Fel under garantitid i ABT 06 och bevisbörda

Av advokaten JACOB FRANK[1]

I ett tidigare nummer av denna tidskrift har författaren skrivit om den processrättsliga innebörden av entreprenörens ansvar för fel som framträder under den s.k. garantitiden i en utförandeentreprenad (AB 04 kap. 5 § 5).[2] Förevarande framställning behandlar motsvarande frågeställning i en totalentreprenad (ABT 06 kap. 5 § 5).[3]

1 Inledning

1.1 Utförandeentreprenader och totalentreprenader — några randanmärkningar

En del av det som sagts i den tidigare framställningen om fördelningen av bevisbördan vid garantifel i en utförandeentreprenad har bäring även på motsvarande frågeställning i en totalentreprenad. En avgörande skillnad mellan entreprenadformerna såvitt nu är aktuellt är emellertid att omfattningen av entreprenörens felansvar är utvidgat i ABT 06 jämfört med AB 04. Det beror naturligtvis på att entreprenörens kontraktuella åtagande är mer omfattande i en totalentreprenad jämfört med en utförandeentreprenad.

I utförandeentreprenader, som regleras av AB 04, ansvarar beställaren för projektering och funktion, medan entreprenörens ansvar är begränsat till att utföra entreprenaden i enlighet med beställarens projektering. I AB 04 kretsar därför felbegreppet (enbart) kring just själva utförandet (och dess överensstämmelse med kontraktshandlingarna). I en totalentreprenad, som regleras av ABT 06, ansvarar entreprenören inte bara för utförandet utan även för projekteringen av arbetena. I förordet till ABT 06 förklaras att beställaren i en totalentreprenad förväntas lämna föreskrifter om det tilltänkta objektets användbarhet eller egenskaper i förfrågningsunderlaget genom s.k. funktionskrav. Det sägs sedan att entreprenören ansvarar för att dessa, av beställaren uppställda, funktionskrav uppfylls. Av kap. 1 § 1 tredje stycket (samtliga hänvisningar i det följande avser ABT 06 om inget annat anges) följer att om uttryckliga funktionskrav saknas, ska arbetena utföras så att de

[1] Författaren är verksam som advokat vid Advokatfirman Schjødt. Författaren tackar Jacob Andersson, Kastell, för genomläsning av ett tidigt utkast till artikeln.

[2] Frank, *Fel under garantitid i AB 04 och bevisbörda*, SvJT 2026 s. 36 ff. (”Frank”).

[3] I ett vagt — och möjligen något övermodigt — ögonblick utlovades i den tidigare framställningen en uppföljande artikel om ABT 06 (Frank s. 1 not 2). Föreliggande text är ett försök att leva upp till detta. Vissa grundläggande begrepp och utgångspunkter som aktualiseras i denna artikel har behandlats mer ingående i den tidigare framställningen, till vilken läsaren i dessa delar hänvisas.

motsvarar vad som kan fordras med hänsyn till den planerade användning som beställaren redovisat för entreprenören.

”Hybrider” mellan entreprenadformerna i en och samma entreprenad förekommer. Således händer det vid utförandeentreprenader att beställaren överlåter åt entreprenören att projektera entreprenaden avseende vissa avgränsade, ofta mindre delar. Vid totalentreprenader förekommer det omvänt att beställaren för viss del av entreprenaden specificerar (kravställer) utförandet genom föreskrivande av viss konstruktion eller teknisk lösning.[4] Dessa mellanformer, där parterna alltså antingen modifierat en utförandeentreprenad enligt AB 04 mot en totalentreprenad (s.k. insprängd totalentreprenad) eller modifierat en totalentreprenad enligt ABT 06 mot en utförandeentreprenad, vållar vissa rättsliga utmaningar.[5] I det senast nämnda fallet följer det uttryckligen av kap. 1 § 8 (jfr kap. 1 § 6) att entreprenörens ansvar är begränsat till utförandet i de delar där beställaren anvisat viss teknisk lösning. I det förra fallet har entreprenören ansvaret för en viss teknisk lösnings eller konstruktions riktighet om entreprenören har projekterat konstruktionen i denna del, oaktat att standardavtalet AB 04 valts.[6]

Som ska utvecklas i det följande är det gemensamt vid en felbedömning såväl enligt AB 04 som ABT 06 att kontraktsenligheten av entreprenaden är beroende av parternas avtal och vad entreprenören i det enskilda fallet faktiskt är skyldig att uppnå utifrån avtalet. Det blir alltså i båda fallen fråga om avtalstolkning av entreprenadhandlingarna för att utröna om fel i entreprenaden föreligger eller inte. Föreligger tvist inte bara om huruvida entreprenaden är felaktig utan även om huruvida entreprenaden i den del som hänför sig till det påstådda felet

[4] Med teknisk lösning avses i ABT 06 enligt begreppsbestämningarna ”material, vara, konstruktion eller utförande som angetts på ritning, i beskrivning eller på annat sätt”. Samma definition finns i AB 04. I marginalanmärkningen till definitionen i ABT 06 (motsvarande text saknas i AB 04) anges att den tekniska lösningen utmärks av att den utvisar det avsedda utförandet av del av entreprenaden utan angivande av motiv. Som ett exempel anges att en uppgift om bredden på en garageöppning eller en viss mellanväggskonstruktion utgör en teknisk lösning, medan en uppgift om att ett fordon med två meters bredd ska kunna passera genom garageöppningen eller att mellanväggen ska uppfylla vissa krav avseende ljudisolering utgör en föreskrift om funktion. Se även not 6 nedan.

