

AB-kontrakten och den allmänna kontraktsrätten

LARS GORTON

1. Några inledande anmärkningar

Entreprenadavtal kan avse olika slags verksamheter. Ofta brukar med entreprenad avses byggverksamhet, där ena parten, byggherren (beställaren), uppdrar åt den andra, entreprenören, att uppföra en byggnad eller ett byggkomplex eller att utföra arbete på en byggnad på särskilda villkor. Entreprenörens åtagande kan vara mer eller mindre omfattande. Åtagandet avser ofta arbete på eller med någon annans fasta egendom,¹ med andra ord ett arbetsbeting med speciell inriktning.²

Entreprenadavtalet kan avse omfattande projekt innefattande ett åtagande att leverera exempelvis en fabrik, klar för drift,³ men entreprenadavtalet kan också omfatta betydligt mindre omfattande åtaganden exempelvis avseende vissa reparationsarbeten eller uppförande av en mindre byggnad. Entreprenad kan vidare avse en avgränsad del av det totala projektet i form av underentre-

¹ Understrykas kan, att "entreprenad" också kan avse exempelvis situationer där en kommun sätter en verksamhet "på entreprenad" dvs. där en verksamhet i modern terminologi "outsourcas" från kommunen. Detta innebär, att kommunen uppdrar åt en "entreprenör" att driva den överenskomna verksamheten på avtalat sätt för kommunens räkning. I förevarande betraktelse används "entreprenad" med avseende på byggverksamhet.

² Se Wikanders arbete om arbetsbetinget, Bidrag till läran om arbetsbetingssavtalet enligt svensk rätt, Uppsala 1913, som också utgör den mest grundläggande entreprenadrättsliga studien i svensk juridisk doktrin. I doktrinen har ibland förts en diskussion om den juridiska karaktäristiken av entreprenadavtal, se Hagström (under medverkan av M. Aarbakke) Obligasjonsrett, 3 uppl. Oslo 2004 s. 120 och Bengtsson, Särskilda avtalstyper, Stockholm 1971 s. 118. Frågan diskuteras också hos Hagström, Entrepriserett. Utvalgte emner. Oslo 1997 s. 9 ff. och s. 21 ff. Under hösten 2011 har utkommit Samuelsson, Entreprenadavtal. Särskilt om ändrade förhållanden, Stockholm.

³ Beträffande s.k. turnkey projects se t.ex. Internationella Handelskammarens avtalsvillkor (ICC Conditions for turnkey projects).

prenad, t.ex. måleriarbeten.⁴ Det kan emellertid även röra sig om synnerligen omfattande projekt av typ BOT (Build, Operate, Transfer), PPP (Public Private Projects), där verksamheten inte endast avser uppförande av en byggnad utan även omfattar viss avtalad verksamhet med avseende på det byggda. Entreprenören kan exempelvis åta sig att uppföra ett elektricitetsverk men i anslutning till detta även uppdraget att under viss tid efter färdigställandet driva verksamheten i förhållande till kunderna och ta upp avgifterna.⁵ Dessa avgifter ska då ge entreprenören täckning för priset för uppförande av elverket men även för de kostnader, som uppkommer därefter. Den senare typen av projekt har under den senaste 20–30-årsperioden fr.a. till följd av ekonomisk-politiska förändringar kommit att få allt större praktisk betydelse i u-länder såväl som i-länder. ”Entreprenad” kan m.a.o. innefatta olika företeelser, där parterna laborerar med olika utformning av kontrakten. Detta innebär, att de villkor som används i samband med entreprenad varierar m.h.t. entreprenadens omfattning och inriktning, men i botten finns ofta i de s.k. AB-villkoren, när det gäller svenska förhållanden.⁶ De olika kontrakten har vissa gemensamma nämnare, även om de också uppvisar skillnader sinsemellan.

I svensk rätt saknas särskild lagstiftning beträffande byggnadsentreprenad.⁷ Så är förhållandena även i många andra länder. Däremot kan regler från olika delar av rättsordningen ofta ha betydelse för parterna i entreprenadavtalet. Det kan röra sig om speciella plan- och byggbestämmelser, miljöbestämmelser etc. liksom om principer för utomkontraktuellt ansvar för sprängning m.m. Plan- och byggbestämmelser liksom miljöbestämmelser utgör en ram för all byggverksamhet. Vidare har allmänna regler om fast egendom (Jordabalken) stor betydelse som bakgrund till entreprenadrättsliga re-

⁴ Detta är f.ö. en omständighet som är väl känd från andra avtalssituationer exempelvis underuppdragstagare, underbefraktare, undertransportör osv.

⁵ Se exempelvis Inadomis, *Independent power projects in developing countries. Legal investment protection and consequences for development*. Austin, Boston m.fl. 2010. Frågan om internationella entreprenader är också kortfattat berörd hos Schmitthoff, *Export Trade: The law and practice of international trade*, 11 uppl. London 2007 (av C. Murray, D. Holloway & D. Timson-Hunt) s. 597 ff.

⁶ Jfr nedan vid not 10. Bakom de svenska villkoren står Byggandets Kontraktskommitté, som har ett 20-tal medlemmar från byggbranschen.

⁷ När det gäller konsumenträttsliga relationer vid byggentreprenad kan emellertid Konsumenttjänstlagen (1985:716) ha betydelse, och vid småhusentreprenader finns ett särskilt standardavtal (ABS 05 – Allmänna bestämmelser för småhusentreprenader). Den åsikten har dock framförts i doktrinen, att konsumenttjänstlagen bör kunna tjäna till ledning vid tolkningen även av kommersiella entreprenadavtal, något som, enligt min mening, dock måste ske med största försiktighet.

lationer liksom naturligtvis avtals-, köp- och skadeståndsrättsliga bestämmelser och principer på ett eller annat sätt kan bli tillämpliga. När det gäller den avtalsrättsliga ramen för byggprojektet behöver parterna dock i allmänhet ett särskilt dokument som innefattar villkoren för avtalsförhållandet, dvs. entreprenadavtalet.⁸

I avsaknad av särskild lagstiftning avseende entreprenad har också det särskilda standardavtalet avseende entreprenadverksamhet kommit att spela en särskild framträdande roll. I Sverige utgör de nämnda AB-villkoren, ett ofta använt standardavtal, en grundläggande avtalsmateria, som har betydande genomslagskraft inom området.⁹ Dessa villkor, som är framtagna av parterna på byggmarknaden, revideras successivt. Den senaste versionen av formuläret är AB 04 resp. ABT 06. I de andra skandinaviska länderna finns liknande, men inte likalydande, formulär. På den internationella marknaden utgör FIDIC-villkoren en mer omfattande och detaljerad motsvarighet.¹⁰

Torgny Håstad har som bekant plöjt såväl breda som djupa fåror i den svenska civilrätten och därvid även behandlat entreprenadrättsliga frågor såväl i praktisk verksamhet (som skiljeman och som domare) som på ett mera teoretiskt plan.¹¹ Det kan därför vara naturligt att i en festskrift i samband med hans avgång från Högsta Domstolen översiktligt beröra några spørsmål av kontraktsrättslig art i anslutning till entreprenadavtalet.

⁸ Det finns inga formalrättsliga krav på att entreprenadavtalet ska vara skriftligt, även om entreprenaden avser fast egendom, utan "sedvanliga" avtalsrättsliga regler inkl. tolkningsregler gäller, där muntliga avtal är bindande.

⁹ Dessa villkor går tillbaka till upphandlingsförfordningarna av 1893 resp. 1920 och utgjorde fram till 1950-talet två olika standardavtal beroende på om staten var beställare eller inte. Numera är AB-systemet enhetligt i det avseendet.

Den första utgåvan kom redan under 1910-talet, då staten spelade en aktiv roll vid utformningen av bestämmelserna och även var inblandad i villkorens utformning. Detta ger uttryck för behovet av statens medverkan vid den ursprungliga utformningen av bestämmelserna. I Wikanders framställning s. 9 f. återfinns en överblick över den historiska utvecklingen under denna period (inkl. utblickar inte minst mot utvecklingen i tysk rätt), i Svensk Teknisk Tidskrift 1909, Allmänna Afdelningen s. 204 ff., där åtskilliga speciella önskemål med avseende på entreprenadbranschen uttalades, exempelvis fastställande av en övre och en undre gräns inom vilken ändringar borde få ske i kvantiteterna utan inverkan på de uppgivna priserna, hänsynstagande beträffande arbeten och leveranser, omfattande längre tid, osv. Mot bakgrund av de då rådande förhållandena visar Wikander här också hur obligationsrättsliga övervägandena bakom BGB och för den delen köplagen av 1905 hade stor betydelse. Se vidare hans framställning på s. 40 ff.

¹⁰ Fédération Internationale des Ingénieurs-Conseils.

¹¹ Därvid ska särskilt framhållas hans uppsats Besiktningens rättsverkan, i SvJT 1977 s. 577 ff.

