# Entreprenörens omsorgsplikt och bevisbördan för påståenden om brister i denna m.m.

Av försäkringsjuristen Jacob Frank[1]

*Peter Westberg har i en nyligen publicerad artikel argumenterat i frågan om vem av parterna i ett entreprenadkontrakt som ska få bära de negativa konsekvenserna av att ett mål, där beställaren gör gällande omsorgsbrister hos entreprenören, avgörs under osäkerhet eller i ovisshet om vad som verkligen har hänt inom ramen för parternas avtalsrelation i entreprenaden.[2] Närmare bestämt har Peter Westberg argumenterat i frågan om bevisbörda i den angivna situationen; vem av entreprenören och beställaren ska förlora på att domstolen eller skiljenämnden inte med tillräcklig säkerhet vet vad som har hänt ifråga om de omsorgsbrister beställaren gör gällande? Förevarande artikel utgör en replik på Westbergs framförda synpunkter.*

## 1 Inledning

En ny trend i entreprenader som utförs på löpande räkning är att beställaren riktar återbetalningskrav mot entreprenören efter att entreprenaden utförts för delar av de betalningar som erlagts under entreprenadtiden. En vanlig grund för beställarens återkrav är att beställaren gör gällande att entreprenören åsidosatt sin omsorgsplikt och därvid åsamkat beställaren onödiga merkostnader (AB 04/ABT 06 kap. 6 § 10). Undertecknad har diskuterat ett antal frågor med anknytning till beställaråterkrav i ett tidigare nummer av SvJT, däribland frågor om vilken rättsverkan beställarens betalningar kan anses ha.[3]

I artikeln har undertecknad även kortfattat berört bevisbördefrågor kopplade till beställarens påståenden om omsorgsbrister hos entreprenören. Det finns övervägande stöd för att beställaren har bevisbördan för sådana påståenden.[4] Westberg redovisar dock en avvikande uppfattning i denna fråga. Westbergs bidrag till den pågående debatten om frågor som knyter an till självkostnadstvister visar att ämnet är en het potatis i entreprenadbranschen just nu.[5]

[1] Författaren är f.d. advokat i tvistegruppen på White & Case Advokatbyrå, numera försäkringsjurist på Länsförsäkringar. Artikeln speglar endast författarens egna åsikter. Ett tack till Jakob Andersson (Setterwalls) för synpunkter på ett tidigt alster till denna artikel.

[2] Westberg, *Bevisbörda, löpande räkning och skäligt pris*, JT 2024–25 s. 538 ff. (”Westberg 1”).

[3] Frank, *Något om beställaråterkrav i löpanderäkningsentreprenader*, SvJT 2025 s. 184. (”Frank”).

[4] Frank s. 189 ff. med vidare hänvisningar. Se även nedan avsnitt 2.3.

[5] Se t.ex. även Ingvarsson & Utterström, *Självkostnadsprincipen enligt AB 04 och ABT 06*, SvJT 2018 s. 559., Gentele, *Entreprenörens rätt till ersättning för bevisade*

Just frågan om bevisbördans placering är en av de mest centrala frågorna i självkostnadstvister. Det finns därför anledning att titta närmare på ett par aspekter i Westbergs förda argumentation. Det sker i kapitel 2 nedan.

Westbergs framförda uppfattning är måhända inte så förvånande. Westberg har även tidigare och i andra sammanhang framfört synpunkter på processuella frågor i entreprenadtvister som är osedvanligt förmånliga för beställaren. I artikeln *Hopklumpade anspråk i entreprenadtvister — om processföringsupplägget ”global claim”*, som publicerades för ett par år sedan i kölvattnet av en uppmärksammad entreprenadtvist vid Göteborgs tingsrätt,[6] för Westberg en processrättslig diskussion kring ersättningskrav från entreprenörens sida baserat på bestämmelsen om väsentlig rubbning i AB 04 kap. 6 § 4.[7] Westberg uppställer vid väsentlig-rubbning-anspråk ett krav på att varje enskild effekt av en störning ska betraktas som ett rättsfaktum som ska preciseras och bevisas (och yrkas ersättning för individuellt). I samma anda argumenterar Westberg för att entreprenörens typiska yrkanden i mål som avser ersättning på grund av väsentlig rubbning överhuvudtaget inte är tillåtna enligt gällande rättegångsbalk. Så kallade ”summeringsyrkanden”, en term Westberg använder för att beskriva en situation där part framställer ett eller ett fåtal större yrkanden som grundar sig på ett flertal olika händelsers sammanlagda effekt, kan enligt Westberg inte tillåtas med hänsyn till kravet på att yrkandet måste vara tillräckligt ”*precist*”.[8]

Det synsätt Westberg förordar i framställningen om ”hopklumpade anspråk” får betydande konsekvenser för en entreprenörs möjlighet att göra gällande sin materiella rätt enligt AB 04 kap. 6 § 4. Detta ska dock inte utvecklas närmare här. Däremot är det en intressant övning att applicera de stränga processrättsliga regler Westberg har uppställt ifråga om ”summeringsyrkanden” på den typ av yrkanden som beställaren vanligen framställer i mål som avser återbetalningskrav och som grundar sig på brister i entreprenörens omsorgsplikt. Detta ämne behandlas i kapitel 3 nedan.

## 2 Påståenden om omsorgsbrister och placeringen av bevisbördan

### *2.1 Inledning*

Westberg är tydlig med att hans framställning om bevisbördan för påståenden om brister i omsorgsplikten fokuserar på processrättsliga frågor och att frågor av civilrättslig beskaffenhet i huvudsak lämnas

*självkostnader enligt AB 04*, JT 2020–21 s. 613 ff. och Magnusson & Wagner, *Löpande räkning: Är priset avtalat eller finns utrymme för att bedöma prisets skälighet?*, JT 2022–23 s. 12 ff.

[6] Se Göteborgs tingsrätts dom meddelad 12 juni 2019 i mål nr T 6110-14 och T 2540-15.

[7] Westberg, *Hopklumpade anspråk i entreprenadtvister — om processföringsupplägget ”global claims”*, JT 2018–19 s. 305 ff. (”Westberg 2”).

[8] Ibid s. 312–314. Invändningar mot Westbergs förda argumentation har framställs av Edling & Karlbom, *Ett processrättsligt hopkok? En replik på Peter Westbergs artikel i JT 2018–19 s. 305*, JT 2018–19 s. 993 ff.

därhän.[9] Det är samtidigt ogörligt att föra en processrättslig diskussion kring fördelning av bevisbörda utan vissa materiella utgångspunkter, i det här fallet kring omsorgsplikten.[10] Westberg kommer därför in på och berör frågor som knyter an till omsorgspliktens närmare materiella innebörd. Det handlar dels om en fråga av indirekt betydelse för vad omsorgsplikten närmare innebär, nämligen vad rättsföljden blir vid brott mot densamma. Dels handlar det om vilka förpliktelser som egentligen emanerar ur omsorgsplikten för entreprenörens del. Båda frågorna sägs ha betydelse för Westbergs fortsatta processrättsliga överväganden. I avsnitt 2.2 respektive 2.3 nedan kommenteras Westbergs syn på de nyssnämnda materiella frågorna. Därefter beskrivs Westbergs syn på bevisbördans fördelning i ett eget avsnitt (avsnitt 2.4), följt av några kommentarer och påpekanden i avsnitt 2.5.