[5] Se för ett exempel på sådana utmaningar not 23. Uttrycket ”insprängd utförandeentreprenad” har inte vunnit samma genomslag som begreppet insprängd totalentreprenad, av oklar anledning. Det framstår som en minst lika bra (eller dålig) beskrivning av den sammanblandning som avses. Ibland talas om ”styrda” totalentreprenader i sammanhanget.

[6] Jfr NJA 2009 s. 388. Av rättsfallet följer även att med ”riktighet” i AB 04 kap. 1 § 6 inkluderas också lämpligheten av den tekniska lösning eller konstruktion ifråga som entreprenören projekterat. Här kan också nämnas att frågan om vad entreprenörens åtagande i ett enskilt fall utgörs av även har koppling till ÄTA-regleringen. Om en teknisk lösning har föreskrivits av beställaren, och den lösningen antingen inte är möjlig eller mycket olämplig, kan entreprenören välja att utföra enligt lösningen ändå. Vid en besiktning ska han inte svara för att funktionen är bristfällig, eftersom entreprenören i denna del endast har ett utförandeansvar. Entreprenören har ingen undersökningsplikt i detta avseende, men om entreprenören faktiskt upptäcker att föreskriven lösning är ogenomförbar är han enligt AB 04 kap. 2 § 9 (jfr ABT 06 kap. 2 § 7) skyldig att underrätta beställaren härom — är den tekniska lösningen inte genomförbar berättigar det till ÄTA-ersättning.

är en utförande- eller totalentreprenad, blir det likaledes relevant att avgöra frågan genom avtalstolkning.[7] Ansvarsfördelningen i den sistnämnda tvistesituationen kan alltså inte bestämmas bara utifrån vilket standardavtal som valts.

Även om sammanblandning av entreprenadformerna i en och samma entreprenad onekligen kan ge upphov till tolkningssvårigheter, finns det skäl att vara återhållsam med att överdriva de problem som uppkommer. Avtalsfriheten, i förening med de ofta föreliggande kommersiella och tekniska motiven för blandformer, talar snarare för att sådana lösningar bör välkomnas, eller åtminstone accepteras. De tolkningsfrågor som följer är en ofrånkomlig — och hanterbar — konsekvens av avtalsrättslig komplexitet och utgör en naturlig del av rättstillämpningen.

1.2 Närmare om felregleringen i ABT 06

Liksom vad är fallet vid en utförandeentreprenad bestäms omfattningen av entreprenörens åtagande i en totalentreprenad av kontraktshandlingarna (kap. 1 § 1). Parternas avtal bestämmer alltså uppdraget och dess innehåll.

I en utförandeentreprenad är det en självklarhet att arbeten som inte redovisas i kontraktshandlingarna som utgångspunkt inte omfattas av entreprenörens åtagande. Det förhåller sig något annorlunda i en totalentreprenad. Entreprenörens åtagande i en totalentreprenad påverkas av att entreprenören ansvarar för projekteringen. Det innebär att entreprenören, som framgått ovan, har ett ansvar för att av beställaren uppställda *funktionskrav* uppnås. Har beställaren föreskrivit funktionskrav åläggs således entreprenören inom ramen för sitt projekteringsansvar ett åtagande att tillse att entreprenaden uppvisar sådana tekniska lösningar som krävs för att de föreskrivna funktionskraven uppnås. Ibland sägs, ofta utan närmare precision, att entreprenören har ett ”allmänt funktionsansvar” om ABT 06 avtalats. Det är emellertid ett alltför oprecist påstående, och en inte helt korrekt beskrivning av vad som gäller.[8] Vid brist på närmare, konkreta funktionskravspecifikationer avseende viss del av entreprenaden sträcker sig entreprenörens åtagande och ansvar inte längre än att den aktuella delen bör vara

[7] Jfr NJA 2009 s. 388.