2. Bakgrunden till frågeställningen

Inledningsvis vill jag nämna något om den speciella anledningen till att jag valt att diskutera den rubricerade frågeställningen. Bakgrunden är den, att jag som opponert på en norsk doktorsavhandling noterade, att författaren i en sjörättslig avhandling avseende liggetid och överskridande av liggetid i flera situationer som jämförelse med de befraktningsrättsliga lösningarna hänvisade till entreprenadrättsliga lösningar som uttryck för obligationsrättsliga principer. Med svensk rätt som bakgrund fann jag mig vid tillfället föranlåten att i vissa fall diskutera relevansen av den jämförelsen.¹²

Delvis finns här också en parallell till de diskussionspunkter som Thomas Wilhelmsson tog upp i sin anmälan av Hagströms Obligationsrett.¹³ Mot denna bakgrund kan då frågan ställas i vilken mån och på vilket sätt man kan säga, att entreprenadavtalet har medverkat till utformningen av kontraktsrättsliga eller obligationsrättsliga principer? Är det kanske snarare så att entreprenadavtalet åtminstone i vissa delar bygger på sådana allmänna eller speciella kontraktsrättsliga principer. Innehåller entreprenadavtalet speciella identifierbara *naturalia negotii*, som kan komma till användning som tolkningsunderlag beträffande ett enskilt avtal?¹⁴ Mot bakgrund av framställ-

¹² Solvang, Forsinkelse i havn. Oslo 2009. Jag skulle personligen ha varit mindre förvånad om förf. i samband med en diskussion om kombinerade (multimodala) transporter funnit en anledning att göra en jämförelse med olika former av entreprenadavtal, eftersom det i dessa båda avtalsrättsliga sammanhang rör sig om en kombination av åtaganden i olika variationer och där olika avtalsparter kan ha det övergripande ansvaret för helheten. En betydelsefull skillnad är dock, att transporträtten till viss del baserar sig på tvingande lagstiftning, medan den civilrättsliga regleringen av entreprenadavtalet i huvudsak är av dispositiv karaktär. Solvang använder sig emellertid av entreprenadavtalet som referenspunkt i ett annat avseende, nämligen på så sätt att han använder byggherrens funktioner som jämförelse med befraktarens. Denna jämförelse är enligt min uppfattning knappast den mest närliggande som en grund för en jämförelse med befraktningsrelationen i ett kontraktsrättsligt perspektiv. Här finns också en annan spänning på så sätt att befraktningsavtalet till skillnad från entreprenadavtalet är omgärdat av lagregler, i delar nära nog identisk nordisk lagstiftning, i synnerhet när det gäller kap. 13 och 14 avseende befraktningsrättsliga frågor. Dessa senare bestämmelser är dispositiva, och de har tillkommit för att etablera vissa för befraktningsrätten speciella lösningar. Man kan mot den bakgrunden diskutera huruvida den gjorda jämförelsen är den mest ändamålsenliga i sammanhanget.

¹³ Wilhelmsson, Behövs en obligationsrätt? Lov og Rett 2003 s. 515 ff.

¹⁴ Adlercreutz, Avtalsrätt I, Lund, 12 uppl. s. 27 och 280. Se också Vahlén, Avtal och tolkning. Stockholm 1966 s. 260 ff. Westberg har i Överraskande rättsbildning på grundval av handelsbruk eller allmänt tillämpade standardvillkor, JT 2000–01 s. 348 ff. med utgångspunkt från NJA 1998 s. 448 och NJA 1999 s. 629 diskuterat hithörande frågor i ett främst processrättsligt perspektiv.

ningen hos Solvang kan emellertid också frågan ställas, huruvida entreprenadrättsliga lösningar på ett eller annat sätt kan anses tillämpliga utanför sitt eget omedelbara tillämpningsområde?

I så allmänna ord kan kanske diskuteras om frågan har någon större betydelse, men eftersom entreprenadavtal ibland (liksom f.ö. många andra avtalstyper) visar sig lämna utrymme för tolkning, uppkommer emellanåt frågan vilka parametrar som kan användas i samband med tolkning eller utfyllnad av ett avtal, och hur dessa då kan användas. Hur ska vidare en entreprenadrättslig tvist bedömas i sådana fall, där avtalet är tämligen summariskt och inte uppgjort på basis av de etablerade AB-villkoren? Kan AB-villkoren då anses utgöra handelsbruk och därigenom få betydelse för det enskilda avtalsförhållandet? Kan vissa av de parametrar som ofta förekommer i ett entreprenadavtal men som i ett individuellt avtal inte kommit till uttryck, ändå anses ingå i avtalet som en entreprenadrättslig princip? Kan en entreprenadrättslig princip utvecklas till en allmän kontraktsrättslig princip? Det är denna typ av frågor som jag här i vissa avseenden vill något belysa. Utöver den diskussion, som förs av Wilhelmsson i hans ovan nämnda anmälan angående frågan om ”obligationsrätt” resp. ”kontraktsrätt” i ett nordiskt perspektiv, måste numera viss uppmärksamhet fästas vid de olika regel- eller principalsamlingar som utkommit under det senaste årtiondet, nämligen Unidroit Principles of Commercial Contracts (PICC), European Contract Principles (PECL) och Draft Common Frame of Reference (DCFR).¹⁵ Man kan av Wilhelmssons

¹⁵ Beträffande PICC se Commentary on the Unidroit Principles of International Commercial Contracts (PICC) ed. by Stefan Vogenauer & Jan Kleinhesterkamp, Oxford 2009, medan PECL har utgivits av Hugh Beale & Ole Lando som Principles of European Contract Law (Parts I and II), The Hague etc. 2000. Vid tillfällen för Wilhelmssons anmälan hade ännu inte DCFR utkommit. Inskjutas kan, att ingen av de nämnda principalsamlingarna (inkl. DCFR) innehåller särskilda regler om entreprenadavtal.

Det kan i sammanhanget finnas skäl att nämna, att HD i NJA 2009 s. 672 skulle ta ställning till frågan om uppsägningsfrist vid ett återförsäljaravtal. Hovrätten hade kommit fram till att en uppsägning utan frist var att anse som oskäligen och att återförsäljaren skulle vara berättigad till 3 månaders uppsägning. Avtalet saknade någon bestämmelse i det avseendet, och i svensk lagstiftning saknas reglering av återförsäljaravtal (se s. 692). Efter en diskussion om uppsägningsfrister i olika rättsordningar i anslutning till återförsäljaravtal eller som en allmän kontraktsrättslig princip gjorde HD en hänvisning till den uppsägningsregel som återfinns i DCFR (IV.E.-2:302) och fastslog Hovrättens domslut som innebar att återförsäljaren i fallet var berättigad till 3 månaders uppsägningstid. Det har mot bakgrund av referatet diskuterats, huruvida HD använt bestämmelserna i DCFR som en jämförelse eller om de har tillämpats direkt. Jag uppfattar förhållandet så, att bestämmelsen åberopas som ett led i resonemanget, medan andra uppfattat skrivningen så, att

diskussionsanmälan utläsa, att det kan finnas vissa skillnader i synen på ”obligationsrätten” mellan de nordiska länderna.

Det som i det perspektiv som jag valt är av särskilt intresse är att något belysa frågeställningar i anslutning till AB-villkorens resp. olika entreprenadbestämmelsers juridiska karaktär i olika situationer. Vilken roll har AB-villkoren som handelsbruk? Kan enskilda bestämmelser i dem ha nått status som handelsbruk eller sedvänja? Kan AB-villkoren eller enskilda entreprenadbestämmelser anses utgöra kontraktsrättsliga principer?

3. Nationella och internationella förhållanden

3.1 Olika avtalstexter

AB-villkoren har en snart hundraårig historia och har reviderats ett antal gånger och därvid successivt genomgått betydande förändringar för att möta de krav som nya förhållanden kräver.¹⁶ Tidigare har AB-villkoren använts regelmässigt vid entreprenader på svenska marknaden, men förhållandet är numera inte lika klart. AB-villkoren är visserligen fortfarande dominerande inom sitt område, men det förekommer även att parterna använder sig av mer eller mindre egenhändigt framtagna, särskilda villkor, eller att de i relativt rudimentära avtal överhuvudtaget inte hänvisar till några villkor. I sådana fall kan olika frågeställningar aktualiseras. En fråga kan exempelvis vara, huruvida köplagen kan tillämpas, om inte direkt så i alla fall analogiskt i samband med entreprenadavtal, men också i vad mån kontraktsrättsliga principer kan användas som uttolkningsmaterial.¹⁷ I vissa fall intar parterna i entreprenadavtalet en bestämmelse, där det uttryckligen förklaras, att ”på detta

det rör sig om en direkt tillämpning av DCFR. Det senare skulle innebära en innovation av rättsbildningen för vilken det knappast fanns något behov.