### *2.2 Innebörden av entreprenörens omsorgsplikt — rättsföljden vid ett åsidosättande*

När en entreprenad utförs på löpande räkning enligt självkostnadsprincipen styrs prisregleringen av AB 04 kap. 6 § 9–10. Bestämmelserna ska läsas tillsammans.[11] 9 § behandlar den grundläggande rätten till ersättning när löpande räkning har avtalats. Den innebär att entreprenören har rätt till ersättning för de faktiska kostnader denne ådragit sig vid utförandet så länge kostnaden kan hänföras till något av de uppräknade kostnadsslagen. Entreprenören har utöver detta rätt till ett avtalat entreprenörsarvode. Definitionen av ersättningsgilla kostnadsslag i 9 § är negativ; samtliga nedlagda kostnader för utförandet, som inte ersätts genom arvodet, har beställaren som utgångspunkt att ersätta.[12]

Med den grundläggande ersättningsrätten i kap. 6 § 9 följer en omsorgsskyldighet för entreprenören enligt AB 04 kap. 6 § 10 p. 1. Bestämmelsen föreskriver att entreprenören vid tillämpning av självkostnadsprincipen ska ”fullgöra sin uppgift” så att ”beställaren erhåller bästa tekniska och ekonomiska resultat”. Bestämmelsen, som brukar översättas till entreprenörens omsorgsplikt, motsvarades tidigare av AB 72 kap. 6 § 7 punkten 2.[13]

[9] Så exempelvis vad gäller frågan om 45 § köplagens regel kan tillämpas vid sidan av eller parallellt AB 04 kap. 6 § 10 (Westberg 1 s. 542).

[10] En bevisbörda gäller bara i förhållande till *rättsfakta*, dvs. faktiska omständigheter av *direkt* betydelse för en rättsföljd. En bevisbörda kan inte gälla i förhållande till bevisfakta, dvs. faktiska omständighet som endast är av indirekt (medelbar) betydelse för rättsföljden. Med ”rättsföljden” åsyftas rättsföljden enligt den *tillämpliga civilrättsliga regeln*. Det går alltså inte att avgöra om ett faktum utgör ett rättsfaktum eller ett bevisfaktum om inte först innebörden av den tillämpliga civilrättsliga regeln fastställs. Likaledes kan syftet med den civilrättsliga regeln vara av betydelse för fördelningen av bevisbördan. Detta återkommer författaren till längre ned.

[11] För en mer utförlig redogörelse om självkostnadsprincipens komponenter se Frank s. 187–195 med vidare hänvisningar.

[12] Se AB 04 kap. 6 § 9 p. 7. Om vad som avses med ”kostnader”, se diskussionen i Gentele, *Vad avses med ”kostnader” vid en tillämpning av självkostnadsprincipen i AB 04?*, SvJT 2025 s. 488.

[13] I motiven till den bestämmelsen (Motiv AB 72, s. 185) anges: ”Vid arbeten på löpande räkning skall beställaren ersätta entreprenörens faktiska kostnader. Denna

Som Westberg påpekar anger AB 04 inte uttryckligen vad följden blir om entreprenören misslyckas med att ”fullgöra sin uppgift” enligt 10 §. Rättsföljden följer dock indirekt av bestämmelsen liksom av kommentaren till bestämmelsens föregångare i AB 72. Entreprenörens plikt enligt 10 § att agera omsorgsfullt gäller ”*vid tillämpning av självkostnadsprincipen*”. Följaktligen medför ett brott mot omsorgsplikten en betalningsbefrielse för beställaren för nedlagda kostnader, företrädesvis *motsvarande den merkostnad som brottet mot omsorgsplikten inneburit*. Om entreprenören exempelvis fått göra om samma takläggningsarbete två gånger till följd av att entreprenören på ett försumligt sätt misslyckades med att fästa skruvarna ordentligt första gången med följden att taket rasade, behöver beställaren bara betala för arbetet en gång.

Härmed är frågan i och för sig inte helt avgjord såvitt avser den korrekta rättsliga påföljdsklassificeringen av ett omsorgsbrott, vilken skulle kunna vara beroende av vem som är kärande i en självkostnadstvist.[14] Hursomhelst tar Westberg som utgångspunkt att rättsföljden för brott mot omsorgsplikten är en prisjustering nedåt, vilket förefaller rimligt givet Westbergs utgångspunkt att det är entreprenören som står som kärande.[15]

### *2.3 Omsorgspliktens närmare innebörd — skälighetsbedömning eller en sorts kontraktsbrottsreglering?*

Westberg konstaterar att uttrycket ”bästa tekniska och ekonomiska resultat” är dunkelt. I ljuset av bl.a. detta anser Westberg att det kan betraktas som osäkert om bestämmelsen i kap. 6 § 10 utgör en (”ren”) prisjusteringsregel likt 45 § köplagen, eller om den närmast utgör en ansvars- och kontraktsbrottsreglering.[16] Westberg anför att valet av

skyldighet gäller utan annan inskränkning än den som kan följa av att entreprenören icke på vederbörligt sätt iakttagit beställarens intressen, dvs. gjort sig skyldig till vårdslöshet eller försummelse eller med uppsåt misskött sitt åtagande. För betalningsbefrielse räcker det således inte att visa att kostnaderna blivit för höga. Endast i den mån beställaren kan visa en kostnadsfördyring av nyssnämnda anledning kan han undgå betalningsskyldighet. Bevisbördan vilar alltså på beställaren. Denne skall sålunda förebringa utredning, som styrker såväl förekomsten av kontraktsbrott eller försummelse eller vårdslöshet som den ekonomiska följden därav”.

[14] När det är entreprenören som står som kärande i en självkostnadstvist och beställaren invänder mot betalningsskyldighet under åberopande av omsorgsbrister, ligger det nära till hands att uppfatta invändningarna såsom en del avgörandet av prisets (entreprenadsummans) bestämmande (varvid det dock fortfarande är fråga om att kunna styrka underliggande entreprenörsageranden som föranlett onödiga merkostnader). När det är beställaren som står som kärande i en självkostnadstvist och beställaren till grund för talan åberopar omsorgsbrister, är det mer öppet om talan ska klassificeras som en prisjusterings- eller skadeståndstalan (Frank s. 190 f.; klassificeringsfrågan får rättsverkan i olika avseenden).

[15] Westberg 1 s. 551. Det är tydligt att Westbergs framställning bygger på antagandet att entreprenören är käranden i den tilltänkta självkostnadstvisten, inte beställaren. Det framgår på flera ställaren i framställningen. Se t.ex. s. 559: ”Däremot kan ifrågasättas om entreprenören — för att få som kärande få [sic] framgång med sitt ersättningsanspråk (…)” samt s. 561: ”I en entreprenadtvist om priset (löpande räkning) skulle käranden (entreprenören) (…)”.

[16] Westberg 1 s. 550.

tolkningsalternativ skulle kunna få betydelse för placeringen av bevisbördan för prisrelevanta fakta. Väljs kontraktsbrottsalternativet ligger det enligt Westberg nära till hands att bevisbördan för påståenden om brister i omsorgsplikten landar på beställaren. Väljs istället alternativet att 10 § utgör en ren skälighetsprisreglering likt 45 § köplagen handlar det enligt Westberg om att pröva skäligheten i entreprenörens krav på ersättning för utfört arbete, med följden att bevisbördan hamnar hos entreprenören i enlighet med rättspraxis kring 45 § köplagen.[17]

Som en marginalnotis kan härvid uppmärksammas att Westbergs antydan om att praxis innebär att bevisbördan alltid läggs på naturapresterande (säljande) part för prisets skälighet enligt köplagen inte stämmer. Det finns undantag. Om t.ex. köparen av en vara eller tjänst har betalat för tjänsten eller varan, ankommer det på köparen att visa omständigheter som gör att det betalade priset är *oskäligt*.[18]

De tolkningsalternativ som Westberg uppställer är av visst intresse att utreda vidare. Vad omsorgsplikten rent konkret innebär för sorts åtagande (om något) bör, som Westberg anför, nämligen kunna påverka bevisbördans placering.

För undertecknad är det alldeles uppenbart att 45 § köplagen och AB 04 kap. 6 § 10 behandlar två vitt skilda situationer. Tittar man först på *prisrelevanta fakta* enligt respektive bestämmelse, kan det konstateras att det inte finns ett spår av antydan i 45 § köplagen till att säljarens *agerande*, t.ex. före eller i samband med försäljningen, har någon betydelse för bestämmandet av vad som utgör ”skäligt pris”. Styrande är istället (och enbart) prissättningen för motsvarande varor på marknaden (där ”gängse pris” enligt förhärskande uppfattning anses motsvara ”skäligt pris”).[19] Det förhåller sig precis tvärtom med bestämmelsen i AB 04 kap. 6 § 10. Här är prövningen, till skillnad från prövningen enligt 45 § köplagen, inriktad just på *entreprenörens agerande* i olika avseenden under entreprenadtiden och om detta agerande föranlett onödiga merkostnader.[20] Huvudregeln enligt § 9 är att samtliga nedlagda kostnader ska ersättas, vilket enligt § 10 gäller så länge som entre-

[17] Jfr det anförda Westberg 1 s. 550.