[8] Ibland sägs också att funktionsansvaret omfattar ett ”helhetsansvar” för entreprenaden. Inte heller detta är korrekt. Skillnaden mellan att bära ett övergripande ansvar (eller ett ”helhetsansvar”) och att uppfylla specifika funktionskrav ligger bland annat i möjligheten att *beräkna* och förutse själva uppdraget. Entreprenören behöver kunna fastställa vilka funktionskrav som gäller, utforma en lösning som uppfyller dessa och genomföra den i praktiken. Det ingår däremot inte i entreprenörens ansvar att ta med eller utföra arbeten som faller utanför de funktionskrav som beställaren har angivit. På så vis är entreprenörens ansvar även vid en totalentreprenad begränsat, trots att entreprenören har frihet att välja lösning (i den mån inte beställaren gjort det).

lämplig för sitt ändamål sådant detta ändamål gjorts känt för entreprenören av beställaren.[9]

Entreprenörens åtagande vid totalentreprenad kan alltså även omfatta arbeten som inte finns uttryckligen angivna men som med hänsyn till uppställda funktionskrav eller till den planerade användning som entreprenören redovisat, måste anses ingå i entreprenörens åtagande. *Fel* definieras i begreppsbestämningarna i ABT 06 som en avvikelse som innebär att ”en del av entreprenad inte utförts alls eller inte utförts på ett kontraktsenligt sätt”. Feldefinitionen är alltså identisk med den som anges i AB 04. Den är något missvisande för totalentreprenader. Till ansvaret för utförandefel kommer ju att entreprenören i en totalentreprenad även har ett ansvar för att entreprenaden uppfyller *avtalade* funktioner. Funktionsavvikelser behöver inte ha med utförandet att göra utan kan bero på den tekniska lösning entreprenören har valt, eller dennes projektering i övrigt.

Vid en bedömning av en totalentreprenads kontraktsenlighet inriktas prövningen i regel på om de av beställaren föreskrivna funktionskraven är uppfyllda eller inte. Respektive funktionskravs *formulering* kommer vid en sådan prövning att få stor betydelse. För funktionskrav som formulerats på ett sätt som medför att de objektivt — genom teknisk verifiering — kan fastställas, säger det sig självt att det finns möjlighet att lägga fram bevisning i frågan om kraven är uppfyllda eller inte. Det blir svårare om ”kravet” ifråga inte uppfyller denna förutsättning.

Själva begreppet ”[F]unktion” definieras i begreppsbestämningarna på det sättet att det ska handla om ”sådan användbarhet eller sådan för användbarhet nödvändig egenskap som normalt konstateras genom mätning, provning eller nyttjande”.[10] För att fråga i ett enskilt fall ska anses vara om ett funktions*krav* torde således krävas att kravet är utformat på sätt som möjliggör ett objektivt konstaterande av om kravet är uppfyllt eller inte. Annars är det inte fråga om ett funktionskrav. En allmänt hållen funktionsangivelse (av typen att exempelvis viss egenskap ska vara ”lämplig” eller ”tillfredsställande”), liksom avsaknaden av funktionsangivelse, medför som påtalats ovan ett mer begränsat ansvar

[9] Jfr kap. 1 § 1 tredje stycket, ävensom NJA 2009 s. 388. Jag återkommer till denna fråga längre ner. Kravet på *ändamålsenlig* användbarhet kan skilja sig från faktisk användbarhet.

[10] I marginalanmärkningen till definitionen anges att en funktion normalt beskrivs genom angivande av relevanta egenskaper eller prestanda. Som ett antal exempel anges trafikmängd, belysningsstyrka, luftflöde, temperatur, kapacitet, reningseffekt, ljud- och värmeisolering, ljusreflektion samt energiförbrukning. Det anges även att uppräknade exempel relaterade till funktionskrav normalt fordrar närmare kontroll i form av mätning, provning eller nyttjande av entreprenaden (att skilja från tekniska lösningar som utmärks av att de utvisar det avsedda utförandet av del av entreprenaden, jfr not 3 ovan).

för entreprenören beträffande aktuell del på så vis att delen ska fungera utifrån vad entreprenören känner till om den planerade användningen.[11]

Eftersom det råder avtalsfrihet står det parterna fritt att genom avtalet hänvisa till särskilda provningsmetoder eller certifieringsregler som ett led i bedömandet av om de föreskriva funktionskraven är uppfyllda.

Under *garantitiden* har beställaren, med de begränsningar som följer av kap. 7 § 11, rätt att som fel göra gällande såväl utförandefel (dvs. samma som i AB 04) som fel i form av funktionsavvikelser (avvikande från AB 04).[12] Kap. 5 § 5, som har samma lydelse som motsvarande bestämmelser i AB 04, föreskriver helt kort att entreprenören ”ansvarar för fel som framträder under garantitiden”.