¹⁶ I svensk rätt har genom åren AB-villkoren i viss doktrin karaktäriserats som den ”lag” som gäller för entreprenadavtalet. Detta är naturligtvis en terminologisk överdrift, då AB-villkoren (även om staten medverkade vid framtagande av bestämmelserna) faktiskt är avtal och då knappast kan anses utgöra lag annat än möjligen i den meningen att de skulle kunna anses utgöra uttryck för kontraktsrättsliga principer eller handelsbruk och därmed ett slags rättsligt ”alibi”. Se också den diskussion som förts av exempelvis Samuelsson & Iwar, *Construction contracts*, i FIDIC. *An analysis of international construction contracts*. Haag 2005 s. 277 ff.

¹⁷ Se härom exempelvis Ramberg (under medverkan av Herre), *Köplagen*, Stockholm 1995 s. 40 f. och 54 f. och 104 ff.

avtal får inte köplagens regler användas".¹⁸ Vidare tycks det ha blivit vanligare, att även på den svenska marknaden ett FIDIC-formulär eller ett på FIDIC-villkoren utarbetat avtal kommer till användning.

Den senaste versionen av de svenska entreprenadvillkoren utgörs främst av AB 04 och ABT 06, där ABT utgör de villkor som används vid totalentreprenad, dvs. där entreprenören tar på sig de mest omfattande åtagandena. Som nämnts har en liknande uppdelning av motsvarande villkor gjorts i Danmark och Norge, där f.n. AB 92 resp. NS 3401 är de gällande basreglerna. Beträffande internationella entreprenader spelar, som nämnts, FIDIC-villkoren en central roll, även om det i enskilda avtalsrelationer ofta sker tillägg, förtydliganden och kompletteringar i olika avseenden. På motsvarande sätt, som när det gäller de svenska eller de övriga skandinaviska villkoren innefattar de olika FIDIC-villkoren en varierande omfattning av åtagandena.¹⁹

Ett spørsmål som kan aktualiseras vid individuella entreprenader är vilka regler eller principer som kan komma att aktualiseras, ifall det individuella entreprenadavtalet i sin helhet eller på någon punkt skulle visa sig otillräckligt eller parterna i något avseende har olika uppfattningar beträffande avtalets täckning och innebörd.²⁰

Det är i sådana avseenden som frågor uppkommer av ovan nämnt slag: Vad gäller om parterna inte särskilt avtalat om att AB-villkoren (eller motsvarande) ska vara tillämpliga på det enskilda avtalsförhållandet? Finns det entreprenadrättsliga principer som kan tänkas gälla oavsett om hänvisning skett till standardavtalet eller detta på annat sätt gjorts tillämpligt på avtalsförhållandet eller om det enskilda avtalet är så rudimentärt att flera frågeställningar överhuvudtaget inte har fått någon specifik avtalslösning?

¹⁸ Jfr bl.a. Edlund, Boilerplate på svenska, *Svensk Juristtidning* 2001 s. 172 ff, och Gorton, Boilerplateklausuler, *Erhvervsretslig Tidsskrift* 2009 s. 170 ff. särskilt på s. 181.

¹⁹ FIDIC-villkoren har utformats som olika "böcker" med olika färger: den blå boken, den röda boken, silverboken och den mest omfattande, nämligen guldboken, se bl.a. framställningen hos Schmitthoff s. 605 ff.

²⁰ Det bör då noteras, att det inte föreligger någon principiell skillnad mellan entreprenadrättsliga tvister och andra avtalsrättsliga tvister, men att uppmärksamhet i sammanhanget bör fästas vid att entreprenadavtalet kan komma att anses vara av så speciell karaktär, att en särskild tolkning skall tillämpas i sammanhanget. Härvid kan, som nämnts, även förekomma, att särskilda "entreprenadrättsliga principer" utvecklats.

3.2 Några utmärkande drag i entreprenadavtalet

Entreprenadavtalet är en avtalstyp som ofta löper över en avsevärd tidsperiod. Det kan vara frågan om en standardiserad tillverkningsform, men entreprenadavtalet är normalt också baserat på individuella förhållanden. Avtalet är genomgående beroende av ett stort antal delkomponenter som avser design, specifika kvalitetskrav, och krav som följer av byggnormer m.m. Vidare innefattar entreprenaden normalt en fördelning mellan parterna av ett antal risker. Ofta innebär entreprenaden en koordinering av flera olika delmoment, där samordningen av de olika medverkandena och deras olika funktioner i byggnationen är av avgörande betydelse för att byggprojektet ska kunna genomföras i enlighet med avtalsbestämmelserna, både vad avser tid och kvalitet. Det kan vara frågan om arkitekter som ska lämna ritningar, projekteringsfirmor som ska göra olika grundundersökningar, sprängexperter, byggfirmor, elektriker, leverantörer av byggmaterial, kontrollörer och besiktningsmän som i olika avseenden ska medverka med sin specialkompetens. Härutöver krävs en samordning av hur betalningar ska ske, ifall finansiella säkerheter ska lämnas, vilken av parterna som ska försäkra vad osv.

Vem som svarar för de olika delmomenten resp. vem som svarar för samordningen av dem bör framgå av avtalet. I vissa fall ombesörjer byggherren själv samordningen och är den som lämnar uppdrag åt olika entreprenörer. Ibland tar entreprenören på sig en samordningsfunktion och ansvaret för hela byggprojektet innefattande de olika arbetsmomenten. Denna entreprenör är då beroende av olika underentreprenörer och leverantörer för att byggprojektet ska kunna genomföras. Detta medför också en ökande komplexitet i avtalsbildningen. Det krävs olika avtal mellan de olika aktörerna i projektet, det krävs försäkringar på olika nivåer osv.²¹

Givetvis kräver entreprenadavtalet ett antal lösningar, som är speciella och kanske avviker från dem som gäller enligt köprätten. Dock motsvarar de rättsliga spörsmål som förekommer ofta dem som är aktuella i samband med köp. Det kan vara fråga om resp. parts rätt till hävning, som ofta inom entreprenadrätten är betydligt inskränkt jämfört med vad som följer av köplagens bestämmelser.²² Det kan vara frågan om regler om ersättning, som i entrepre-

²¹ Som framgår av Wikanders framställning s. 50 ff. diskuterades vid arbetet på köplagen av 1905 vad som skulle innefattas i köp och avgränsningen mot arbetsavtal.

²² Det ska dock inskjutas, att hävningsmöjligheten i många standardformulär avseende köp är inskränkt jämfört med den hävningsrätt som följer av köplagen.

nadavtalet åtminstone i vissa avseenden är baserat på vitesbestämmelser i olika avseenden snarare än skadestånd, men det kan också förekomma ansvarsbegränsningar av olika slag.²³ Normalt innehåller entreprenadavtalet särskilda bestämmelser där avtalsföremålet har beskrivits tämligen ingående, där kvalitetskrav och olika specifikationer kanske är ännu noggrannare utformade än i många köpavtal, entreprenadavtalet bygger på en successiv undersökningsplikt och en skyldighet för båda parter att medverka i byggprocessen. I vissa fall påtar sig eller förbehåller sig byggherren rätten att själv leverera viss utrustning, något som kan orsaka olika problem, leveransen av entreprenadföremålet är ofta förknippad med samarbete beträffande installation och funktion osv. Entreprenadavtalet ger ofta uttryck för en större grad av samordning mellan parterna än den adversiella avtalsprocedur som avtalsrätten traditionellt ansetts bygga på (mer dock common law-systemet än det kontinentalrättsliga systemet).

Det är vanligt, att tvister under entreprenadavtal jämlikt villkoren ska hänskjutas till skiljedom.²⁴ Detta är f.ö. också en punkt där entreprenadavtalet inte väsentligt skiljer sig från flera kommersiella avtal. Det är dock osannolikt, att skiljedomstol skulle anses utgöra rätt forum i sådana fall, där entreprenadförhållandet inte bygger på villkor som innehåller en sådan bestämmelse eller det åtminstone finns en hänvisning till skiljedom som medel för tvistelösning.

Det är närmast sådana särdrag i entreprenadavtalet, som gör att frågan kan ställas hur speciellt entreprenadavtalet är, och hur långt och i vilka avseenden det kan (bör?) behandlas på ett särskilt sätt jämfört med andra avtalstyper. Härvid bör också hållas i minnet, att jag här inte diskuterar entreprenadavtalet i sin helhet utan främst berör vissa speciella lösningar som ofta återfinns i entreprenadavtalet.²⁵

²³ Återigen kan dock pekas på olika köprättsliga formulär där åtminstone i vissa avseenden avtalet utgår från vitesersättning snarare än skadestånd. Se i nyare svensk doktrin exempelvis Gorton & Samuelsson, Kontraktuella viten, i Studier i rättsekonomi. Festskrift till Ingemar Ståhl, Lund 2005 s. 75 ff.

²⁴ Dock finns en inte helt obetydlig rättspraxis från allmänna domstolar. Denna rättspraxis behandlar olika typer av tvister innefattande bl.a. AB-villkorens rättsliga natur och användningsområde.

²⁵ Det är uppenbart, att entreprenadavtalet är ett så sammansatt avtal, att det skulle kunna utgöra ett Schlaraffenland för den som ägnar sig åt begreppsjurisprudens, en diskussion som då och då aktualiserats i olika juridiska framställningar.