[18] Jfr 47 § köplagen och Frank s. 199 med hänvisning till bl.a. Svea hovrätts dom den 19 juni 2024 i mål nr T 1290-23 (jfr även Frank s. 212 f.).

[19] Ramberg & Herre, *Köplagen, en kommentar*, Juno Version 3B, kommentaren till 45 §.

[20] Detta instämmer även Westberg i på s. 542. Hans inställning är dock inte konsekvent. På s. 540 anförs att det vid första påseende skulle förefalla som om regleringen i 45 § köplagen och AB 04 kap. 6 § 10 handlar om samma sak, ”nämligen att bestämma vilket pris som ska gälla då parternas avtal inte ger besked om priset”. Bestämmelserna ger dock inte uttryck för det ens vid första påseende. Den ena bestämmelsen (45 § köplagen) stadgar uttryckligen att den för sin tillämpning fodrar att det inte är möjligt att bestämma priset med stöd av avtalet. Den andra bestämmelsen gör det oerhört tydlig vilka faktorer som är relevanta att beakta för justering av priset efter att ha fastställt den grundläggande ersättningsrätten (9 §, nedlagda kostnader), nämligen de som har att göra med hur entreprenören agerat under entreprenaden och om han har uppfyllt eller underlåtit sin uppgift enligt 10 §. På s. 558 anförs vidare att 45 § köplagen och AB 04 kap. 6 § 10 skulle ha samma *bakomliggande syfte*. Inte heller detta är korrekt. Se avsnitt 2.5 in fine nedan.

prenören uppfyllt sin omsorgsplikt. Det finns inte ett spår av antydan i § 10 att domaren ska utföra en ren skälighetsprövning i största allmänhet av nedlagda kostnader. Därmed saknar principiellt även ”motsvarande pris” för liknande entreprenader betydelse som prisrelevant faktor vid tillämpningen av självkostnadsprincipen i AB 04. Till saken hör även att entreprenadavtalens speciella drag karaktäriseras just av att de avser omfattande och komplicerade arbeten, med många olika aktörer, som utförs på vitt skilda platser under vitt skilda förhållanden. Att överhuvud tala om ”motsvarande pris” för ”liknande entreprenader” är därmed vanskligt.[21]

Eftersom avtalsbestämmelsen uttryckligen är inriktad på entreprenörens agerande ligger det alltså klart närmast till hands att anse att det beträffande omsorgsplikten, till skillnad från vad som är fallet med regeln om skäligt pris i 45 § köplagen, är fråga är om en slags kontraktsbrottsreglering. Det sagda följer även av att det är ett obestridligt förhållande att AB 04 kap. 6 § 10 innehåller en avtalad *förpliktelse* för entreprenörens del. Varje form av påstående att denna förpliktelse åsidosatts, utgör per definition ett påstående om *avtalsbrott*. För att nå framgång med ett påstående om bristande omsorg måste beställaren påstå att entreprenören brutit mot § 10. Vad skulle det annars vara om inte ett påstående om avtalsbrott?

Tittar man för det andra på tillämpningsförutsättningarna i övrigt, står det klart att 45 § köplagen finns till för att kunna bestämma ett pris när det *inte är möjligt att bestämma priset med stöd av avtalet*. När AB 04 avtalats är detta möjligt.[22] Varken AB 04 kap. 6 § 9 eller § 10 anger att de för sin tillämpning är beroende av att priset inte kan fastställas med stöd av avtalet. Det vore också märkligt. Bestämmelserna syftar ju till att fastställa priset när löpande räkning avtalats.[23] I en situation där priset däremot inte följer av avtalet kan köparen med stöd av 45 § köplagen

[21] Se även not 35 samt texten i anslutning till not 45 nedan.

[22] Om sedvanlig avtalstolkning tillämpas såvitt avser AB 04 kap. 6 §§ 9–10 går det således att avgöra vilket bestämt pris som beställaren ska betala till entreprenören: entreprenören har rätt till ersättning för sina faktiska kostnader jämte avtalat arvode, utan annan inskränkning än den som kan följa av att entreprenören icke på vederbörligt sätt iakttagit beställarens intressen, dvs. åsidosatt sin omsorgsplikt. Se vidare Frank s. 195 f.

[23] Myrdal har såväl i ett rättsutlåtande för beställarens räkning i en återkravstvist som i en artikel argumenterat för att föregångarna till motsvarigheten till dagens omsorgspliktsbestämmelse i AB 04 skulle bygga på bevisprincipen i 5 § i 1905 års köplag samt gjort gällande att, i ljuset av att bevisbördeprincipen i nu gällande köplag 45 § ser annorlunda ut, bevisbördan för prisrelevanta faktorer enligt AB 04 kap. 6 § 10 borde ligga på entreprenören (Myrdal, Tolkning av entreprenadsektorns AB – HD:s ”modell” i NJA 2015 s. 862, not 38). Det är svårt att gå mer fel i frågan. Det finns inget stöd överhuvudtaget för att föregångarna till kap. 6 § 10 utformades utifrån innehållet i 5 § gamla köplagen. Tvärtom följer det av kommentarerna till föregångarna att omsorgsplikten är tänkt att förstås som en kontraktsbrottsreglering och inte som en allmän skälighetsreglering (Motiv AB 72 s. 185 och Motiv AB 65 s. 157). Till detta kommer att även om man tar Myrdals antagande för gott (trots att det är uppenbart felaktigt), kvarstår det faktum att AB 04, som infördes efter den nya köplagen, har identisk lydelse som sina föregångare. Skulle föregångarna ha byggt på 1905 års köplag (där bevisbördan för oskälighet låg på köparen), skulle även AB 04 bygga på samma tanke.

begära att endast få betala skäligt pris. Säljaren begår dock naturligtvis inget avtalsbrott i en sådan situation om säljaren kräver ett högre pris än skäligt.

Westberg sätter inte ned foten ifråga om vilket av de uppställda tolkningsalternativen av omsorgsplikten (”ren prisjusteringsregel” eller bestämmelse som närmast tar sikte på kontraktsbrottsreglering) han ställer sig bakom. Westberg anför att han för ”enkelhetens skull” bygger sin fortsatta framställning på att ”bästa tekniska och ekonomiska resultat” ger uttryck för ett krav på ”fackmässighet” samt att det rör sig om ett ”objektivt ansvar” — varmed åsyftas att det inte fordras att entreprenören agerat vårdslöst för att brott mot omsorgsplikten ska aktualiseras.[24]

Parentetiskt kan här tilläggas att Westbergs valda utgångspunkt, dvs. att brott mot omsorgsplikten inte skulle förutsätta vårdslöshet, avviker från den vedertagna uppfattningen i litteraturen.[25] Viktigare att konstatera vad gäller Westbergs utgångspunkter och valet att betrakta omsorgsplikten som ett krav på att entreprenören ska agera fackmässigt, är emellertid att valet medför att han av de två tolkningsalternativ som lanseras landar i att bestämmelsen tar sikte på just en kontraktsbrottsreglering. En inställning som innebär att den förpliktelse som åvilar entreprenören enligt AB 04 kap. 6 § 10 är ett krav på fackmässighet medför att det som fordras för att nå framgång med ett påstående om brott mot omsorgsplikten är ett påstående om bristande fackmässighet. Ett sådant påstående utgör ett påstående om avtalsbrott.[26] Enligt vad

[24] Westberg s. 550 f.