Ett centralt påpekande är emellertid på sin plats vad gäller utförandefel i en totalentreprenad. Som utgångspunkt ska entreprenaden naturligtvis utföras enligt kontrakts- och entreprenadhandlingarna, i enlighet med vad som föreskrivs i kap. 2 § 1.[13] När det är entreprenören själv som projekterar, ska denne således enligt kap. 2 § 1 följa inte bara kraven som beställaren specificerat i sitt förfrågningsunderlag utan även sina egna handlingar och ritningar som projekterats fram. Ett fel behöver dock inte nödvändigtvis föreligga enbart med hänvisning till att arbetena inte är utförda enligt projekteringshandlingarna, så länge funktionskravet ändå är infriat. Omvänt kan entreprenören inte undgå felansvar enbart med hänvisning till att entreprenaden utförts korrekt enligt projekterade handlingar, om det finns en avvikelse från uppställda funktionskrav i det fysiska slutresultatet som beror på entreprenörens felaktiga projektering.[14]

[11] Se återigen kap. 1 § 1 tredje stycket. Se även i anslutning till not 5 ovan. Vilka egenskaper som kan anses nödvändiga beror på hur utförlig beställarens beskrivning av den avsedda användningen är. Om redovisningen är kortfattad blir de egenskaper som entreprenören kan bedöma som nödvändiga mer generella och övergripande. Förmodligen bör bedömningen av vad entreprenören borde ha bedömt vara objektiv, dvs. den korrekta frågan är vilken bedömning en fackman skulle göra.

[12] Om denna skillnads praktiska effekt, se avsnitt 2.2 *in fine* nedan.

[13] I angiven bestämmelse, som reglerar utförandet, föreskrivs vidare att om standard- eller kvalitetsangivelse i visst avseende inte lämnats, ska arbetet i det avseendet *utföras* i klass med entreprenaden i övrigt. Entreprenören är alltid skyldig att utföra sitt arbete på ett fackmässigt sätt. Här kan även nämnas att entreprenören enligt kap. 1 § 12 är ansvarig för att författningar följs i den utsträckning de berör hans åtagande.

[14] Vid feltvister förekommer det att beställaren gör gällande att entreprenörens projektering ska felbedömas särskilt. Det formuleras ofta i påståenden om att projekteringen *i sig* är felaktig. Efter färdigställandet har emellertid projekteringen ingen självständig betydelse. Det är summan av entreprenörens arbetsuppgifter — dvs. den färdiga entreprenaden som innefattar såväl projektering som utförande — som ska överensstämma med uppställda funktionskrav (eller i andra hand kraven som följer kap. 1 § 1 tredje stycket). Det bör innebära att när de arbeten är utförda som omfattas av projekteringen, är det *det fysiska slutresultatet* som ska felbedömas. Det kan i sammanhanget noteras att det uttryckligen anges i kap. 7 § 11 att ”i besiktningen ingår inte att separat bedöma entreprenörens projektering”, vilket också skulle få egendomliga konsekvenser. Ponera exempelvis att entreprenören vid sin projektering haft viss säkerhetsmarginal i förhållande till av beställaren uppställda funktionskrav. Ska då kontraktsenligheten bedömas enligt entreprenörens projektering och inte enligt uppställda krav? Självfallet inte.

2 Bevisbörda för förekomsten av fel under garantitiden enligt ABT 06

2.1 Inledning

Som påtalats i den tidigare framställningen berör felbedömningar i regel flera skilda faktorer och rättsfakta. I enlighet med vad Högsta domstolen (HD) uttalat är det inte givet att bevisbörda och beviskrav är desamma för de olika faktorerna i alla sammanhang.[15]

Med viss repetition från den tidigare framställningen kan mer noggrant fyra bevis(börde)frågor urskiljas med avseende på förutsättningarna för ansvar för fel i en köprättslig felsituation.[16] För det första är en vara eller tjänst felaktig om den avviker från vad som avtalats. En första bevisfråga är därför vad som har avtalats, om detta är stridigt. Den andra bevisfrågan avser förekomsten av ett faktiskt fel, dvs. en försämring som innebär att varan eller tjänsten avviker från vad som avtalats. För det tredje uppkommer så en fråga om orsaken till avvikelsen. Beror avvikelsen på köparen, svarar inte säljaren för felet. Den fjärde bevisfrågan har sin grund i att det måste fastställas när defekten uppkom, vilket har att göra med reglerna om riskövergång. Det inrymmer dock i allt väsentligt en orsaksbedömning.[17]

I den tidigare framställningen har det också konstaterats att det inte råder någon tvekan om att det är köparen av en vara eller tjänst som i normalfallet har bevisbördan för samtliga de faktorer som omnämnts ovan.[18]

Utgångspunkten i AB 04 är att felbegreppet är normativt bestämt genom kontraktshandlingarna. Ett fel föreligger endast om entreprenaden avviker från vad som avtalats i fråga om utförandet och inte enbart därför att det färdiga resultatet uppvisar brister eller funktionsproblem i största allmänhet. Bedömningen av om ett fel föreligger är därmed en fråga om bevisning rörande avtalets innehåll och entreprenadens faktiska utförande. Att entreprenören enligt AB 04 kap. 5 § 5 ansvarar för fel som framträder under garantitiden innebär i enlighet med diskussionen i den tidigare framställningen ett ansvar för avhjälpande av ett konstaterat fel, men säger inget om hur bevisbördan ska fördelas i en tvist om fel föreligger. Om en beställare genom att enbart peka på en allmän försämring i skick under garantitiden skulle kunna

[15] NJA 2015 s. 233 p. 14 (köprätt).

