

Utlåtande 2002-01-21

Frågor rörande innebörden av vissa villkor i AB 92 gällande reklamation, entreprenörs skadeståndsskyldighet och rätt att avhjälpa fel.

Föreningen Byggandets Kontraktskommitté, BKK, har efter framställan från parter i entreprenadavtal uppdragit åt Byggsektorns Rättsnämnd att yttra sig i frågor rörande tolkningen och innebörden av vissa villkor i de av BKK utarbetade standardvillkoren för entreprenadavtal. Undertecknade Jan-Erik Hagman, Lars Lundenmark och Åke Rådberg har efter parternas hörande utsetts till ledamöter i nämnden.

Genom entreprenadkontrakt i december 1993 åtog sig en entreprenör att åt en kommun utföra om- och tillbyggnad av en badanläggning. Kontraktssumman uppgick till ca 20 MSEK. I åtagandet ingick bl.a. att bygga om en 25-metersbassäng. Entreprenören skulle enligt kontraktet utföra ombyggnaden av bassängen enligt ett eget förslag. Entreprenaden godkändes vid slutbesiktning i februari 1995.

Under år 2000 uppdrog kommunen åt en annan entreprenör att kakla om 25-metersbassängen. Efter rivning av befintligt kakel och friläggande av underliggande konstruktioner uppdagades att dessa i flera avseenden avvek från vad som avtalats i 1993 års kontrakt. Entreprenören i detta kontrakt informerades om avvikelserna och fick också tillfälle att på plats studera dessa. Någon särskild besiktning påkallades dock inte. Inte heller fick den berörde entreprenören tillfälle att åtgärda avvikelserna. I stället uppdrogs åt

den entreprenör som skulle byta kaklet att också åtgärda underliggande konstruktioner.

Dennes entreprenad blev därigenom färdigställd tre månader senare än vad som avtalats.

P.g.a. det inträffade åsamkades kommunen kostnader och skada sammanlagt uppgående till ca. 840.000 kronor. Beloppet fördelar sig enligt följande (delbeloppen avrundade):

1. Kostnader för åtgärdande av felen ca. 330.000 kronor. Härav avser 28.000 kronor bygglefningskostnader, 115.000 kronor utredningskostnader och 188.000 kronor kostnader för entreprenörens arbeten.
2. Förlust 448.000 kronor avseende uteblivna intäkter under tre månader.
3. Hyresförlust 12.500 kronor. (Hyra tre månader för en inom badanläggningen inhyrt caférörelse.)
4. Skadestånd 50.000 kronor till caféidkaren för skada p.g.a. uteblivna intäkter.

Skadorna 2-4 betecknas i fortsättningen avbrottsskador.

Kommunen har framställt ersättningsanspråk mot entreprenören i 1993 års kontrakt.

Parterna har för rättsnämndens bedömning ställt ett antal frågor och därvid enats om, att nämnden skall utgå från att avvikelserna i konstruktionen utgör fel för vilka entreprenören ansvarar. Parternas frågor i detalj framgår av bilaga till detta utlåtande. Frågorna kan sammanfattas enligt följande:

1. Är entreprenören befriad från skadeståndsskyldighet för avbrottsskadorna med stöd av AB 92 kap. 5 § 14 andra stycket?
2. Har giltig reklamation skett enligt AB 92 kap 5 § 10?
3. Har entreprenören en obetingad avhjälpanderätt enligt AB 92 kap 7 § 25? 

De i ärendet aktualiserade frågorna regleras genom villkor som är likalydande i AB 92, ABT 92 Ö och ABT 94. Nämnden har därför liksom frågeställarna valt att hänvisa enbart till AB 92, trots att ABT 92 Ö utgjorde avtalsvillkor i det aktuella fallet.

Rättsnämndens bedömning

1. Är entreprenören befriad från skadeståndsskyldighet för avbrottsskadorna med stöd av AB 92 kap. 5 § 14 andra stycket?

Enligt AB 92 kap 5 § 14 första stycket är entreprenören skyldig att ersätta skada som beror på fel för vilket entreprenören är ansvarig. Som undantag från denna regel anges i paragrafens andra stycke att ingen ersättningsskyldighet föreligger för skada på grund av avbrott eller störning i industriell produktion eller i betydande kommersiell verksamhet avseende upplåtelse av lokaler. Som förutsättning för det senare undantaget gäller med andra ord att beställarens lokalupplåtelseverksamhet är kommersiell och betydande.

Kravet på att verksamheten skall vara kommersiell innebär att upplåtelse skall ske mot ersättning, normalt uthyrning. Upplåtelseverksamheten skall vara betydande i ekonomiskt hänseende. Vilken verksamhet som bedrivs i de upplåtna lokalerna saknar betydelse.

De av parterna hänskjutna frågorna besvaras av nämnden enligt följande:

1. Upplåtelse av lokaler till allmänheten mot eller utan avgift såsom exempelvis rekreations- och idrottsanläggningar, muséer och utställningslokaler, kommunikationscentra m.m. är inte att anse som lokalupplåtelse i AB-villkorets mening. Det krävs att lokalen hyrs ut eller eljest upplåts till någon som i sin tur bedriver verksamhet i lokalerna.