[25] Frank s. 191 med vidare hänvisning till bl.a. Gentele, *Entreprenörens rätt till ersättning för bevisade självkostnader enligt AB 04*, JT 2020–21 s. 613, på s. 620 f. (”Gentele”). Genteles redogörelse innehåller följande vidlyftiga hänvisningar till stöd för att brott mot omsorgsförpliktelser förutsätter culpa; Adestam och Niklas Arvidsson, *Lag (1936:81) om skuldebrev 6 §*, Lexino 2014-01-04, avsnitt 2.2.2.1, Andersson, *Omsorgsplikt och god sed i avtal om shipmanagement*, s. 212, Bertil Bengtsson, *Särskilda avtalstyper I*, 2 u., s. 179, Dryselius, *Avtalsviten*, s. 114 f., Heidbrink, *Logistikavtalet*, s. 176, Johansson, *Kommissionslagen*, JUNO Version: 1a, avsnitt 35.3.1, Munukka, *Kontraktuell lojalitetsplikt*, s. 140, Ramberg & Ramberg, *Allmän avtalsrätt*, 11 u., s. 262, Rodhe, *Obligationsrätt*, s. 20 f. och 182 ff. samt Sandström, *Mönster i förmögenhetsrätten*, s. 76.

[26] Härmed följer även en reklamationsskyldighet (Frank s. 212). Att det finns en allmän reklamationsplikt vid avtalsbrott med rättsföljden preklusion följer bl.a. av ”Flyget till Antalya” NJA 2018 s. 217 (bl.a. p. 31; varför skulle en sådan princip finnas för en konsument vid kontraktsbrottet försening men inte för en kommersiell aktör vid kontraktsbrottet fel?) och ”Svartöns pris” NJA 2022 s. 3 (p. 10). HD kan dock i ”Kylbaffeln” NJA 2024 s. 657 (hänsyn måste tas till vilket rättsområde som det är fråga om) och ”Brf Ida” (mål nr T 9030-23) anses ha ”luckrat upp” huvudregeln lite grand (framförallt i det senare målet). ”Brf Ida” gällde tolkning av ett standardavtalsvillkor med reklamationsskyldighet utan uttrycklig påföljd. Finns en allmän princip om reklamation med följden preklusion vid avtalsbrott för den aktuella avtalstypen är det emellertid ganska givet att tidsfristen bör förstås som en precisering av vad som är skälig tid medan rättsföljden blir densamma som skulle ha gällt om avtalet överhuvud inte hade innehållit någon tidsfrist (jfr skiljaktige Malmberg). Majoritetens resonemang om att försiktighet är påkallad i fråga om att tolka in en rättighetsavskärande rättsföljd vid tolkning av standardavtal som föreskriver att krav ska framställas senast inom en viss tid framstår som märklig, när HD tidigare slagit fast att en sådan rättighetsavskärande verkan som huvudregel

Westberg tidigare anfört i artikeln bör bevisbördan därmed hamna på den som påstår avtalsbrott, dvs. beställaren. Detta överensstämmer för övrigt med förhärskande uppfattningen i litteraturen vad gäller bevisbördan för avtalsbrott, där huvudregeln är att det är den som påstår att avtalsbrott har begåtts som har att visa detta.[27] Westberg landar dock inte i denna slutsats, av skäl som ska analyseras vidare nedan.

### *2.4 Närmare om bevisbördans placering enligt Westberg*

Enligt klart etablerad uppfattning är utgångspunkten att den som påstår en omsorgsbrist också måste kunna bevisa denna.[28] Denna utgångspunkt nämner dock inte Westberg.

Enligt Westberg måste utgångspunkten i entreprenadsammanhang vara den motsatta, huvudsakligen med hänsyn till att entreprenören enligt Westberg skulle ha tydliga bevissäkringsförsteg.[29] Westberg medger dock att det skulle föra för långt med en full bevisbörda på entreprenören, eftersom det skulle innebära att entreprenören inte bara skulle behöva åberopa och bevisa vilka kostnader som denne har haft i entreprenaden (AB 04 kap. 6 § 9) utan även behöva beskriva och bevisa samtliga de omständigheter som gör att entreprenören uppfyller kravet att ge beställaren ”bästa tekniska och ekonomiska resultat” (AB 04 kap. 6 § 10). Enligt Westberg skulle därför en lämplig ordning kunna vara vad Westberg betecknar som en princip om ”utvidgat åberopande”. Med detta avses att entreprenören inte behöver beskriva och bevisa samtliga de omständigheter som gör att entreprenören uppfyller kravet att ge beställaren ”bästa tekniska och ekonomiska resultat” redan i stämningsansökan, utan först om beställaren gör en invändning baserad på AB 04 kap. 6 § 10.[30] Beställarens invändning får enligt Westberg därvid inte vara blank utan det krävs att invändningen ”har ett konkret innehåll”.[31]

följer av dispositiv rätt vid bristande reklamation (även vid konsumentfall). Att regelsystemet ifråga skulle vara heltäckande och ”slutet” (ett synsätt som framskymtar både i "Brf Ida" och "Kylbaffeln" och som förmodligen hämtat stöd i Lindskogs tillägg i NJA 2008 s. 243) och att det därför skulle finnas anledning att visa större försiktighet med att supplera detsamma med allmänna principer framstår inte heller som ett bärande argument — ska de som tagit fram ett visst regelsystem (oavsett om det är lagstiftaren eller avtalsförfattare) antas vara rationella har de ju att förhålla sig till vilka principer som gäller enligt utfyllande rätt. Vill man avvika från dessa bör upphovsmannen/männen till regelsystemet aktivt föreskriva undantag från annars gängse och utfyllande principer; är man tyst gäller de allmänna principerna.

[27] Heuman, L., *Bevisbörda och beviskrav i dispositiva tvistemål*, 2 u. (2022), s. 400 ff.

[28] Frank s. 191 f., jfr Johansson, *Konsumenttjänstlagen, En kommentar* (Juno version 2a), kommentaren till 4 §, avsnitt 4.7.1: ”Utgångspunkten är att den som gör gällande att någon brustit i omsorg, vilket det i grunden är fråga om i 4 §, också har att bevisa detta”. Detta är närmast är ett utflöde av principen att den som påstår ett avtalsbrott som huvudregel har att bevisa detta. Om olika variationer i nyare doktrin av denna utgångspunkt, se Frank 192 f. med hänvisning till Ingvarsson & Utterström, *Självkostnadsprincipen enligt AB 04 och ABT 06*, SvJT 2018 s. 557 och Gentele s. 612, med utveckling på s. 624 ff.

[29] Westberg 1 s. 555 ff.

[30] Westberg 1 s. 560 f.

[31] Westberg s. 561 f.

Med kravet på ”konkret innehåll” följer enligt Westberg att beställaren måste ”peka ut och tillräckligt konkret beskriva den ’händelse’ (ett visst agerande eller en viss underlåtenhet) som skulle ha föranlett en viss konkretiserad kostnadsfördyring”.[32] Om fördyringen påstås bero på entreprenörens underlåtenhet (passivitet) kan det dessutom krävas att beställaren anger ”vad entreprenören hade bort göra för att undvika den påstått opåkallade kostnadsfördyringen”.[33] Exakt hur precis beställarens invändning måste vara kan enligt Westberg inte anges generellt, men typiskt sett borde beställaren som minst presentera uppgifter som gör det möjligt att dels knyta kostnadsfördyringen till en viss orsak, dels uppskatta fördyringen till ett visst ungefärligt belopp.[34]

Enligt Westberg ska kravet på konkretion såvitt avser beställarens omsorgsinvändning inte missförstås som ett beviskrav. Beställaren behöver enligt Westberg alltså inte styrka sin invändning eller ens göra den sannolik eller antaglig.[35] I en situation där beställaren fört fram en konkret omsorgsinvändning, och entreprenören har en faktaversion kring händelsen som avviker från beställarens, har entreprenören enligt Westberg att *styrka sin version* för att slippa en justering nedåt av det begärda priset.[36]

### *2.5 Synpunkter på Westbergs argumentation*

Det går att ha flera synpunkter på Westbergs argumentation om fördelningen av bevisbördan. En mer övergripande slutsats är att Westbergs argumentation vilar på två premisser. Den första är att endast bevissäkringsargumentet skulle vara styrande för bevisbördans placering. Den andra är att entreprenören skulle vara den med påtagligt bättre bevissäkringsmöjligheter. Hur det förhåller sig med dessa saker återkommer jag till längre ned. Först något om stringensen i Westbergs analys.[37]