[16] Se mer utförligt Frank bl.a. avsnitt 2.2. Den köprättsliga systematiken är inte direkt tillämplig på entreprenadrätten, men den ger ett användbart raster för att identifiera vilka rättsfakta som normalt måste vara styrkta även i entreprenadtvister. Som kommer att framgå i det följande passar den köprättsliga systematiken, med en uppdelning mellan å ena sidan frågan om det föreligger ett faktiskt fel (17–19 §§ köplagen) och å andra sidan vem som svarar för felet (12, 13 och 30 §§ köplagen), bättre för totalentreprenader än för utförandeentreprenader.

[17] I ett exempel med köp av vara kan en defekt bero på att varan var felaktig redan då den avlämnades, men den kan också bero på att köparen vanvårdat egendomen efter det att han tog emot den eller på en olyckshändelse efter avlämnandet. Klarläggs orsaken till felet besvaras i regel även frågan om när felet uppkom (beror felet t.ex. istället på ett konstruktionsfel fanns ju onekligen felet redan vid avlämnandet).

[18] Om verkan av s.k. funktionsgarantier och Alméngarantier i allmänhet, se Frank avsnitt 2.3.

få entreprenören att bära bevisbördan för att fel inte föreligger, skulle resultatet stå i strid inte bara med den grundläggande ansvarsfördelningen i en utförandeentreprenad utan även med helt grundläggande bevisbördeprinciper inom köprätten och rättsverkningarna av en s.k. Alméngaranti, enligt vilken köparen måste bevisa (i) avtalets innehåll[19] och (ii) att det faktiskt föreligger en avvikelse i förhållande till avtalet för att komma i åtnjutande av en presumtion om att det således bevisade felet förelåg vid riskövergången.[20]

2.2 Närmare om ABT 06

Felbegreppet enligt ABT 06 är också normativt bestämt genom kontraktshandlingarna. Att så är fallet visar sig bäst genom ett exempel. Ponera att en totalentreprenad enligt ABT 06 avser uppförande av ett kontorshus. Kontraktshandlingarna innehåller vissa funktionskrav avseende inomhusklimat, men inga uttryckliga krav på högsta tillåtna ljudnivå från ventilationssystemet i kontorsrummen. Inte heller har någon viss standard, riktlinje eller ljudklass — eller branschrekommendationer från t.ex. Svensk Ventilation — införlivats som kontraktskrav. Entreprenören projekterar ventilationssystemet så att det uppfyller gällande författningskrav, med någon marginal. Efter godkänd slutbesiktning framför beställaren under garantitiden invändningar om att ljudnivån upplevs som störande och hänvisar till att entreprenören inte har ”styrkt” att systemet uppfyller rekommenderade ljudnivåer enligt en viss branschstandard. Enligt beställaren skulle det åligga entreprenören att visa att fel inte föreligger. Avgörande för felbedömningen i angiven situation är emellertid om det kan fastställas att ventilationssystemet avviker från de kontraktsenliga fordringar som faktiskt har avtalats. I avsaknad av uttryckliga funktionskrav utgörs dessa av författningskrav,

[19] Som påtalats i den tidigare framställningen är detta huvudregeln och avser både avtals existens och dess innehåll, men frågan kan såklart kompliceras (Frank s. 52 not 55). Om köparen/beställaren t.ex. hänvisar till skriftligt avtal vars existens och innehåll är ostridigt men säljaren/entreprenören hänvisar till avvikande muntlig överenskommelse bär såklart säljaren/entreprenören bevisbördan för sitt påstående.

[20] För en mer utförlig beskrivning se Frank avsnitt 2.4. Om entreprenörens felansvar under garantitiden i en utförandeentreprenad skulle jämställas med en Alméngaranti, skulle det medföra en presumtion och omkastad bevisbörda avseende endast tidpunkten för felets uppkomst (bevisfråga [iii] ovan). Men eftersom felbegreppet i AB 04 (till skillnad från felbegreppet i köprätten, jfr not 15) förutsätter att felet är ursprungligt, är det inte så mycket vunnet med en sådan presumtionsregel. För att det ska föreligga ett fel enligt AB 04 krävs att ett visst utförande av entreprenadarbetena avviker från kontraktshandlingarna. Det sagda följer uttryckligen av feldefinitionen i en utförandeentreprenad. Därmed inbakas frågan om en viss defekts orsak i felbegreppet — och som en följd även frågan om tidpunkten för felets uppkomst. Ponera således att beställaren gör gällande att entreprenaden är felaktig eftersom entreprenörens utförande i visst avseende inte varit fackmässigt. Det åligger då beställaren att visa dels vad som är ett fackmässigt utförande, dels att de aktuella arbeten avviker från vad som kan anses fackmässigt. Lyckas beställaren med det, ska det således bevisade felet enligt Alméngarantin presumeras ha förelegat redan vid riskövergången. Har emellertid ett utförandefel bevisats, är det också bevisat att felet ifråga förelåg vid riskövergången (arbetena utförs och slutförs innan entreprenaden överlämnas). Se även avsnitt 2.2 *in fine* nedan.