3.3 Entreprenadavtalet och doktrinen

Några få ord ska i sammanhanget nämnas om den skandinaviska, entreprenadrättsliga doktrinen. Några av de mest framträdande verken ska därvid nämnas. Jag bortser då från de kommentarer till villkoren och handböcker som utgivits.

Inledningsvis kan sägas, att den svenska juridiska doktrinen efter Wikanders bok, när det gäller entreprenadavtalet, är tämligen mager jämfört med förhållandena i dansk och norsk rätt. I norsk rätt utgör Sandviks arbeten inte minst hans *Entreprenørrisikoen*, Oslo 1966 ett viktigt arbete i skandinavisk entreprenadrättslig doktrin. Vidare har entreprenadrättsliga frågor behandlats av Barbo, *Kontraktssomlegging i entrepriseforhold*. Om håndtering av endringer og endrede forhold i kontraktspaxis, Oslo 1997.

I dansk rätt kan nämnas Hørlyck, *Entreprise & licitation*. Almindelige betingelser for arbejder og leveranser i bygge- og anlægsvirksomhed of licitationsloven med kommentar, København 1998, Johansen, *Byggherrens ændringsret*, København 1999 och Vagner, *Entrepriseret*, 4 uppl. København 2003 (av T. Iversen). Särskilt Johansens arbete om *Byggherrens ændringsret* har betydelse i nu aktuellt sammanhang.

I svensk rätt bör, som nämnts, särskilt Wikanders på sin tid banbrytande och ovan nämnda arbete om *Arbetsbetinget* nämnas. Wikander sätter i sin framställning in arbetsbetinget i ett historiskt obligationsrättsligt perspektiv och behandlar där också entreprenadavtalet med utgångspunkt från då gällande regler. Senare har entreprenadavtalet behandlats bl.a. av Bengtsson, *Särskilda avtalstyper I*, 2 uppl. Stockholm 1977 s. 103 ff. och Hellner, Hager & Persson, *Speciell avtalsrätt II. Kontraktsrätt. Första häftet. Särskilda avtal*, 5 uppl. Stockholm 2010 s. 135 ff., och Samuelsson & Iwar, *Construction contracts under Swedish law*, publicerad i *FIDIC. An analysis of international construction contracts*, The Hague 2005 s. 277 ff. (ed. R. Knutson). Under hösten 2011 har utkommit Samuelsson, *Entreprenadavtal. Särskilt om ändrade förhållanden*, Stockholm.

Det finns härutöver ett antal artiklar avseende olika entreprenadrättsliga problem.

4. Kontraktsrättsliga principer och handelsbruk

4.1 Några utgångspunkter

I rättspraxis och i doktrin återfinns uttalanden om, att domstolen i enskilda fall i sin bedömning av en tvist fallit tillbaka på allmänna obligationsrättsliga principer, allmänna kontraktsrättsliga grundsatser, transporträttsliga, entreprenadrättsliga eller skadeståndsrättsliga principer osv. Vad som mera specifikt innefattas i sådana grundsatser är inte lätt att på förhand med säkerhet

uttala sig om,²⁶ men de utgör en grund för domstolar att skapa eller komplettera med en regel, där någon sådan inte finns i lagstiftning, rättspraxis etc. Det är inte heller lätt att med någon grad av precision uttala sig om hur sådana principer tillskapas.²⁷ Vidare finns ett antal rättsfall, där handelsbruk åberopats och där domstolen funnit att ett visst handelsbruk råder, oftast i samklang med ett uttalande från någon organisation (handelskammare eller branschorganisation). En fråga kan vara hur en domstol kan komma fram till att ett visst handelsbruk råder.²⁸

Det är frågan om rättsbildningar av olika slag med olika bakgrunder men ändå vissa gemensamma drag.²⁹ Grunden för dem skiftar, och det kan finnas anledning att försöka identifiera skillnader och likheter mellan de olika företeelserna. Det finns nämligen situationer då i det enskilda fallet det inte är alldeles klart hur domstolen gått tillväga i sin argumentering och nått ett resultat baserat på den ena eller den andra företeelsen.

4.2 Entreprenadavtalet och kontraktsrätten

I avsaknad av särskild lagstiftning kan frågan uppkomma vilka regler som gäller i de fall där det aktuella entreprenadavtalet i något avseende behöver kompletteras för att kunna tillämpas. Finns det några parametrar i entreprenadavtalet, som kan anses utgöra allmänna entreprenadrättsliga principer som gäller ifall det individuella avtalet saknar en lösning och inte innehåller någon hänvisning till AB-villkoren? Finns det några särskilda naturalia negotii hänförliga till entreprenadavtalet?

²⁶ Se exempelvis Grönfors, *Allmän transporträtt* 3 uppl. Stockholm 1974 s. 37–39, där handelsbruk, kutymer och allmänna rättsgrundsatser diskuteras och förf. tillägger: ”Ej sällan fyller nog dylika hänvisningar till” allmänna regler” eller ”principer” närmast funktionen att legitimera en lösning, för vilken man ansett sig inte finna rättsligt stöd på annat sätt.”

²⁷ Kan de anses uppkomma därigenom att vissa bestämmelser som regelmässigt förekommer i standardavtal anses upphöja dessa till särskilda principer? Denna fråga belyses f.ö. i NJA 1998 s. 448 och NJA 1999 s. 629.

²⁸ Domstol kan själv besluta sig för att inhämta upplysningar om huruvida ett visst handelsbruk råder, men ofta sker detta sedan part åberopat (påstått) ett handelsbruk. Se bland många andra exempel NJA 1972 s. 1, NJA 1990 s. 591, NJA 1995 s. 693 och NJA 2002 s. 244.

²⁹ Så brukar åtskillnad göras mellan sedvanerätt (domstolspraxis) – som i grunden är en annan fågel – handelsbruk och sedvänja, allmänna eller speciella principer och partsbruk. De ska också ses mot bakgrund av dispositiv lagstiftning. Frågan om partsbruk lämnas i huvudsak utanför förevarande framställning.

Som påpekats ovan kan köplagen analogt användas i samband med entreprenader, men det är inte givet att dess lösningar i alla avseenden är de mest lämpliga vid entreprenadrättsliga tvister. 1905 års köplag ansågs som bekant kunna användas som uttryck för allmänna obligationsrättsliga principer.³⁰ Nu gällande köplag, som i stora drag är baserad på den internationella köplagskonventionen CISG anses inte lika självklart ge uttryck för allmänna obligationsrättsliga principer.³¹ Å andra sidan är de lösningar som återfinns i CISG i många fall tämligen lika dem som återfinns i exempelvis PICC och PECL, varför skillnaden egentligen kanske inte är särskilt stor.

En viss kvalificering måste emellertid också göras, när det gäller olika prestationer i entreprenadavtalet. Entreprenadavtalet detaljreglerar främst (om än inte uteslutande) entreprenörens kontraktuella åtaganden. När det gäller byggherrens skyldigheter är dessa ofta inte reglerade i samma grad som entreprenörens. Byggherrens skyldighet är ofta främst att betala det överenskomna priset i enlighet med avtalets bestämmelser, men han kan även ha andra skyldigheter. En sådan är att byggherren ska övervaka och följa byggprocessen, delta i byggmöten osv. Dessa skyldigheter är ofta reglerade tämligen noggrant och mer utbyggda än köparens undersökningsskyldighet och skyldighet att ta emot godset.³² När det gäller andra skyldigheter på byggherrens sida är situationen ofta mindre klar. Byggherrens skyldighet att tillhandahålla vissa tjänster eller visst material kan ha inverkan på avtalsförhållandet.

Om byggherren är i dröjsmål med betalningen så innehåller entreprenadavtalet ofta inte några särskilda bestämmelser utöver att avtalet anger hur och när betalningen ska ske. Effekterna av dröjsmål kan därför komma att bli bedömda enligt andra allmänt tillämpliga bestämmelser, fr.a. reglerna om dröjsmålsränta. Vilka åtgärder kan i övrigt tänkas stå till entreprenörens förfogande vid försenad eller utebliven betalning? När har entreprenören hävningsrätt? Kan entreprenören vägra fortsätta arbetet om en betalning uteblir?³³ När det gäller byggherrens ev. förpliktelse att själv bidra med vissa leveranser av material, specialtjänster etc. är denna delförpliktelse kanske inte detaljreglerad i avtalet, utan de konsekvenser som då kan upp komma till följd av byggherrens dröjsmål får lösas separat, inte osannolikt enligt

³⁰ Det är också viktigt att hålla i minnet att obligationsrätten genomgått fundamentala förskjutningar genom tillkomsten av ett stort antal specifika konsumenträttsliga lösningar, som medfört förskjutningar när det gäller det obligationsrättsliga perspektivet.

³¹ Se exempelvis diskussionen hos Ramberg (under medverkan av Herre), Köplagen s. 45.

³² Se exempelvis kap. 3 AB 04 ang. organisation.

