på grund av sin pressade arbetssituation e.d. inte kommer att kunna avhjälpa felet inom skälig tid⁶⁴.

Detta skulle sannolikt innebära att om en beställare har hävt en entreprenad på grund av entreprenörens oförmåga att utföra entreprenaden kontraktensenligt (hävning enligt kap. 8 § 1 p. 3) så kommer beställaren även ha grund för att avvisa entreprenören från att komma åter och felavhjälpa eventuella fel som framträder under ansvarstiden. Kravet på ”särskilt skäl” bör givetvis föreligga i detta fall, en annan ordning blir ytterst märklig.

⁶² ”Konsumenten bör vidare anses ha särskilda skäl för att avvisa näringsidkarens erbjudande att avhjälpa ett fel, om näringsidkaren har visat allvarlig oskicklighet när tjänsten utfördes, uppträtt störande, visat bristande hederlighet eller på annat sätt åsidosatt konsumentens intressen så att denne med fog kan göra gällande att han inte har förtroende för näringsidkaren personligen eller för hans kompetens (jfr betänkandet s. 310 och 472). Ett särskilt skäl för konsumenten att avvisa ett erbjudande om avhjälpan av ett fel kan vidare vara att det måste antas att näringsidkaren på grund av sin pressade arbetssituation e.d. inte kommer att kunna avhjälpa felet inom skälig tid (se tredje stycket). Se prop. 1984/85:110. s. 230–231.

⁶³ Ibid.

⁶⁴ Förtydligas i kap. 5 § 17 st. 2, ”Avhjälpan skall fullgöras utan dröjsmål och senast inom två månader räknat från det att... skriftlig underrättelse om fel tillställts entreprenören.”

Detsamma kan även tänkas gälla om en beställare har hävt en entreprenör med stöd av kap. 8 § 1 p. 1⁶⁵, och det ”måste antas” att entreprenören inte kommer kunna avhjälpa felet på sätt som kap. 5 § 17 st. 2 föreskriver.

Vad som gäller får därför prövas i det enskilda fallet. På grund av den stränga påföljd som en hävning utgör torde det dock inte vara ovanligt att det föreligger ”särskilt skäl” för beställaren att avvisa entreprenören rätten att felavhjälpa eventuella fel som framträder under ansvarstiden, kanske snarare tvärtom.

Avslutningsvis, precis som HD angett när HD tolkat otydliga bestämmelser i AB-avtalen så ska ytterst och sist en mer övergripande rimlighetsbedömning göras.⁶⁶ I förevarande artikel har vi radat upp ett antal olika överväganden som kan komma att beaktas inom ramen för en sådan bedömning.

5. Slutsats och avslutande tankar

Hur kan ett praktiskt exempel se ut där huvudrubrikens fråga aktualiseras? Vad blir konsekvensen av den tolkning som presenteras ovan under rubrik ”Kap. 4 § 10 är endast en ansvarsregel” respektive ”Kap. 4 § 10 innebär att utförd del av en hävd entreprenad kan komma att i vissa fall hanteras på samma sätt...”?

För att belysa problematiken och frågan ges två exempel.

Exempel 1

En stomentreprenör upphandlas av en beställare. Uppdraget består i att stomentreprenören ska tillhandahålla och montera prefabricerade betongelement (”husens stomme”) till två hus, A och B. Stomentreprenören har i sin tur en leverantör som ska tillhandahålla just de prefabricerade betongelementen. Hus A färdigställs och halva hus B. Det finns inget att invända mot utförandet, det är bra gjort med andra ord. När halva hus B utförts börjar emellertid stomentreprenören få allvarliga problem med att få fram betongelement på grund av omfattande problem hos leverantören. Efter mycket om och men lyckas inte stomentreprenören reda ut situationen och beställaren väljer därför att – berättigat – häva återstående arbeten ”återstående halva hus B” med stöd av 8 § 1 p.⁶⁷ Beställaren upphandlar därefter en annan stomentreprenör som färdigställer hus B.

En värdering sker av det som utförts, Hus A och den halva av hus B som alltså var färdigställd vid hävningstidpunkten. Några fel föreligger inte vid denna tid-

⁶⁵ Detta under förutsättning att förseningen dels inte beror på omständigheter som entreprenören har rätt till tidsförlängning för (regleras i kap. 4 §§ 2–3), dels att en försening av färdigställandet skulle medföra väsentlig olägenhet för beställaren.