kravet på fackmässigt utförande och vad som kan fordras med hänsyn till den planerade användningen såsom denna redovisats av beställaren. Det är alltså inte på något sätt givet att den branschrekommendation som beställaren hänvisat till i exemplet per automatik medför att fel i entreprenaden ska anses föreligga. Det är beställarens sak att visa att den ifrågavarande branschrekommendationen motsvarar den funktion entreprenören är skyldig att uppnå enligt den utfyllande regeln kap. 1 § 1 tredje stycket.[21]

Bedömningen av om entreprenaden, eller del därav, uppfyller kontraktsenliga fordringar sker alltså i flera led även vid en totalentreprenad. Enligt det första ledet har dömande instans till att börja med att bedöma vad som har avtalats, och vad som således utgör ”kontraktsenliga fordringar” i den aktuella entreprenaden. Som bl.a. Hovrätten över Skåne och Blekinge har uttalat får det, även när fråga är om ett potentiellt fel som framträtt under den s.k. garantitiden i en totalentreprenad, anses ankomma på beställaren ”att i ett inledande skede visa att det föreligger en avvikelse från kontraktsenligt skick”.[22] Det innefattar i själva verket att visa (i) vad kontraktsenliga fordringar utgör och (ii) att en avvikelse från dessa fordringar föreligger.

Nämnda hovrättsavgörande har kommenterats av Ingvarsson & Eickhoff, vars uppsats ingående berörts i den tidigare framställningen. Ingvarsson & Eickhoff gör gällande att hovrättens bevisbördeplacering medförde att parterna i det aktuella målet fick bevisbördan ”för samma förhållande”.[23] Det är helt enkelt inte korrekt.[24] Som redogjorts för ovan

[21] Här är Svea hovrätts dom den 15 november 2019 i mål nr T 4005-16 belysande. Det rörde sig om en totalentreprenad avseende uppförande av pizzeria. Vid ett oanmält kontrollbesök av livsmedelsinspektör under pågående överbesiktning antecknade denne att ett slutet degrum skulle göras i anslutning till frysrummet. I ett efterföljande mail förklarade denne att det inte fanns något författningskrav på att degberedning i en restaurang skulle ske i ett avskilt degrum, men att Järfälla kommun rekommenderade detta enligt bifogade riktlinjer. I motsats till överbesiktningsnämnden fann hovrätten att beställaren inte hade lyckats visa att fel förelåg. På s. 21 uttalades: ”Det har visserligen klarlagts att degrummets utformning inte var den mest lämpliga ur praktisk synvinkel, vare sig när det gäller rengöring eller befarad risk för buller och hög temperatur. Dessa brister kan emellertid inte föranleda slutsatsen att byggnaden inte var utformad på sådant sätt att den kunde fungera som pizzeria. Hovrätten finner därför att Dolfin inte har styrkt att entreprenaden på denna punkt avvek från vad som kunde fordras med hänsyn till den planerade användningen. Det är följaktligen inte visat att det förelåg ett fel på grund av avvikelse från funktionskrav.” Det förhållandet att entreprenören inte valt den allra mest lämpliga lösningen utgör således inte ”tröskeln” vid prövningen av det utfyllande funktionskravet enligt kap. 1 § 1 tredje stycket.

[22] Hovrätten över Skåne och Blekinges dom den 23 november 2021 i mål nr T 3896-20.

[23] Ingvarsson & Eickhoff, *I kärnan eller därefter? Kontrakts- och processrättsliga aspekter på fel som framträder under garantitid enligt AB 04*, SvJT 2022 s. 830, på s. 849 f.