³³ Denna fråga omhandlas i kap. 8. § 3 i AB 04.

köprättsliga regler men ev. i kombination med andra principer. Detta innebär, att om byggherren är i dröjsmål med betalning eller med vissa speciella åtaganden, allmänna eller speciella kontrakts- eller obligationsrättsliga principer kan komma att aktualiseras, eftersom dessa åtaganden endast i mindre grad särskilt regleras i avtalet.³⁴

Vid en bedömning av entreprenadavtalet kan det därmed vara nödvändigt att göra en åtskillnad mellan olika åtaganden, när det gäller bedömningen i förhållande till parternas skyldigheter enligt entreprenadavtalet i ljuset av allmänna kontrakts- eller obligationsrättsliga principer.

4.3 ”På detta avtal gäller inte köplagen”

Den rubricerade skrivningen som emellanåt förekommer i bl.a. entreprenadavtal³⁵ kan föranleda spørsmålet hur en domstol/skiljedomstol ska agera, om avtalet innehåller en sådan bestämmelse men samtidigt inte ger tillräcklig ledning för att en tvistig fråga ska kunna lösas. Vad betyder bestämmelsen i ett sådant fall? Om inte köplagens regler kan användas kan då i stället på köplagen grundade regler användas? Här kan olika principer ställas mot varandra.

Idén bakom klausulen är, att köplagens dispositiva regler inte ska komma till användning som bakgrund för och komplettering av avtalet vid tolkning. Det kan vara frågan om att parterna avser att utesluta bestämmelserna om kontraktsbrott och konsekvenserna därav. Klausulen har också ett syskon i de s.k. integrationsklausulerna, som dock tar mera sikte på att förklara, att avtalet ska ses som fullständigt.³⁶ Det är dock inte troligt, att klausulen når sitt syfte (ena partens syfte?), om den inte på något sätt kompletteras och preciseras. Med den nämnda skrivningen är det osannolikt, att en domstol skulle anse sig förhindrad att åtminstone analogivis använda obligationsrättsliga principer som är snarlika köplagens, om det inte går att finna en lösning på den tvistiga frågan i avtalet.

Frågan kan dock bli satt mera på sin spets om klausulen går längre i precision och klargörande, och identifiera de olika förhållanden som inte ska beaktas. Även i en sådan situation tvingas en domstol, ifall avtalet inte kan ges

³⁴ Se exempelvis Vagner, *Entrepriseret*, 4 uppl. (av T. Iversen), København 2005 s. 151.

³⁵ Detta är en klausultyp som förekommer i M & A-avtal och som ibland har en motsvarighet i konsortialavtal, där parterna ibland försöker skriva bort användningen av Handelsbolagslagen.

³⁶ Se exempelvis Gorton, *Merger clauses in business contracts*. Festskrift till Lars Heuman, Stockholm 2008 s. 181 ff.

en mening med utgångspunkt från avtalstexten, använda principer motsvarande köplagens som utfyllnad eller någon annan förutsättning som kan tolkas in för att avtalet ska kunna tillämpas. Svenska domstolar har, som bekant, dessutom ofta en mindre formalistisk inställning till avtalstexten.³⁷

Domstolen kan dock i en sådan situation ställas inför nödvändigheten att göra en balans mellan olika faktorer, där till följd av avtalsfriheten hänsyn måste tas till avtalsparternas rätt att själva bestämma över avtalsinnehållet, åtminstone inom vissa gränser. Domstolen har emellertid även skyldighet att i dispositiva tvistemål ta hänsyn till parternas argument och hur de disponerar över tvisteföremålet.

I relationen mellan dispositiv lagstiftning och avtalsinnehåll kan då olika situationer aktualiseras. Vad händer om lagstiftning utesluter att den gäller för entreprenadavtal? Kan den då användas analogt? Är det entreprenadrättsliga systemet ett så slutet system, att andra (kanske närliggande) kontraktsrättsliga lösningar därmed skulle vara uteslutna från användning.

I en sådan situation kan en kollision uppkomma mellan olika juridiska principer, där det dock ankommer på domstolen att i en balans vaska fram hur den enskilda tvisten ska bedömas m.h.t. till de olika parametrarna. I det perspektivet är det uppenbart, att en domstol i anslutning till en klausul av det rubricerade slaget kan ta hänsyn till vad parterna kommit överens om samtidigt som man på basis av kontraktsrättsliga principer kan finna ledning i allmänna eller särskilda kontraktsrättsliga principer.

4.4 Entreprenadavtalet och handelsbruk

Det är som ovan nämnts inte alltid lätta att göra åtskillnad mellan "handelsbruk" och standardavtal i form av handelsbruk (ibland åberopas ett standardavtal som handelsbruk). Det förekommer som bekant hänvisning till handelsbruk i flera lagar i svensk rätt, där enligt lagen de dispositiva reglerna viker för handelsbruk, se exempelvis Avtalslagen § 1 st. 2, Köplagen § 3 och Kommissionslagen § 2 st. 3. I PICC återfinns i art. 1.9 (2) följande bestämmelse i frågan:

³⁷ Det finns i svensk domstolspraxis inte många avgöranden när det gäller dessa frågor, men vissa fall har rapporterats bl.a. av Sjöman, Integrationsklausulen och dispositiv rätt, JT 2002–03 s. 935 ff. resp. Ett rättsfall om integrationsklausuler, SvJT 2008 s. 571 ff. Här ges en belysning av frågorna.

”The parties are bound by a usage that is widely known to and regularly observed in international trade by parties in the particular trade concerned except where the application would be unreasonable.”³⁸

Med avseende på handelsbruk i samband med entreprenadavtal kan främst två frågeställningar komma att aktualiseras.³⁹ Den första frågan gäller naturligtvis, vad som kan innefattas i ett handelsbruk, avtalsvillkor, hela, ofta förekommande standardavtal, speciella bruk eller annat. Det ankommer, som bekant, på domstol att ta ställning till huruvida ett handelsbruk föreligger, men den utredning som vanligen ligger bakom domstolens uppfattning emanerar ofta från olika typer av responsverksamhet.

Vidare aktualiseras frågan, huruvida de på en marknad ofta använda standardvillkoren kan anses ha nått styrka av generellt handelsbruk på denna marknad. En annan fråga rör huruvida enskilda avtalslösningar som normalt brukar återfinnas i dessa formulärbestämmelser kan anses utgöra handelsbruk resp. om vissa bruk som inte kommit till uttryck i avtalsbestämmelser är att se som handelsbruk. Här kan då konstateras, att AB-villkoren på den svenska marknaden är dominerande men inte enarådande. De ligger till grund för flera entreprenader, där olika parter är inblandade. Det finns emellertid vad jag vet inga andra svenska standardformulär avsedda för entreprenader om man inte räknar in de olika FIDIC-villkoren.

I svensk rätt har Karlgren i *Kutym och rättsregel mot bakgrund av den studie han gjorde med avseende på Handelskamrarnas responsverksamhet* hävdad, att det är olämpligt att dipositiv rätt kan sättas åt sidan till förmån

³⁸ Noteras kan att läsaren möter olika termer, som ”commercial practice”, ”commercial custom”, ”local usage” etc. Vidare bör observeras, att regelskaparna gjort undantag för oskäliga handelsbruk. Den diskussionen har också förekommit i svensk rätt huruvida 36 § AvtL kan användas för att sätta åt sidan ett handelsbruk.

Motsvarande bestämmelse i PECL, art. 2:204 är mindre lyhörd för handelsbruk och bär drag av nyare regler i tysk rätt med avseende på standardavtal: ”(1) Contracts terms which have not been individually negotiated may be invoked against a party which did not know of them, only if the party invoking them took reasonable steps to bring them to the other party’s attention before or when the contract was concluded. (2) Terms are not brought appropriately to a party’s attention by a mere reference to them in a contract document, even if that party signs the document.”

Därmed har, såvitt jag kan förstå, en del av idén bakom handelsbruket som del i rättsbildningsprocessen gått förlorad.

³⁹ Se en allmän diskussion hos Bernitz, *Standardavtalsrätt*, 7 uppl. Stockholm 2008 fr.a. s. 54 ff.

för tillämpningen av handelsbruk eller sedvänja.⁴⁰ Grönfors⁴¹ och Hellner⁴² har också en något reserverad attityd till handelsbruk i förhållande till dispositiv rätt, och hos Hellner, Persson & Hager uttalas med hänvisning till NJA 1985 s. 397 II: ”AB 04 kan inte tillerkännas ställning vare sig som en samling allmänna rättsgrundsatser eller som handelsbruk som uttränger dispositiva lagregler.”⁴³ Med hänvisning till RH 2001:77 (”kan ändå tjäna som viss vägledning för bedömningen”) diskuteras om AB 04 kan anses tillämpliga trots att de inte är avtalsade, eller om någon annan princip för arbete på annans egendom ska användas.