⁶⁶ Se exempelvis NJA 2015 s. 862 p. 12.

⁶⁷ Detta under förutsättning att förseningen dels inte beror på omständigheter som entreprenören har rätt till tidsförlängning för (regleras i kap. 4 §§ 2–3), dels att en försening av färdigställandet skulle medföra väsentlig olägenhet för beställaren.

punkt. Ett år senare konstaterar dock beställaren att fel framträtt i stommen i hus A. Felen har sin grund i bristande montage av mindre allvarlig karaktär som stomentreprenören utfört.

Vad får beställaren nu göra?

- i. Ett möjligt svar är att kap. 4 § 10 inte utgör hinder mot att beställaren direkt ber den ”nya” stomentreprenören att avhjälpa fel i hus A på den hävda stomentreprenörens bekostnad, återstående arbeten har hävts och den hävda stomentreprenören har att ersätta felavhjälpandet men är inte berättigad att själv få ombesörja det.

Dock bör beställaren reklamera till den hävda stomentreprenören att fel kommer att avhjälpas på dennes bekostnad.⁶⁸

- ii. Ett annat möjligt svar är att felet har framträtt i del av entreprenaden (hus A) som redan var utförd vid hävningstillfället. För denna del gäller en ansvarstid enligt kap. 4 § 10 och som utgångspunkt är den hävda entreprenören berättigad att beredas möjlighet att avhjälpa felet först innan avhjälpande kan ske på dennes bekostnad. Detta gäller dock inte om det finns särskilda skäl att neka entreprenören rätten att felavhjälpa. I detta fall hävdades entreprenören berättigad på grund av dröjsmål. Något särskilt skäl att anta att den hävda stomentreprenören skulle komma att misslyckas med avhjälpandet av aktuella fel kan därmed svårligen motiveras (betongelementen är ju redan på plats) i och med att felet som hus A är behäftat med utgör ett mindre montagefel som sannolikt kan åtgärdas tämligen enkelt av den hävda stomentreprenören helt utan inblandning från leverantören.

Detta innebär att beställaren först måste bereda den hävda entreprenören möjlighet att utan dröjsmål avhjälpa felet i hus A innan avhjälpande kan ske på dennes bekostnad av den ”nya” stomentreprenören”.

Exempel 2

Samma entreprenad och parter som i exempel 1 ovan. När hela hus A och halva hus B utförts konstaterar dock beställaren att stomentreprenören konsekvent monterat prefabstommarna i hus A felaktigt vilket riskerar att orsaka omfattande skador på entreprenaden, hela hus A behöver göras om.

⁶⁸ Skulle exempelvis felet istället (för ett montagefel) bestått i bristande betongkvalité, som den hävda stomentreprenörens leverantör bär ansvaret för, skulle en försenad reklamation (en reklamation som vidtas först när felet exempelvis har avhjälpats) kunna innebära försämrade regressmöjligheter för den hävda stomentreprenören gentemot leverantören. Den hävda stomentreprenören har ett berättigat intresse att få veta så snart det bara går att ett krav kommer riktas mot denne och vad kravet har sin grund i för faktiska omständigheter.

Beställaren väljer därför att – berättigat – häva återstående arbeten ”återstående halva hus B” med stöd av kap. 8 § 1 p. 3. Beställaren upphandlar därefter en annan stomentreprenör som färdigställer hus B.

En värdering sker av det som utförts, Hus A och den halva av hus B som alltså var färdigställd vid hävningstidpunkten. De omfattande felen i hus A tas i beaktande och påverkar värderingen kraftigt negativt för den hävda stomentreprenören. Vad gäller värderingen av ”halva hus B” som utförts konstateras emellertid att några fel inte föreligger (det var ett annat ”arbetslag” hos den hävda stomentreprenören som utfört arbetena i hus B). Ett år senare konstaterar dock beställaren att fel framträtt i stommen i hus B. Felen har sin grund i bristande montage.

Vad får beställaren nu göra?