Om man för ett ögonblick skulle godta Westbergs analys, fordras som redogjorts för ovan att beställaren kommer med ”konkreta invändningar” i en självkostnadstvist ifråga om brott mot omsorgsplikten. Enligt Westberg innebär detta, som framhållits ovan, att beställaren för det första måste peka ut och tillräckligt konkret beskriva *en viss händelse*, antingen ett aktivt agerande eller en viss underlåtenhet, som beställaren anser utgör en omsorgsbrist hos entreprenören. Eftersom Westbergs framställning, enligt vad som redogjorts för närmare i avsnitt 2.2 och 2.3 ovan, utgår från att uttrycket ”bästa tekniska och ekonomiska resultat” ska anses ge uttryck för ett krav på ”fackmässighet”, torde i kravet på konkretion vad avser beställarens invändning därmed också

[32] Westberg 1 s. 561.
[33] Ibid.
[34] Ibid.
[35] Westberg s. 564.
[36] Westberg 1 s. 563.
[37] Westberg nämner förvisso även intresset av att den materiella rätten får genomslag (s. 558) men utgår relativt okritiskt från att syftet bakom AB 04 kap. 6 § 10 skulle vara detsamma som syftet bakom 45 § köplagen (s. 558 f.). Detta kommenteras längre ned. Se även not 23.

ligga att beställaren konkretiserar vilken fackmässighetsstandard som entreprenören frångått (och vilken själva standarden är). För det andra krävs i Westbergs modell, vad gäller kravet på konkretion, enligt vad som framhållits ovan att beställaren även konkretiserar vilken kostnadsfördyring som beställaren anser att omsorgsbristen ifråga föranlett. I detta torde ligga att beställaren också har att konkret beskriva orsakssambandet mellan omsorgsbristen och den påstådda merkostnaden.

Så långt allt gott. Westberg håller sig dock inte till sina egna utgångspunkter i de exempel han väljer att redogöra för i samband med beskrivningen av innebörden av den föreslagna modellen. Westberg anför således som ett exempel:

> Låt oss anta att beställaren tar fasta på entreprenörens redovisning av använt antal arbetstimmar (tjänstemän och yrkesarbetare) och antal hjälpmedel (lastmaskiner, kranar, byggbodar osv.). Beställaren beskyller entreprenören för att ha använt betydligt fler arbetstimmar och fler hjälpmedel för olika övergripande arbetsmoment i entreprenaden jämfört med nyckeltal från liknande projekt. Antag att entreprenören å sin sida hävdar att den höga resursförbrukningen på ett allmänt plan är en följd av omständigheter på beställarens sida, så som otillräckliga förberedelser och bristande samordning med andra aktörer på arbetsområdet. Tar man för gott att entreprenören i allmänhet har ett tydligt bevissäkringsförsteg framför svaranden och att beställaren i oklara fall ska slippa betala ett ”överpris”, skulle käranden bära bevisbördan för sin faktaversion av den ”händelse” som svaranden har fört på tal.

I det beskrivna exemplet (där entreprenören förutsätts vara ”käranden” i en självkostnadstvist) har beställaren emellertid inte pekat ut och konkret beskrivit vilken viss händelse (i form ett aktivt agerande eller en viss underlåtenhet) som beställaren anser utgör en omsorgsbrist hos entreprenören. Beställaren har istället endast svepande refererat till timantal i ett eller flera jämförelseobjekt (nyckeltal från andra entreprenader, dvs. en invändning som närmast kan klassificeras som en invändning om ”skäligt pris”). Det saknas överhuvudtaget ett påstående om det som Westberg anser materiellt ligger i omsorgsplikten, dvs. ett särskilt åsidosatt fackmässighetskrav. Till detta kommer, att beställaren inte heller har konkretiserat vilken kostnadsfördyring som beställaren anser att (den icke-konkretiserade) omsorgsbristen ifråga föranlett. Jag får inte ihop Westbergs slutsats — att entreprenören skulle ha bevisbördan i det angivna exemplet — med Westbergs modell som förutsätter att beställaren som minst presenterar uppgifter och gör åberopanden som gör det möjligt att dels knyta en enskild kostnadsfördyring till en viss konkret angiven orsak (ett visst aktivt agerande eller en viss underlåtenhet), dels uppskatta fördyringen till ett visst ungefärligt belopp (även om beställaren enligt Westberg inte måste styrka eller ens göra sin invändning antaglig).

Inkonsekvensen i Westbergs förhållningssätt väcker frågan om den föreslagna modellen är genomtänkt. Vad Westberg i realiteten beskriver i sitt exempel, är grunderna för den typ av beställaråterkrav som blivit vanliga på senare tid framför allt i skiljeförfaranden, där beställarens åberopanden av rättsfakta samt bevisning vad gäller påstådda omsorgsbrister främst består av efterhandskalkyler där byggekonomer getts uppdraget att uttala sig om vad entreprenaden ”borde” ha kostat vid ett ”fackmässigt” utförande (varvid s.k. nyckeltal används, se vidare avsnitt 3.1 nedan). I dessa mål argumenterar beställaren för att beställaren inte har att åberopa, än mindre bevisa, enskilda omsorgsbrister och effekterna av dessa. Istället gör beställaren gällande att kalkylerna ska bilda en bevisrättslig presumtion; entreprenören svarar för kostnadsökningen (differens mellan kalkyl och faktiskt utfall) så länge entreprenören inte kan exculpera sig. Trots att talan maskeras som en talan som grundar sig på ”brister i omsorgsplikten”, har beställaren i realiteten inte lagt fram några konkreta påståenden överhuvudtaget om att entreprenören agerat vårdslöst eller icke fackmässigt.[38]

Något ska även sägas om Westbergs påståenden om bevissäkringsmöjligheter.

Som referens till påståendet att entreprenören typiskt sett bör vara bäst insatt i relevanta prisfakta såsom 6:9 och 6:10 är innehållsligt utformade hänvisar Westberg till Göta hovrätts dom i mål nr T 197-16 samt Svea hovrätts dom i mål nr T 2388-01. Domarna handlar emellertid om 45 § köplagen och saknar därmed relevans, bl.a. av de skäl som redovisats i avsnitt 2.3 ovan. Det vedertagna avgörandet på området, ”Nybropalatset”[39], innebär att när beställaren invänder mot entreprenörens kostnad enligt AB 04 kap. 6 § 9 måste entreprenören visa kostnaden. Har entreprenören emellertid uppfyllt sin bevisbörda i det hänseendet har han rätt till ersättning om han har iakttagit sin omsorgsplikt. Om beställaren gör gällande att entreprenören inte har rätt till ersättning på grund av brister i omsorgsplikten åligger det beställaren att visa dels detta, dels den ekonomiska följden av åsidosättandet. Avgörandet i ”Nybropalatset” har följts i flera underrättsdomar.[40]

Ett starkt skäl till att beställaren lastas med bevisbördan är att det är regel snarare än undantag i entreprenadkontrakt där parterna avtalat om löpande räkning att parterna infört avtalsklausuler om ”öppna böcker” tillsammans med skyldighet för entreprenören att månads-

[38] Inte nog med det. Beställaren förmår heller inte att förklara på vilket sätt det lösa ”antagandet” — dvs. att differensen mellan nyckeltal och slutkostnad skulle bero på entreprenörens ”icke fackmässiga agerande” — är träffsäkert och tillförlitligt. Således presenteras exempelvis inga bevis eller utredningar till styrkande av att ”antagandet” har en objektiv förankring och speglar hur det i allmänhet förhåller sig i entreprenadprojekt. Sådana utredningar torde vara svåra att finna. Det är välkänt i utländska entreprenadstudier att störda entreprenader vanligen har flera orsaker där en svag majoritet i regel kan hänföras till beställaren själv.

[39] Svea hovrätts dom i mål nr T 10408-14.