Ramberg & Ramberg synes ge uttryck för en större förståelse för att låta handelsbruk slå genom.⁴⁴

Jag delar personligen den något större förståelse som Ramberg & Ramberg har beträffande betydelsen av standardavtal och handelsbruk inte minst med tanke på att vissa standardavtal har betydande genomslagskraft. Entreprenadbranschen är också en speciell bransch, där de aktiva parterna kan antas vara väl förtrogna med vad som gäller. Samtidigt kan förhållandena av andra skäl visa sig vara speciella m.h.t. enskilda omständigheter, exempelvis om villkoren är framtagna av ena parten, om de kan anses vara särskilt ensidiga eller rentav stötande. Jag vill dock här också peka på ett annat förhållande nämligen det, att såväl köplagen som de befракtningsrättsliga reglerna i Sjölagens befракtningskapitel i vissa avseenden har påverkats av vid tillfället gällande kontraktslösningar. Det vore då, enligt min mening, märkligt om man kategoriskt kom till den slutsatsen att standardavtal med bred användning aldrig skulle kunna anses ge uttryck för etablerade handelsbruk eller allmänt gällande kontraktsrättsliga principer.

Rättsfallet NJA 1985 s. 397 II ger uttryck för att svensk domstol är försiktig med att tillåta som handelsbruk eller se som en allmän princip en ansvarsfriskrivningsklausul som återfinns i ett standardavtal (AB-villkoren) som inte är omedelbart tillämpligt på avtalsförhållandet. Detta behöver dock inte innebära, att detta spörsmål därmed är utagerat, eftersom i avsaknad av en avtalslösning i något avseende frågan skulle kunna uppkomma huruvida det

⁴⁰ Lund 1960.

⁴¹ Allmän transporträtt s. 39.

⁴² Köprätt, 3 uppl. Stockholm 1967 s. 35 f.

⁴³ Speciell avtalsrätt II. Kontraktsrätt. Första häftet. Särskilda avtal, 5 uppl. Stockholm 2010 s. 139.

⁴⁴ Ramberg & Ramberg, Allmän avtalsrätt, 8 uppl. Stockholm 2010 s. 27 och kap. 9.

ändå skulle anses ligga närmare till hands att använda en lösning hämtad från AB-villkoren än från en allmänt kontraktsrättslig sfär.

Det är dock mindre sannolikt, att en svensk domstol skulle betrakta AB 04 i sin helhet som handelsbruk eller som uttryck för allmänna rättsgrundsatser. Det är vanskligt att försöka generellt bestämma vilka avtalslösningar i ett entreprenadavtal som skulle kunna ses som uttryck för handelsbruk, men naturligtvis kan här graden av frekvens vara av betydelse.

Mot bakgrund av de synpunkter som framkommit i doktrinen, den osäkra rättspraxisen, det förhållandet att AB-villkoren visserligen fortfarande är dominerande men inte allena rådande, är det tveksamt om villkoren skulle kunna betraktas som handelsbruk. Det finns däremot enskilda lösningar i AB-villkoren som skulle kunna anses ha status som handelsbruk (är det villkoren som skapat handelsbruket eller är det handelsbruket som skapat bestämmelsen i villkoren?) eller ev. kunna anses utgöra speciellt utvecklade och tillämpbara rättsgrundsatser.

5. Exempel på kontraktuella lösningar, som förekommer ofta eller relativt ofta i entreprenadavtal

5.1 Allmänt

Jag ska nedan översiktligt undersöka några kontraktuella lösningar, som ofta förekommer i entreprenadavtalet, för att se i vilka avseenden de skulle kunna ses som kontraktsrättsliga principer, antingen det är frågan om allmänna principer eller särskilda entreprenadrättsliga grundsatser. Det är emellertid samtidigt frågan om att något undersöka huruvida vissa lösningar avviker från dem som man normalt skulle använda om man använde köpet som avtalstyp för analogisering. I vilken mån finns det då utrymme för att påstå, att entreprenadavtalet har en så speciell karaktär, att det är baserat på eller har skapat ”egna kontraktsrättsliga principer”? Kan i så fall några av dessa rentav ses som uttryck för allmänna obligationsrättsliga eller särskilda kontraktsrättsliga principer? Hur kan då skiljelinjen dras mot handelsbruk eller sedvänja? Därmed är vi då tillbaka till frågan huruvida AB-avtalet kan anses utgöra handelsbruk.

Det är möjligt, att frågorna, ställda på det detta sätt, får väl generell karaktär och för att kunna hanteras måste diskuteras var för sig i anslutning till en individuell situation. Spörsmålet bör också kompletteras med frågan hur

långt hänsyn ska tas till en av parterna överenskommen, uttrycklig avtalsbestämmelse, att köplagens regler inte ska vara tillämpliga på avtalet.

Det är, som nämnts fråga om en översiktlig diskussion av dessa frågor. De spörsmål, som jag då närmast ska beröra, knyter an till frågan om priset, ändringsarbeten, hävningsrätt och kontraktuella viten.

Det finns självklart ett stort antal andra frågor som skulle kunna beröras, men med tanke på uppsatsens karaktär inskränker jag mig till de berörda frågeställningarna och även detta mycket översiktligt närmast som en illustration till det övergripande spörsmålet.

5.2 Pris och betalning

Det är egentligen två närliggande frågeställningar, som aktualiseras i rubricerade sammanhang, dels frågan vad som ska gälla om inget pris avtalats, dels frågan om hur den situationen ska behandlas då parterna är oeniga om fast eller rörligt pris avtalats.

Om pris för en vara inte avtalats följer enligt 45 § i köplagen, att säljaren är berättigad att begära ett skäligt pris m.h.t. omständigheterna, däri innefattande vad som är gängse pris för varan vid tillfället för köpet. Alternativet till ett sådan betraktelsesätt skulle kunna vara, att avtalet inte är bindande med mindre parterna enats om priset. Ett sådant synsätt skulle dock idag närmast vara i strid med den i detta avseende förhärskande obligationsrättsliga principen.

Priset för en vara eller en prestation kan bestämmas på olika sätt, antingen i form av ett fast pris, ett pris som är baserat på aktuella marknadsförhållanden eller ett pris som kan förändras beroende på vissa förhållanden.⁴⁵ Vid entreprenadavtal görs ofta en åtskillnad mellan fastpriskontrakt och avtal med rörligt pris.

Vid köp är normalt priset fixerat i avtalet,⁴⁶ medan det exempelvis vid entreprenadavtal kan röra sig om fast eller rörligt pris. Som bekant utgår köplagen från att om priset inte bestämts anses säljaren berättigad till ett pris som

⁴⁵ Se bl.a. Runesson, *Rekonstruktion av ofullständiga avtal*, Stockholm 1996. Såväl PICC art. 6.2.1–6.2.3 som PECL art. 6:111 (Changed circumstances) har tagit viss höjd för denna typ av frågeställningar.

⁴⁶ Det finns dock ett stort antal avvikelser från denna utgångspunkt, där priset kan vara bestämt per en viss enhet (exempelvis kg) eller där priset vid längre avtal ska kunna ändras beroende på kostnadsförhållanden osv.

inte är oskäligt (§ 45). Kan en sådan bestämmelse användas direkt eller genom analogi på ett entreprenadavtal?⁴⁷

Frågan föranleder bevisspörsmål, och det är närmast på den punkten som den nu diskuterade frågan har aktualiserats. Detta spörsmål har varit uppe till bedömning i några rättsfall under senare år. Den bedömning, som då gjordes av HD får anses utgöra en princip för kontraktsrätten, inte bara köprätten. Från den tidigare i NJA 1951 s. 1 (avseende entreprenad) genom ett prejudikat fastlagda principen om att det är säljarsidan som har bevisbördan när det gäller priset kom HD i ett nytt prejudikatfall NJA 2001 s. 177 (också avseende entreprenad) fram till att bevisbördan för påstående om priset ska ligga på den som framför påstående.

På denna punkt skulle en domstol uppenbarligen falla tillbaka på en obligationsrättslig princip, som har sin grund i köplagen.

5.3 Hävningsrätt

Ett annat exempel kan utgöras av hävningsrätt. Kap. 8 i AB 04 innehåller i 1 § en tämligen specificerad bestämmelse avseende möjligheten för beställaren att häva entreprenadavtalet ”såvitt avser återstående arbeten”. 2 § innehåller en motsvarande bestämmelse om entreprenörens rätt att häva. Generellt kan sägas, att villkoren är väsentligt mer specificerade när det gäller hävningsrekvisiten och ger uttryck för en större inskränkning i rätten att häva entreprenadavtalet än vad köplagen ger uttryck för beträffande köp.

I hävningskapitlet ges också bestämmelser om entreprenörens rätt att i st.f. hävning avbryta pågående arbeten i avvaktan på att beställaren rättar till vissa förhållanden. Kapitlet innehåller också detaljerade regler om hur parterna ska gå tillväga i samband med hävning, vad avser värdering av den utförda delen av entreprenaden, ersättning för kostnadsökning, övertagande av entreprenaden etc., dvs regler som är specifika för entreprenadavtalet. Som framgår av en diskussion i JT⁴⁸ är alla som arbetar med AB-villkoren inte eniga beträffande villkorens omfattning. Medan Söderlund och Schönberg ger uttryck för att AB-villkoren är uttömmande anser Ossmer (f.ö. med en hänvisning till Motiv AB 72), att det finns omständigheter där de måste

⁴⁷ Praktiskt måste väl erkännas, att skillnaden mellan direkt tillämpning och tillämpning genom analogi inte förefaller vara särskilt stor. Men frågan kan aktualiseras i de fall där entreprenadavtalet föreskriver att ”på detta avtal är inte köplagen tillämplig”.