- i. Ett möjligt svar är att det inte blir någon skillnad i bedömning från exempel 1 ovan. Kap. 4 § 10 utgör inget hinder mot att beställaren direkt ber den ”nya” stomentreprenören att avhjälpa fel i hus B på den hävda stomentreprenörens bekostnad, återstående arbeten har hävts och den hävda stomentreprenören har att ersätta felavhjälpandet men är inte berättigad att själv få ombesörja det. Dock bör beställaren reklamera till den hävda stomentreprenören att fel kommer att avhjälpas på dennes bekostnad.
- ii. Ett annat möjligt svar är att felet har framträtt i den del av entreprenaden (halva hus B) som redan var utförd vid hävningstillfället. För denna del gäller en ansvarstid enligt kap. 4 § 10 och som utgångspunkt är den hävda entreprenören berättigad att beredas möjlighet att avhjälpa felet först innan avhjälpande kan ske på dennes bekostnad. Detta gäller dock inte om det finns särskilda skäl att neka entreprenören rätten att felavhjälpa. I detta fall hävdades entreprenören på grund av just omfattande fel i utförda arbeten (montage av betongelementen i hela hus A). Särskilt skäl får därmed anses föreligga⁶⁹; att den hävda stomentreprenören skulle få komma tillbaka och avhjälpa fel kan därför svårligen motiveras.

Detta innebär att beställaren direkt kan be den ”nya” stomentreprenören att avhjälpa fel i hus B på den hävda stomentreprenörens bekostnad, den hävda stomentreprenören har att ersätta felavhjälpandet men är inte berättigad att själv få ombesörja det.

Dock bör beställaren reklamera till den hävda stomentreprenören att fel kommer att avhjälpas på dennes bekostnad.

⁶⁹ Grund för särskilt skäl: ”Entreprenören har visat sig vara slarvig eller inkompetent för uppdraget”, ”Entreprenören har visat allvarlig oskicklighet när tjänsten utfördes”, ”Beställaren kan med fog göra gällande att beställaren inte har förtroende för entreprenören personligen eller för entreprenörens kompetens”.

Som framgår av exemplen ovan finns det ett antal praktiska frågor som entreprenadavtalets parter har att förhålla sig till vid tillämpningen av en i grunden teoretisk konstruktion. Huruvida entreprenören ska ha en bevarad ensamrätt att avhjälpa fel som framträder i tiden efter att en hävning och värdering utförts, i den del av entreprenaden som var utförd vid hävningstillfället, går inte att utläsa tydligt av AB; tänkbara svar bygger, mer eller mindre, på en möjlig sammanläsning och tolkning av skilda bestämmelser som, beroende på utfall, riskerar att få långtgående konsekvenser för en part.

Det kan vidare noteras att bedömningen utifrån ett rent skälighetsperspektiv skulle kunna kompliceras än mer av frågor rörande ”vilken av parterna som hävt kontraktet” och ”på vilken grund avtalet hävdes”; exempelvis kan det tyckas oskäligt att en entreprenör som utfört en entreprenad klanderfritt, men som nödgas häva på grund av beställarens dröjsmål med betalning, ska vara förtagen sin rätt att avhjälpa garantifel som uppstår långt efter hävning skett. Entreprenören har ju i det fallet inte varit klandervärd, men riskerar ändå att behöva utge ersättning för åtgärder som entreprenören själv hade kunnat utföra till en lägre (själv)kostnad. *De lege ferenda* skulle därmed troligtvis en viss nyansering av regleringen, där exempelvis hänsyn tas till vilken hävningsgrund som gäller, vara önskvärd.

Avslutningsvis, vad som exakt gäller bedömer vi vara oklart och vad som exakt bör gälla är likaså en svår fråga. Att det förhåller sig på detta sätt är otillfredsställande med tanke på att rubricerad fråga kan få stor praktisk och ekonomisk betydelse för inblandade parter när den väl aktualiseras; en tydlig reglering måste därför vara att föredra för samtliga inblandade.

Vi vill därför uppmuntra BKK att inom ramen för det omfattande revideringsarbete av AB 04/ABT 06 som i skrivande stund pågår klargöra vad som gäller. I annat fall finns det en risk att en domstol/skiljenämnd tolkar in en annan innebörd av bestämmelsen än avsett.