[24] Kritiken mot Ingvarsson & Eickhoffs framställning kan — med reservation för min egen tolkning — sammanfattas i tre punkter: (i) uppsatsen förbiser den grundläggande distinktionen mellan fel- och ansvarsfrågor som materiellt görs inom köprätten (vilken får avgörande betydelse även vid fastställande av bevisbörda), (ii) uppsatsen utgår från ett (felaktigt) köprättsligt felbegrepp i stället för det normativt avtalsbestämda felbegreppet i AB 04, vilket leder till felaktiga jämförelser, samt (iii)

innefattar en ansvarsprövning inom ramen för en potentiell felsituation fel flera olika rättsfakta. Frågan om fel föreligger är i själva verket, och noggrant taget, inte i sig en bevisfråga, utan det är en (helhets)bedömning som görs på grundval av de omständigheter som kan anses bevisade både såvitt avser vad som är avtalat och om det fysiska slutresultatet avviker från vad som avtalats.[25]

I hovrättens avgörande (som alltså avsåg ett entreprenadavtal enligt ABT 06) var det bl.a. fråga om sprickor som hade uppstått i ett golv i en galleria som entreprenören uppfört. Beställaren hade inte uppställt några särskilda funktionskrav som ansågs relevanta avseende golvet. Frågan blev därmed om beställaren hade visat sådana sakomständigheter som kunde leda till bedömningen att fel likväl kunde anses föreligga enligt den utfyllande regeln i kap. 1 § 1 tredje stycket. I det avseendet gjorde hovrätten bedömningen att beställaren hade visat att förekomsten av sprickorna hade sådan omfattning att golvet fick anses ha förlorat sin grundläggande funktion och användbarhet, vilket enligt hovrätten i sig medförde en avvikelse från kontraktsenligt skick enligt kap. 1 § 1 tredje stycket. Därmed förelåg en avvikelse från vad beställaren hade rätt att fordra utifrån kontraktsenligt skick, och således ett fel. Den återstående frågan blev därmed om entreprenören ansvarade för felet. I det avseendet fann hovrätten att entreprenören hade bevisbördan. När ett fel (avvikelse från kontraktsenliga fordringar) har bevisats av beställaren i en totalentreprenad, åligger det alltså entreprenören att beroende på omständigheterna göra sannolikt att felet beror på något förhållande på beställarens sida (t.ex. bristande underhåll eller felaktig skötsel). Bevisbördeeffekten av en s.k. funktionsgaranti tillämpades därmed helt korrekt av hovrätten, och parterna ålades alltså inte (som föreslagits av Ingvarsson & Eickhoff) bevisbördan för samma rättsfakta.[26]

uppsatsens beskrivning av rättsverkningarna av köprättsliga garantier avviker från vad som i litteratur och rättspraxis är vedertaget.

[25] I den mån beställaren påstår utfyllande funktionskrav (kap. 1 § 1 tredje stycket) och till grund för talan lägger den bedömning entreprenören borde ha gjort som fackman utifrån den planerade användningen kan noteras att beställarens bevisbörda strikt taget inte avser själva fackmässigheten, utan de omständigheter som enligt beställaren konstituerar fackmässighet. Precis som vårdslöshet är fackmässighet ett abstrakt och komplext rättsfaktum. Med abstrakt avses då att fackmässigheten är att betrakta som ett villkor för en viss rättsföljd — inte som en konkret omständighet i det enskilda fallet (i princip behöver därför ”fackmässighet” heller inte åberopas). Med komplext avses att fackmässighet liksom vårdslöshet i regel är sammansatt av flera delar. Dömande instans kan endast lägga fackmässighet till grund för dom om de konkreta objektiva rättsfaktummoment som utgör fackmässigheten har åberopats och bevisats. Att utifrån åberopade omständigheter avgöra vad som hade varit fackmässigt är dock inte en bevisfråga, utan i stället en (rättslig) bedömningsfråga för dömande instans.

[26] Som konstaterats i den tidigare framställningen gäller generellt vid s.k. funktionsgarantier inom köprätten att det åligger köparen att visa inte bara att det finns/lämnats en garanti, utan även att åberopa och bevisa *vad* garantin enligt köparen omfattar samt att varan *avviker* från garantin. Jfr bl.a. prop. 1973:138 s. 244. Lyckas köparen med detta, åligger det säljaren att visa att säljaren inte ansvarar för garanti-

Här kan det vara på sin plats att förklara varför bedömningen såväl hade utförts som utfallit annorlunda om det i målet hade varit fråga om en utförandeentreprenad.[27] Som hovrättsavgörandet bekräftar kan omfattningen av en inträffad försämring i entreprenadens skick under garantitiden i en totalentreprenad leda till bedömningen att försämringen i sig utgör ett fel. Alltså kan t.ex. en mycket omfattande sprickbildning i sig utgöra fel enligt ABT 06. Därigenom är också ett fel bevisat. I en sådan situation ankommer det, vilket förmodligen varit avsikten att uttrycka i kommentaren till kap. 5 § 5, på entreprenören att göra sannolikt att det sålunda bevisade felet faller utom entreprenörens ansvarssfär. Det är möjligt om entreprenören t.ex. gör sannolikt att beställaren belastat golvet med tyngre last än vad som varit avtalat. I en utförandeentreprenad däremot, kan en försämring i entreprenadens skick under garantitiden — oavsett hur omfattande denna än må vara — aldrig i sig konstituera ett fel. En allmän försämring i skick omfattas inte av feldefinitionen i en utförandeentreprenad, som kretsar kring om entreprenören utfört sina arbeten enligt beställarens projekteringshandlingar. Det rör sig alltså inte om en abstrakt kvalitetsbedömning eller ett ansvar för resultatets funktion i vidare mening. I en utförandeentreprenad åligger det beställaren att visa att entreprenörens utförande avviker från vad som avtalats, även under garantitiden. I en sådan entreprenad blir emellertid också ansvars- och felfrågan i princip binär (eller kanske bättre uttryckt en och densamma), i den bemärkelsen att om beställaren lyckas visa att entreprenören utfört entreprenaden på ett sätt som avviker från kontraktshandlingarna, är inte bara felfrågan utan i princip även ansvarsfrågan avgjord.[28]