[40] Se t.ex. Stockholms tingsrätts dom i mål nr T 1147-20 och samma tingsrätts domar i mål nr T 6919-20 och T 16932-21 (se även Norrtälje tingsrätts dom i mål nr T 886-18).

rapportera budget, budgetprognoser och kostnadsökningar.[41] Detta innebär att beställaren har fri tillgång till entreprenörens kostnadsredovisningssystem under hela entreprenadtiden samt att beställaren kan följa upp kostnadsökningar.[42] Det är också regelmässigt så att entreprenörer åläggs att löpande ladda upp sina dagböcker i en gemensam projektportal där de finns tillgängliga för beställaren under entreprenadtiden och därefter. Det anförda betyder att den ”dokumentationsplikt” som åvilar entreprenören, och som enligt Westberg får en särskild tyngd vid övervägandet om bevisbördans placering, i praktiken genomförs i båda parternas intressen. Huvudsakligen är det just plikten att föra dagbok enligt AB 04 kap. kap 3 § 13 som Westberg uppehåller sig vid och som anförs som ett skäl till entreprenörens goda bevissäkringsmöjligheter. En dagbok är enligt den omnämnda bestämmelsen emellertid avsedd att innehålla omständigheter av betydelse för entreprenaden (inte omständigheter som syftar till att utreda huruvida entreprenören varje dag vidtagit åtgärder ”för att fullgöra sin uppgift” mot beställaren enligt kap. 6 § 10). Syftet med dagboken är alltså inte att utgöra ett underlag för entreprenörens kostnadsredovisning eller på annat sätt att utgöra ett bevismedel som syftar till att kunna ”visas upp” när beställaren kommer med omsorgsinvändningar. De som sysslar med entreprenadtvister vet också att beställaren sällan läser eller överhuvud intresserar sig för dagboken under projektets gång. Dagböcker är ofta knapphändiga och innehåller ett minimum av information, bl.a. av den anledningen att entreprenören vet att beställaren inte kommer att ersätta ett arbete för förandet av en omfattande dagbok (särskilt inte en sådan som fylls med information över hur ”skickligt” entreprenören löser alla uppkommande problem enligt AB 04 kap. 6 § 10 och hur ”dåligt” beställaren samordnar, vilket i princip är det intryck man får av dagbokens typiska innehåll om man läser Westbergs artikel).

Det kan noteras att Westberg själv anför att ett argument mot att lägga bevisbördan på den part som har dokumentationsplikt och dylikt vore att hänvisa motparten att begära edition, varvid dock alternativet avfärdas eftersom det riskerar att göra rättegången långsammare och dyrare.[43] I självkostnadstvister har dock motargumentet till sin principiella natur bäring eftersom någon edition inte behövs; beställaren har löpande tillgång till allt det underlag entreprenören själv har tillgång till under entreprenadtiden.

Överhuvudtaget gäller att Westberg går till överdrift vad gäller entreprenörens möjligheter att säkra bevisning i frågan om fackmässighet. Entreprenören kan naturligtvis ha någorlunda goda förutsättningar att säkra bevisning kring att han agerat fackmässigt avseende ett visst arbetsmoment för det fall beställaren påtalar en konkret

[41] Så även i flertalet avgöranden nämnda i föregående not.
[42] Det handlar alltså om något ytterligare och mer än den materiella editionsrätt för beställaren som redan följer av AB 04 kap. 6 § 10 p. 4.
[43] Westberg 1 s. 555 not 74.

omsorgsbrist avseende visst arbete i nära anslutning till att arbetet utförts (eller under själva arbetet). Det är dock svårt att förstå hur Westberg menar att det typiskt sett skulle vara enklare för entreprenören att säkra bevisning kring fackmässighet om beställaren — såsom är typiskt för självkostnadstvister — långt senare (normalt efter avlämnandet) framför påståenden om att arbetet blivit för dyrt. I sådana fall är entreprenörens möjligheter att ”säkra bevisning” kring ”sin faktaversion” i praktiken ganska begränsad när det kommer till detaljer. I den typ av entreprenader där självkostnadstvister är vanliga, dvs. stora och komplexa sådana där tusentals arbetsmoment utförs dagligen och parallellt inom ett stort arbetsområde, har entreprenören inte resurser för att föra dokumentation kring hur varje moment fortskrider. Det är heller inte något entreprenören får ersättning för. Genom den löpande månadsrapporteringen har beställaren däremot såväl möjlighet som incitament att följa kostnadsutvecklingen i utvalda delar och sätta in resurser för att bevaka arbetet i syfte att bevissäkra inför slutkostnadsfördelningen i slutet på projektet.

Avslutningsvis ska något sägas om huruvida bevissäkringsargument helt och hållet ska tillåtas styra fördelningen av bevisbördan. Så är inte fallet. Det finns också ett intresse av att den materiella rätten får genomslag.[44] Enligt Westberg ger den praxis som utvecklats kring 45 § köplagen, dvs. att bevisbördan vilar på säljaren för de omständigheter som är relevanta vid bestämningen av ett skäligt pris, uttryck för att syftet med lagbestämmelsen är att köparen ska skyddas mot att i oklara fall behöva betala ett ”överpris”.[45] Westberg utgår från att *samma syfte* ligger bakom AB 04 kap. 6 § 10.[46] Detta kan dock starkt ifrågasättas. Av skäl som närmare utvecklats i avsnitt 2.3 ovan står det klart att 45 § köplagen och AB 04 kap. 6 § 10 behandlar två vitt skilda situationer och att de till sin natur avser att reglera två olika frågor. Syftet med AB 04 kap. 6 § 10 är inte att domaren ska utföra en ren skälighetsprövning i största allmänhet av nedlagda kostnader. Det medför att omständigheter som ”skäligt pris” och ”motsvarande pris” för liknande entreprenader saknar betydelse som prisrelevanta faktorer. Omsorgsregleringen utgör istället en kontraktsbrottsreglering. Vad som var och är syftet med denna reglering framgår av motiven till den nära identiska tidigare bestämmelsen AB 72 kap. 6 § 7 punkten 2. Man kan naturligtvis som Westberg ställa sig frågan om två parter som inkorporerat AB 04 därigenom också kan anses bli ”bundna” av vad Westberg uttrycker som ”bevisbördenormer” som inte uttryckligen uttrycks i standardavtalstexten utan endast i motiven,[47] men frågan behöver inte ställas på det krångliga sättet eller angripas ur den synvinkeln. Vill man ha reda på det reella syftet bakom omsorgspliktsbestämmelsen är det naturligt att titta på vad upphovsmännen tänkt sig. De har tänkt sig att beställarens

[44] Se t.ex. ”Bilbranden i Sollentuna” NJA 2021 s. 983 p. 8.
[45] Westberg 1 s. 558.
[46] Westberg 1 s. 558 f.
[47] Westberg 1 s. 547 not 38.

grundläggande skyldighet vid löpande räkning att ersätta entreprenörens faktiska kostnader ska gälla utan annan inskränkning än den som kan följa av att entreprenören icke på vederbörligt sätt iakttagit beställarens intressen, dvs. agerat klandervärt, och att det för betalningsbefrielse inte räcker för beställaren att visa att kostnaderna blivit ”för höga”.[48] Den tolkning av omsorgsplikten som ligger närmast till hands är därför att AB 04 kap. 6 § 10 syftar till att skydda entreprenören mot att, i oklara fall, inte få ersättning för de faktiska kostnader som denne lagt ned på utförandet för beställarens räkning. Det syftet talar starkt för att bevisbördan för omsorgsbrister läggs på beställaren.

### *2.6 Sammanfattning*

Sammanfattningsvis kan konstateras att de argument Westberg framhåller för att motivera en annan placering av bevisbördan för påståenden om omsorgsbrister än den vedertagna i litteraturen inte är övertygande vid en noggrannare granskning. Dessutom innehåller Westbergs förslag till ”modell” en hel del motsättningar. Det torde sammantaget inte finnas anledning för en domstol eller skiljenämnd att lägga Westbergs synsätt till grund för prövningen i ett konkret fall.