⁴⁸ JT 2009–10 s. 223 ff. (Ersättningsrätt vid hävning av Söderlund och Schönberg) och JT 2009–10 s. 996 f. (Hävning av entreprenad – några kommentarer av Ossmer).

kompletteras med ”allmänna obligationsrättsliga principer”. Jag delar Ossmers uppfattning och inte bara med avseende på hävnings- och ersättningsfrågor.

Ska dessa regler då kunna ses som allmänna principer för entreprenadavtal eller som ett slags handelsbruk?

Detta är måhända en punkt där en domstol i valet mellan att falla tillbaka på den köprättsliga bestämmelsen i en individuell situation faller tillbaka på en ”entreprenadrättslig princip”, vars precisa innebörd dock inte är lätt att fastställa generellt.

5.4 Byggmöten och besiktning

Som nämnts präglas entreprenadavtalet bl.a. av visst samarbete mellan parterna. Detta är en följd av entreprenadavtalets struktur, och AB 04 innehåller i kap. 3 bestämmelser om organisation och i kap. 7 bestämmelser om besiktning, som förekommer i olika skeden av entreprenadarbetena.

Organiserandet av en särskild ordning för hur parterna ska agera och samverka under avtalstiden måste betraktas som en specialitet för entreprenadavtalet, som därmed kan sägas utmärkas mindre av en adversiell avtalsprocedur är många andra kommersiella avtal. Man kan antagligen t.o.m. uttrycka saken så, att denna struktur är en förutsättning för att entreprenadarbetet ska kunna genomföras på ett för båda parter optimalt sätt.

Köplagen saknar i stora delar uttryck för en liknande utformning, även om det genom särskilda köprättsliga eller obligationsrättsliga bestämmelser kan åvila köparen vissa skyldigheter för att minska risken att han ska kunna sabotera köpavtalets genomförande.⁴⁹ Även vid entreprenadavtal är det givet att en situation kan uppstå, där ena parten av ekonomiska skäl vill försöka undvika effekterna av avtalet och då också tredska vid genomförandet. I entreprenadavtalet har m.a.o. en viss mekanism byggts in i avtalet för att möjliggöra en gemensam ram för parternas genomförande av avtalet. På denna punkt har köprättsliga regler knappast något att erbjuda som tolkningsgrundval, ifall entreprenadavtalet inte skulle innehålla några klagörande bestämmelser.

Skulle man då i avsaknad av sådana bestämmelser i ett entreprenadavtal våga säga, att en liknande uppläggning kan antas finnas till följd av allmänna entreprenadrättsliga principer eller möjligen ett handelsbruk? Även om det

⁴⁹ Ev. skulle man härvid kunna falla tillbaka på en på lojalitetsplikt grundad rättighet, något som dock kan förefalla onödigt.

rör sig om en mindre entreprenad kan det antagligen i vissa avseenden finnas behov av någon slags princip av ett sådant slag. Hur exakt en sådan princip kan antas se ut går knappast att generellt uttala sig om, men detta är ett område, där det är sannolikt, att en domstol i ett enskilt fall skulle kunna falla tillbaka på särskilda entreprenadrättsliga principer eller ev. kunna få hjälp att utvärdera ett handelsbruk

5.5 Ändrings- och tillägsarbeten (ÄTA)

Vanligen är parterna i ett köpavtal bundna av bestämmelserna i avtalet som de fixerats, och vid sidan av force majeurebestämmelser, hardshipbestämmelser eller liknande kan de normalt inte kräva förändringar av avtalet. Vid entreprenadavtal är situationen ofta en annan.

Kap. 2 i AB 04 innehåller bestämmelser om utförande av entreprenaden. I §§ 2:3, 2:4 och 2:5 är utgångspunkten, att entreprenören har skyldighet att utföra ändringsarbeten och tillägsarbeten ("som står i omedelbart samband med kontraktsarbetena och som inte är av väsentligt annorlunda natur än dessa").⁵⁰ Här återfinns också en bestämmelse i 2:8 om "likställda arbeten". Även i andra delar av AB 04 återfinns bestämmelser som återkopplar till ÄTA.

Vidare finns i AB 04 en regel som, såvitt jag förstår är av tämligen speciell för entreprenadrätten, nämligen en rätt för byggherren att enligt 4:6 mot särskild ersättning, begära att entreprenören forcerar arbetena, om detta kan ske "utan väsentlig olägenhet" för denne.⁵¹

Även dessa bestämmelser återspeglar entreprenadavtalets speciella karaktär med ett behov av samverkan mellan parterna för att ett tillfredsställande slutresultat ska uppnås. Någon motsvarighet finns vanligen inte i köpavtal med mindre avtalet innehåller en särskild klausul med den effekten. Köpavtal kan visserligen innefatta särskilda bestämmelser om att köpet innefattar montage, något som kan medföra motsvarande konsekvenser, men i sådana fall närmar sig köpavtalet ett entreprenadavtal.

Frågan kan ställas, huruvida byggherren, i den mån bestämmelser om ÄTA skulle saknas i avtalet, ändå skulle anses ha rätt att begära sådana till-

⁵⁰ Jfr § 14 i de danska AB-villkoren: "Byggherren kan forlange ændringer i arbejdets art og omfang, når ændringen har naturligt sammenheng med de aftalte ydelser."

⁵¹ Detta är en punkt, där man skulle kunna se en parallell till avtal om resebefraktning, där dock befraktaren vanligen inte tillerkänns en sådan rätt, varken i lag, avtal eller handelsbruk.

läggs- och ändringsarbeten, åtminstone inom rimliga ramar. En sådan rätt finns knappast beträffande köpavtal med mindre avtalet innehåller en tydlig bestämmelse med det innehållet.

Det spørsmål, som här aktualiseras, gäller m.a.o., om detta ska ses som en princip som kan anses gälla oavsett om den kommit till uttryck i avtalet eller inte. Kan m.a.o. frågan om ändringsarbeten och tillägsarbeten anses utgöra en så fundamental del i entreprenadavtalet att den har allmän giltighet.

I dansk doktrin förespråkar Johansen, att det är en allmän princip, att entreprenadavtalet baseras på en rätt för byggherren att begära vissa ändringar under byggperioden.⁵² En sådan rätt kan förefalla bestickande, under förutsättning att byggherren då betalar den extra kostnad som uppkommer. Om detta skulle vara riktigt uppkommer dock frågan hur långt en sådan rätt sträcker sig. Sträcker den sig lika långt som avtalet, är den mera begränsad eller rentav längre gående? Hur ska en sådan rätt behandlas m.h.t. omfattning, kostnad och tidsåtgång? Sannolikt kan rätten inte tillåtas att medföra vilken tidsutdräkt som helst, eftersom entreprenören kan ha andra engagemang och därför måste kunna avsluta den pågående entreprenaden för att ägna sig åt det nya projektet. Ett sådant resonemang leder då till, att om en sådan ändringsrätt finns även utan särskilt avtal, så innebär den inte någon *carte blanche* för byggherren att kräva vilka ändringar som helst. Det uppkommer m.a.o. ett krav på domstolen att i båda fallen tolka bestämmelsernas/principernas räckvidd, där hänsyn måste tas till såväl tid som kostnad.

5.6 Ersättning och vite. Ansvar och avhjälpande

Medan köplagen som bekant erbjuder olika lösningar i händelse av kontraktsbrott har entreprenadavtalet vanligen en speciell lösning beträffande ansvar, ersättning och avhjälpande. Regler härom återfinns i fjärde och femte kapitlen i AB 04. Entreprenadavtalet bygger som nämnts tidigare på att det krävs ett visst mått av samarbete mellan parterna. Entreprenaden innefattar vidare ofta att föremålet är tämligen specifikt för byggherren.⁵³ Rätt och plikt till avhjälpande av fel är därför en normal konsekvens vid avvikelser från kvalitetskrav o.dyl. snarare än en rätt till hävning. Härtill kommer också en rätt

⁵² Johansen, Byggherrens ändringsrätt i kap. 4 där han diskuterar frågan om "entrepriselig baggrundsret" och där talar om "ändringsretten som baggrundsret" resp. "ändringsretten som kutyme".