avvikelsen. Det kan i sammanhanget noteras att entreprenören i en totalentreprenad, till skillnad från vad som ofta gäller i köprättsliga garantisituationer, inte i ABT 06 har lämnat någon utfästelse om att entreprenaden under garantitiden ska uppvisa en viss bestämd funktion *oberoende av avtalets innehåll*. Det skulle därför i och för sig kunna ifrågasättas om ”garantitiden” i ABT 06 bör tillmätas samma bevisbördeomkastande betydelse som en uttrycklig funktionsgaranti i köprättslig mening. Utifrån kommentarstexten är det dock tydligt att detta är vad upphovsmännen tänkt sig.

[27] I grunden var det i målet fråga om en traditionell utförandeentreprenad avseende den del av entreprenaden som hänförde sig till felet. Beställaren hade nämligen ifråga om golvet och dess egenskaper föreskrivit att det skulle vara av visst slag (mer precist ”Trägolv, kubb, typ ’KubbgolvBase’ furu, ABSslipad – – –”). Genom preciserad beskrivning med hänvisning till fabrikatet, slipningen och ytbehandlingen gjorde hovrätten bedömningen att beställaren föreskrivit viss teknisk lösning för golvet, med följden att entreprenören (Peab) i normalfallet bara hade haft ett utförandeansvar i denna del. Parterna i det aktuella målet ansågs emellertid genom särskild föreskrift i AF-delen ha avtalat bort ABT 06 kap. 1 § 8. Den aktuella AF-koden (AFD.114) angav (tredje stycket) att entreprenören, med ändring av ABT 06 kap. 1 § 6, ansvarade för riktigheten av samtliga uppgifter, undersökningsmaterial och tekniska lösningar som fanns i förfrågningsunderlaget. Peab invände i målet bl.a. att det enligt AF-koden enbart var ABT 06 kap. 1 § 6 och inte kap. 1 § 8 som hade ändrats. Det förekom även andra omständigheter i målet som talade för att funk-tionsansvaret för golvet hade kunnat bedömas annorlunda.

[28] Se och jfr not 17 ovan. I en utförandeentreprenad sammanfaller därför i praktiken bevisningen om fel och ansvarsfrågan, medan dessa i en totalentreprenad utgör två analytiskt skilda steg.

3 Avslutande synpunkter

Sammanfattningsvis kan konstateras att felbegreppet i såväl AB 04 som ABT 06 är normativt bestämt genom parternas avtal. Skillnaden mellan entreprenadformerna ligger i omfattningen av entreprenörens åtagande och därmed i vad som kan utgöra ett fel, inte i de grundläggande principerna för hur bevisbördan ska fördelas i en tvist om fel föreligger.

I en totalentreprenad enligt ABT 06 omfattar entreprenörens ansvar även projektering och uppfyllande av avtalade funktionskrav (eller utfyllande funktionskrav som kan följa av kap. 1 § 1 tredje stycket). Det innebär att funktionsavvikelser kan utgöra fel på samma sätt som utförandefel. Men även när ett påstått fel tar sig uttryck i en bristande funktion, ankommer det på beställaren att visa att den aktuella funktionen faktiskt utgör en kontraktsenlig fordran och att entreprenaden avviker från denna. Att ett påstått fel framträder under garantitiden förändrar naturligtvis inte denna bevisbördeplacering. Garantitiden markerar den tidsperiod inom vilken entreprenören svarar för fel enligt det avtalade felbegreppet, men medför inte någon presumtion för att varje under garantitiden uppkommen försämring är att betrakta som ett kontraktsbrott på entreprenörens sida. Det utvidgade åtagandet i ABT 06 påverkar vad som kan utgöra ett fel, men inte vem som har att visa att en avvikelse från kontraktsenliga fordringar faktiskt föreligger. Beställaren måste således även i en totalentreprenad under garantitiden visa att entreprenaden inte uppfyller de krav som följer av avtalet, vare sig dessa krav tar sig uttryck i konkreta funktionskrav, i utfyllande funktionsnormer enligt kap. 1 § 1 tredje stycket eller i krav på fackmässighet.