## 3 Beställaråterkrav grundade på brister i omsorgsplikten och kravet på precisa yrkanden och bestämda åberopanden av rättsfakta

### *3.1 Inledning*

I artikeln *Hopklumpade anspråk i entreprenadtvister — om processföringsupplägget ”global claim”* uppställer Westberg stränga krav för att entreprenören framgångsrikt ska kunna föra en talan baserat på bestämmelsen om väsentlig rubbning i AB 04 kap. 6 § 4. Bestämmelsen innebär, något förenklat uttryckt, en ersättningsrätt för entreprenören för mer betydande störningar som uppkommer i en entreprenad i det fall beställaren är ansvarig för störningarna. Ofta handlar det om situationer då t.ex. ett eller flera ändring eller tilläggsarbeten (”ÄTA-arbeten”) påverkat andra i entreprenaden ingående arbeten och fått en sammantagen *indirekt* kostnadseffekt på utförandet; dylika *följdverkningar* kan entreprenören enligt bestämmelsen om väsentlig rubbning få ersatta av beställaren.[49]

Westberg uppställer vid väsentlig-rubbning-anspråk ett krav på att varje enskild effekt av en störning ska betraktas som ett rättsfaktum som ska preciseras och bevisas.[50] Entreprenören måste således enligt Westberg inkomma med en tydlig beskrivning av vilken bestämd effekt som orsakats av en specifik händelse, som ska hållas isär från övriga händelser och deras respektive särskiljbara effekter. I samma anda argumenterar Westberg för att entreprenörens typiska yrkanden i mål som avser ersättning på grund av väsentlig rubbning överhuvudtaget inte är

[48] Motiv AB 72 s. 185, citerat i not 12 ovan.
[49] I vilken utsträckning entreprenören kan få vissa indirekta kostnader till följd av ÄTA-arbeten ersatta inom ramen för ÄTA-arbetet är en omstridd fråga.
[50] Ibid s. 315 f.

tillåtna enligt gällande rättegångsbalk. Så kallade ”summeringsyrkanden”, dvs. när entreprenören framställer ett eller ett fåtal större yrkanden som grundar sig på ett flertal olika händelsers sammanlagda effekt, kan enligt Westberg inte tillåtas med hänsyn till kravet på att yrkandet måste vara tillräckligt ”*precist*”.[51] Enligt Westberg måste varje störning bedömas för sig och åsättas ett värde, vilket i sin tur betyder att varje störning ska representeras av ett individuellt yrkande för sig som ska ha ett bestämt beloppsmässigt innehåll. Att Westbergs argumentation medför att den underliggande materiella rätten — i detta fall entreprenörens rätt till ersättning AB 04 kap. 6 § 4 för olika störningars samlade effekt — inte ges någon genomslagskraft hindrar inte Westbergs slutsatser.[52]

### *3.2 Beställaråterkrav i löpanderäkningsentreprenader — några karakteristiska drag*

Som förklarats ovan framkommer det genomgående i Westbergs artikel kring bevisbördan vad gäller omsorgsplikten att den typ av självkostnadstvist som diskuteras är den där entreprenören instämmer beställaren till domstol och kräver ersättning för utfört arbete som ännu inte blivit betalt (oreglerade fakturor). Westberg berör intressant nog därmed inte den numera alltmer vanliga situationen att det är beställaren som instämmer entreprenören till domstol eller skiljenämnd och kräver återbetalning av erlagda betalningar till entreprenören under entreprenadtiden för utfört arbete och nedlagda kostnader.

En beställare, som i dessa tvister förutser bekymmer med att prestera erforderligt konkret angivna omsorgsbrister hos entreprenören, med tillhörande åberopanden och påståenden om orsak och verkan av varje omsorgsbrist, kan välja att bygga upp sin talan utifrån substitut, dvs. någonting som ersätter en konkret beskrivning av den orsak och verkan som är unik för varje individuell omsorgsbrist. I flera av återkravsmålen som har prövats, samt i skrivande stund är under prövning, i olika skiljeförfaranden består beställarens åberopanden av rättsfakta samt bevisning vad gäller påstådda omsorgsbrister främst av efterhandskalkyler, där byggekonomer getts uppdraget att uttala sig om vad entreprenaden ”borde” ha kostat vid ett ”fackmässigt” utförande. Skillnaden mellan det i efterhand framräknade, kalkylerade beloppet

[51] Ibid s. 312–314. Berättigade invändningar mot Westbergs förda argumentation har framställs av Edling & Karlbom, *Ett processrättsligt hopkok? En replik på Peter Westbergs artikel i JT 2018–19 s. 305*, JT 2018–19 s. 993 ff.

[52] Även om det finns fler uppfattningar än Ekelöfs om rättsskipningens funktion bör det vara oomstritt att processrättsliga regler helst inte bör utformas på ett sätt som hindrar att materiella regler får genomslagskraft (Ekelöf m.fl., Rättegång — första häftet (Juno version 9) s. 13 ff.; se även not 42 ovan. I remissversionerna av nya AB 04 och ABT 06 (AB 25 resp. ABPU 25) klargörs att entreprenören har rätt till kostnader för ändringar och avvikande förhållanden även om kostnaderna endast kan härledas till den samlade effekten av ändringar och avvikande förhållanden (kap. 5 § 10).

och den faktiska slutkostnaden — som i vissa skiljeförfaranden har uppgått till mycket stora belopp — yrkas i återbetalning av beställaren.

Beställarens kalkyler är regelmässigt globala i den meningen att de inte innefattar beräkningar av hur lång tid specifika enskilda arbetsmoment (exempelvis golvläggning eller takmålning på plan 9) enligt beställaren borde ha tagit, utan kalkylerna avser ofta projektet i dess helhet, nedbrutet på mer eller mindre fiktiva samlingsbeteckningar av entreprenörens arbeten (t.ex. ”samtliga markarbeten”, ”byggnad”, ”skal”) där det sällan tydliggörs exakt vilka arbetsmoment ingående i samlingsbeteckningarna som motsvarar delarna i det faktiska utförandet. Ofta framställs enbart ett enda större yrkande, som är baserat på en differensuträkning mellan den faktiska slutkostnaden och det framräknade jämförelsebeloppet som innefattar entreprenadens alla delar i en klump. Det förekommer även att beställaren framställer alternativa delyrkanden som består av differensen mellan slutkostnaden av entreprenaden i en viss, ofta oklart avgränsad del (exempelvis ”samtliga markarbeten”) och det i efterhand framräknade kalkylbeloppet för den delen.

I vissa mål utgörs beställarens bevisning enbart av efterhandskalkylerna. Enligt beställaren utgör då byggekonomernas beräkning av hur lång tid ett visst arbetsmoment normalt sett tar att utföra och till vilken kostnad en bevisrättslig utgångspunkt för hur mycket tid och pengar en entreprenör ”borde” lägga ned på samma arbetsmoment i den faktiska entreprenaden. Detta ligger till sin tur till grund för ett påstående om en bevisrättslig presumtion; entreprenören svarar för kostnadsökningen (differens mellan kalkyl och faktiskt utfall) så länge entreprenören inte kan exculpera sig. Trots att talan alltså maskeras som en talan som grundar sig på ”brister i omsorgsplikten” enligt AB 04 kap. 6 § 10, har beställaren i realiteten inte lagt fram några konkreta påståenden om att entreprenören agerat vårdslöst; varken beträffande ett specifikt arbetsmoment eller ett visst utförande eller i största allmänhet.[53]

Mer vanligt är emellertid att efterhandskalkylerna kompletteras med ett antal nedslag i form av konkreta händelser under entreprenaden. Dessa nedslag handlar ofta om specifika påstådda omsorgsbrister, såsom att entreprenören exempelvis arbetat ineffektivt under en viss begränsad period på grund av en händelse som entreprenören enligt beställaren ansvarar för, att entreprenören tagit för mycket betalt i förhållande till vissa UE-avtal eller att entreprenören varit tvungen att

[53] Jfr även vad som sagts i not 18 och 35 vad gäller vanskligheterna med att åberopa kalkyler och nyckeltal som ett slags ”jämförelseunderlag”. Beställaren förväxlar genom sådana åberopanden vad entreprenaden ”borde ha kostat” med vad entreprenaden kunde ha kostat. Vad entreprenaden kunde ha kostat är givetvis irrelevant. Om beställaren menar att entreprenaden ”borde ha kostat” något annat än det entreprenaden kostade, och att anledningen till att entreprenaden inte kostade vad den ”borde” ha kostat är att entreprenören brustit i fackmässighet, kan beställaren naturligtvis inte inkomma med jämförelsetal, luta sig tillbaka och tro att hans talan därmed ska bifallas.

ersätta personer i projektet som misskött sig (varvid misskötseln haft en kostnadspåverkan). De enskilda nedslagen åberopas som rättsfaktum och bevisning till stöd för att det är just omsorgsbrister som lett fram till den stora skillnaden mellan det kalkylerade beloppet av vad entreprenaden ”borde” kostat och den faktiska slutkostnaden. Poängen med en grund för talan som utformas på detta sätt är just att antalet (i och för sig fristående) omsorgsbrister, alternativt ”storleken” på vissa omsorgsbrister, skulle förklara varför kostnaderna ”skenat” rent generellt. Beställaren har dock underlåtit att koppla samman någon påstådd omsorgsbrist inom ramen för ett specifikt arbetsmoment eller utförande med en påstådd *konkret* kostnadsfördyring.