⁵³ Givetvis är det skillnad mellan en byggnation avsedd för ett speciellt ändamål (fabriksbyggnad, sjukhus osv.) och ett hyreshus för bostadsändamål.

till ersättning som dock i vissa avseenden är ersatt med kontraktuell vite.⁵⁴ Det vitesbelopp som ska utgå ska särskilt överenskommas mellan parterna, och särskild ersättning kan därutöver utgå under vissa omständigheter, se AB 04 5:4. Det är också så, att vitesbestämmelsen endast tar sikte på dröjsmål och inte på andra kontraktuella avvikelser.⁵⁵

I svensk rätt finns inga speciella regler om kontraktuella viten utom såvitt avser möjligheten till jämkning enligt 36 § AvtL. I PICC art. 7.4.1.3 och PECL 9:509 återfinns principer som tar höjd för denna typ av klausuler, och dessa principer är tämligen lika dem som utvecklats i svensk rätt.

Valet av kontraktuell vite som ersättningsform är dock inte specifikt för entreprenadkontrakt utan förekommer i åtskilliga köprättsliga avtal mellan kommersiella parter. Det kontraktuella vitet kan knappast ses som en specialitet för entreprenadavtalet av ett sådant slag att vitesersättningen vid dröjsmål på entreprenörens sida skulle gälla framför normal skadeståndersättning. Kontraktuell vite är att se som en praktisk lösning i kommersiella avtal fr.a. för att därmed ett enkelt handlingsförfarande ska finnas vid kontraktuella avvikelser eller kanske också som ett visst moment av påtryckning mot ena parten.⁵⁶

Vitesersättning är visserligen en vanlig lösning i kommersiella avtal, men man kan enligt min mening knappast våga påstå, att vitesersättning därmed får anses följa av avtalstypen eller att det föreligger en kontraktsrättslig princip av sådan innebörd för den händelse att det individuella kontraktet saknar någon bestämmelse om påföljd vid kontraktsbrott. Det är alltför många frågor som inte har något konkret svar, exempelvis hur högt vitesbeloppet ska vara, om det finns något tak för vitet, om vitet ska utgöra enda påföljden osv. I detta avseende är det därför enligt min mening knappast möjligt att tala om en kontraktuell lösning som etablerats som en kontraktsrättslig princip för entreprenadrättsliga förhållanden.

⁵⁴ Inskjutas kan, att det är tämligen vanligt att köpavtal är baserade på vitesersättning snarare än skadestånd vid leveransdröjsmål. Standardavtal avseende olika slags köp innehåller ofta standardiserade belopp (eftersom produkten ofta är standardiserad) och fastslår också ofta att ersättningen genom vite är exklusiv, dvs någon ytterligare ersättning utöver vitesbeloppet inte ska utgå.

⁵⁵ Härvid kan bara nämnas, att skeppsbyggnadskontraktet och kontrakt avseende byggnad av oljeboringsplattformar ofta innehåller bestämmelser om kontraktuell vite även beträffande andra kontraktuella avvikelser (exempelvis ett fartygs fart, lastkapacitet etc.).

⁵⁶ Genom en vitesbestämmelse behöver den förfördelade parten inte visa att skada inträffat eller hur stor skadan är, men det kontraktuella vitet kan också medföra under- eller överkompensation.

5.7 Tvistelösning

AB-villkoren innehåller i kap. 9 bestämmelser om tvistelösning och i kap. 10 bestämmelser om förenklad tvistelösning. Tidigare AB-villkor har i princip utgått från att tvist under en entreprenad ska hänskjutas till skiljedom, men i de nya villkoren återfinns dels en bestämmelse om, att tvister av mindre omfattning (värdet på entreprenaden upp till 150 basbelopp) ska hänskjutas till allmän domstol, medan tvister vid större entreprenader ska hänskjutas till skiljedom (hänvisning till lagen 1999:116 om skiljeförfarande).

AB 04-villkoren har också bestämmelser om möjlighet till förenklad tvistelösning. Detta är bestämmelser som knappast kan anses utgöra handelsbruk eller entreprenadrättsliga principer, och en domstol ställd inför ett entreprenadavtal utan åtminstone en hänvisning till tvistelösning genom skiljedom känner sig med stor säkerhet oförhindrad att i en sådan situation ta upp en tvist till bedömning, med mindre AB 04 i sin helhet skulle betraktas som handelsbruk. Skulle detta ske kommer standardavtalets bestämmelser avseende tvistelösning att slå genom.

6. Några avslutande anmärkningar

Kan några konkreta och rimligt klara slutsatser dras av vad som sagts ovan? Kan AB-villkoren anses ha nått status av handelsbruk? Kan annars vissa bestämmelser i AB-villkoren anses ha nått sådan status? Kan i stället AB-villkoren eller vissa av dess bestämmelser anses utgöra allmänna kontraktsrättsliga principer, som på den grunden skulle kunna komma till användning som tolkningsunderlag, där det enskilda avtalet inte ger tillräcklig ledning vid en tvist? Skulle vissa av dess bestämmelser kunna användas utanför entreprenadrätten som kontraktsrättsliga principer? Är förhållandet snarare det, att vissa entreprenadrättsliga lösningar kan anses ge uttryck för en allmän kontraktsrättslig princip? Jag är medveten om att en diskussion enligt sådana linjer kan anses utgöra en "hönan eller ägget-diskussion", där det inte alltid är lätt att se hur de olika tillvägångssätten förhåller sig till varandra.

Som pekats på ovan är det osannolikt att AB-villkoren generellt kan anses utgöra handelsbruk. Det finns dock anledning att konstatera, att AB-villkoren har varit i kraft under lång tid och att de är dominerande om än inte utslutande inom sitt område. Detta innebär, att de åtminstone i vissa avseenden svarar mot de krav som normalt ställs för att handelsbruk ska anses ha uppstått. Häremot står, att villkoren då och då revideras och genomgår för-

ändringar, att parterna genom att inte använda dem faktiskt kan ha avsett att de inte ska komma till användning (det senare är dock närmast en bevisfråga).

Domstolar (skiljedomstolar) har i olika sammanhang behov av att kunna hänvisa till allmänna rättsgrundsatser eller handelsbruk vid sidan av andra rättskällor och tolkningsunderlag. Hur domstolarna i framtiden kommer att använda sig av PICC, PECL resp. DCFR är kanske ännu för tidigt att med säkerhet säga, men HD:s hänvisning till DCFR i NJA 2009 s. 672, kan möjligen innebära, att domstolarna mera fritt kan komma att botanisera i andra än traditionella rättskällor.

Det finns en principiell skillnad mellan vad som är hänförligt till handelsbruk resp. allmänna eller speciella principer, men i praktiken är det inte alltid klart, varför domstolen faller tillbaka på det ena eller det andra övervägandet.

När det gäller frågan om rätt till ändringsarbeten förefaller den uppfattningen ha etablerats i dansk och kanske även norsk doktrin, att denna är en särskilt etablerad rätt som föreligger oavsett om den uttryckligen framgår av avtalet. Huruvida en sådan regel ska anses vara baserad på en entreprenadrättslig princip eller handelsbruk är jag inte säker på. Någon motsvarande klar uppfattning har inte kommit till uttryck i svensk rätt. Finns härvid några grundläggande skillnader mellan dansk och norsk rätt jämfört med svensk? Även om det finns skillnader mellan sättet att arbeta mellan domstolar i de nordiska länderna finns det sannolikt på denna punkt en del som talar för att även en svensk domstol skulle anse att en regel om rätt till ÄTA antingen som en entreprenadrättslig princip kan anses utgöra handelsbruk, men dess precisa omfattning får bestämmas mot bakgrund av omständigheterna i det enskilda fallet.

Avslutningsvis kan framhållas, att det inte är lätt att ge ett entydigt svar på frågan huruvida AB-villkoren utgör handelsbruk, om vissa av AB-villkoren kan ses som handelsbruk eller om de kan ses som utlöpare av allmänna entreprenadrättsliga principer eller liknande. Kan individuella lösningar i AB-villkoren utgöra bestämmelser av en sådan typ, att de kan få verkan utanför entreprenadrätten? Enligt min mening är det osannolikt, att svenska domstolar skulle vara beredda att se saken så med mindre det rör sig om en avtalstyp som har betydande likheter med entreprenadavtalet.⁵⁷ Det är rim-

⁵⁷ Jag är däremot fortfarande inte övertygad om att jämförelsen mellan parternas åtaganden vid resebefraktning och vid entreprenad är den mest närliggande.

ligt att anta, att vissa AB-bestämmelser kan anses utgöra ”entreprenadrättsliga principer”. Eventuellt kan vissa bestämmelser anses utgöra handelsbruk.

Gränsdragningen mellan vad som kan betecknas som ett handelsbruk och vad som kan anses vara en entreprenadrättslig princip kan trots den principiella skillnaden mellan dem, i det enskilda fallet vara vanskelig att dra.

AB 04 är ett tämligen omfattande dokument. Dock måste konstateras, att det bär prägel av kompromisser mellan olika intressen, och ibland förefaller det inte ha varit den absoluta klarheten som i första hand eftersträvats. Även om parterna avtalat på basis av AB-villkoren är det uppenbart, att det i individuella kontraktsförhållanden finns behov av komplettering och för en domstol/skiljedomstol, att i ett eller annat avseende utnyttja olika existerande lösningar under en eller annan rubrik för att nå en i det enskilda fallet lämplig lösning.