### *3.3 S.k. ”global claims”*

Westberg har anfört att ett s.k. *global claim* kännetecknas av att grunderna för kärandens yrkanden består i en uppräkning av ett stort antal händelser som hävdas tillsammans ha fått en sammantagen effekt. Som exempel tar Westberg situationen där en entreprenör gör gällande ett stort antal hinder eller ÄTA-arbeten som förklaring till varför entreprenören inte har förmått färdigställa entreprenaden inom kontraktstiden, vilket medför ett krav på en rätt till tidsförlängning eller en rätt till ersättning för merkostnader som de samlade störningarna gett upphov till. Westberg har tidigare hävdat att ”[O]m en sådan summarisk beskrivning skulle godtas som tillräckligt preciserade åberopanden, skulle svaranden berövas rimliga möjligheter att argumentera för och motbevisa *vilka av händelserna i den stora mängden som inte alls har någon tidsfördröjande effekt eller inte alls har orsakat någon merkostnad*”.[54] Sett ur en processuell synvinkel finns det enligt Westberg goda skäl till varför en domstol i ett tidigt skede av förfarandet bör tillse att käranden (i Westbergs exempel entreprenören då ersättning krävs för väsentlig rubbning) inte bara beskriver varje händelse i tid, i rum och till beskaffenhet utan också preciserar vilken effekt, t.ex. en viss merkostnad, som denne vill knyta till vilken enskild händelse samt anger den enskilda effektens kvantitativa omfattning (i tid respektive pengar).[55] När det gäller vilka former av yrkanden som är tillåtna tar Westberg sin utgångspunkt i den vedertagna uppdelningen av skador (inom civilrätten) samt anför att detta bör styra svaret på frågan huruvida skilda störningar — i processuellt hänseende — bör utgöra flera saker (flera mål) och därmed också leda till slutsatsen att en dom över en slags störning inte rättskraftigt hindrar ny rättegång om ersättning för en annan störning. Westberg påpekar att varje skada, när det är fråga om skadestånd, ska bedömas för sig och åsättas ett värde, vilket i sin tur betyder att varje ersättningsgill skada respektive kostnad ska representeras av ett yrkande för sig som ska ha ett bestämt beloppsmässigt innehåll. Så snart varje sådant yrkande får ett till beloppet fixerat innehåll ska respektive

[54] Westberg 2 s. 315 (förf. kursivering).
[55] Westberg 2 s. 315.

yrkande betraktas som tillräckligt bestämt. Om den sammantagna effekten av flera skador spaltas ihop rör det sig om ett ”summeringsyrkande” som inte är tillåtet.[56]

Westberg konkluderar på ett ställe följande:

> Kärnan i processföringsmetoden global claim är att entreprenören utformar sin talan som att flera händelser har fått en sammantagen effekt och då under påståendet att det inte skulle vara möjligt att bryta ned denna sammanfattade effekt (totalkostnaden) i sina beståndsdelar. Det skulle därför inte heller vara möjligt att härleda varje enskild effekt till varje enskild händelse. Detta sätt att utforma sin talan kan illustreras med situationen att den anspråksdrivande entreprenören har räknat fram sitt krav på ersättning genom att jämföra sin kostnadskalkyl med ett påstått verkligt utfall. Mellanskillnaden mellan kalkylen och det påstått verkliga utfallet beskrivs därvid som en sammantagen ekonomisk effekt av vad som hävdas vara en väsentlig rubbning. Med en så utformad talan blir det inte möjligt att avgöra vilken händelse som skulle ha föranlett en viss effekt. Lika litet blir det möjligt att förstå vari varje konkret orsakssamband skulle bestå och vilken omfattning varje enskild effekt skulle ha fått.[57]

Westberg konkluderar sammanfattningsvis att entreprenörens talan inte kan prövas.

### *3.4 Beställaråterkrav och ”global claims”*

Om Westbergs processrättsliga utgångspunkter såvitt avser anspråk på väsentlig rubbning — där den materiella bakgrundsbestämmelsen (till skillnad från omsorgsbestämmelsen) faktiskt ger visst utrymme för att entreprenören ska kunna kräva ersättning på grund av vissa störningars samlade effekter — anammas och läggs till grund för en processuell bedömning av beställarens yrkanden i det typiska återkravsmålet, torde beställarens talan på motsvarande sätt inte kunna prövas och leda till framgång. Det beror, för det första, på att beställarens yrkande eller i förekommande fall delyrkanden är alltför oprecist/a. Det finns enligt Westberg inte utrymme för en domstol eller skiljenämnd att låta en kärande begränsa sig till att bara ange ett enda (summerings)yrkande eller ett fåtal (summerings)yrkanden som en sammanfattning för vad som egentligen utgör ett flertal individuella ersättningsanspråk hänförliga till ett flertal separata händelser (i det här fallet omsorgsbrister). Det krävs att käranden (beställaren) spaltar upp anspråken så att domstolen eller skiljenämnden och motparten exakt förstår vilket ersättningsanspråk som hör till vilken händelse (omsorgsbrist) och vilken effekt (merkostnad) som käranden (beställaren) vill knyta till varje individuell brist. Sker inte detta riskerar dömande instans att döma i strid mot 17 kap. 3 § rättegångsbalken vilket utgör, såsom Westberg, påpekar ett grovt rättegångsfel (alternativt en klandergrund).[58]

[56] Westberg 2 s. 313 f. Huruvida ett krav på ersättning för kostnader vid väsentlig rubbning utgör ett ”skadeståndskrav” eller ett ersättningskrav för utfört arbete råder det delade meningar om.
[57] Westberg 2 s. 325.
[58] Westberg 2 s. 314.

Rättegångsbalken innehåller enligt Westberg inte heller några bestämmelser som gör att en domstol eller skiljenämnd kan godta att käranden (beställaren) inte förmår att åstadkomma tillräckligt konkreta åberopanden av rättsfakta. Om således beställaren menar att det finns ett antal händelser under entreprenaden som berättigar ett återkrav, ska beställaren konkret beskriva varje anspråksgrundande händelse för sig och vilken effekt (till art och omfattning) som ska knytas till respektive händelse. Det lämnas ingen öppning för att käranden (beställaren), istället för att konkretisera sina påståenden, faller tillbaka på en i allmänt hållna eller vaga ordalag gjord mängdbeskrivning av omsorgsbrister.

### *3.5 Sammanfattning*

De återbetalningskrav som blivit allt vanligare i självkostnadstvister på senare tid, där beställaren begär återbetalning för delar av de betalningar som erlagts under entreprenadtiden under påstående om att entreprenören brutit mot sin omsorgsplikt, är utformade på sådant sätt att de uppfyller Westbergs definition av s.k. ”summeringsyrkanden”. Såvida inte Westberg menar att olika processuella krav ska gälla för entreprenörer respektive beställare just i dessa sina egenskaper, leder en applicering av de regler Westberg uppställt ifråga om summeringsyrkanden till att de beställaråterkrav som idag är typiska och förs i ett flertal större skiljemål är otillåtna och ska avvisas.[59]

[59] Om avvisandefrågan, se Lindskog, *Skiljeförfarande* (Juno version 3), Kommentaren till 23 §, avsnitt 4.1.2.