2. Uttrycket "betydande kommersiell verksamhet" tar sikte på beställarens totala verksamhet såvitt avser uthyrning. Uthyrningsverksamheten måste vara av sådan omfattning att den i sig kan anses ekonomiskt betydande. Lokalernas beskaffenhet saknar betydelse för paragrafens tillämpning liksom storleken av den uppkomna skadan.
3. Ett bad som utan vinstintresse bedrivs av en kommun och upplåts till allmänheten mot avgift är en kommersiell verksamhet. Däremot utgör inte verksamheten sådan upplåtelse av lokaler som avses i AB 92 kap. 5 § 14 andra stycket.

På grund av det anförda konstaterar nämnden vad gäller skadan i den av kommunen i egen regi bedrivna badverksamheten (punkt 2 på sid. 2), att rekvisiten för undantag från skadeståndsskyldighet i AB 92 kap 5 § 14 andra stycket inte är uppfyllda. Däremot skulle den uteblivna hyran från caféidkaren och tillhörande följdskada (punkterna 3 och 4) kunna omfattas av undantaget, förutsatt att kommunen hyr ut även andra lokaler och att kommunens totala uthyrningsverksamhet därigenom kan anses vara kommersiellt betydande.

2. Har giltig reklamation skett enligt AB 92 kap. 5 § 10?

I en skiljedom från mitten av 1980-talet bedömdes frågan huruvida besiktning var den enda formen för en beställare att göra gällande de felpåföljder som fanns föreskrivna i AB 72. Målet gällde fel som framträtt efter garantitidens utgång och som inte blivit föremål för någon särskild besiktning. Entreprenören vidgick, att fel i entreprenaden förelåg och att beställaren reklamerat felet men att beställaren inte kunde göra felpåföljderna gällande, eftersom felet inte konstaterats genom besiktning. Entreprenörens invändning ogillades. Skiljenämndens avgörande fick stor spridning och kom att accepteras allmänt.

fel

I AB 92 har besiktningförfarandet bibehållits som huvudregel, när det gäller att konstatera huruvida fel i en entreprenad föreligger. I jämförelse med tidigare utgåvor av AB finns dock i AB 92 flera villkor, som öppnar för reklamation i annan form än genom besiktning. Detta gäller exempelvis villkoret om förlängd reklamationsfrist enligt AB 92 kap. 7 § 13 och om reklamation i annan form än besiktning enligt AB 92 kap. 5 § 10 jämförd med kap. 7 § 25.

Enligt AB 92 finns möjlighet att begära särskild besiktning enligt kap. 7 § 4 så länge rättighet eller skyldighet enligt entreprenadavtalet kan göras gällande. Rättigheter och skyldigheter såvitt gäller felansvar upphör normalt först genom preskription, varvid preskriptionstiden räknas från garantitidens början (AB 92 kap. 5 § 7). I AB 92 finns inget villkor om att särskild besiktning skall påkallas inom viss tid efter det att fel uppdagats.

Villkoret i AB 92 kap. 5 § 10 första stycket skall bedömas mot bakgrund av att besiktning även i AB 92 är huvudregel för konstaterande av fel. Detta gäller såväl sådana fel som framträder under garantitiden som efter garantitidens utgång. Av detta följer att rättsverkan av utebliven eller för sen reklamation enligt kap. 5 § 10 är begränsad till vad som uttryckligen anges i andra stycket, nämligen att entreprenören inte behöver svara för merkostnad som kunnat undvikas, om reklamation gjorts "utan dröjsmål".

De av parterna hänskjutna frågorna kan sålunda besvaras enligt följande:

1. Formkravet om skriftlig underrättelse i kap 5 § 10 har ingen självständig betydelse.

pel

Om entreprenören vitsordar, att han fått muntlig underrättelse, kan han inte bestrida ansvar med hänvisning till att underrättelsen måste vara skriftlig. Kravet på skriftlig underrättelse får med andra ord ses som en ordningsföreskrift.

2. Tidsfristen "utan dröjsmål" har endast betydelse vid bedömning av uppkommen merkostnad enligt kap. 5 § 10 andra stycket. I förevarande fall har någon sådan merkostnad inte gjorts gällande och det av entreprenören åberopade förhållandet att beställarens reklamation är för sent framställd, då den dröjt två månader, saknar sålunda betydelse.
3. En beställare kan enligt AB 92 reklamera s.k. dolda fel hur sent som helst med bibehållen talerätt, så länge hans rättigheter enligt entreprenadavtalet inte är preskriberade.

3. Har entreprenören en obetingad avhjälpanderätt enligt AB 92 kap 7 § 25?

Kap. 7 § 25 första stycket lyder:

Entreprenören är berättigad och skyldig att avhjälpa vad som i besiktningsutlåtande antecknats utgöra fel. Därjämte är entreprenören skyldig att avhjälpa sådant som beställaren anser utgöra fel och skriftligen påtalat enligt kapitel 5 § 10.

Paragrafens fjärde stycke lyder:

Om entreprenören inte avhjälper fel inom föreskriven tid eller skriftligen har meddelat att han inte avser att avhjälpa felet, får beställaren låta avhjälpa felet.

Av första styckets första mening framgår att entreprenören är både "berättigad" och "skyldig" att avhjälpa vad som i besiktningsutlåtande antecknats utgöra fel. Detta är i enlighet med väl etablerad praxis.



Fråga är nu om entreprenören har avhjälpterätt även vid reklamation enligt AB 92 kap 5 § 10. Andra meningen i AB 92 kap 7 § 25 behandlar avhjälpande i detta fall. I denna mening återfinns ordet "skyldig" men inte ordet "berättigad". En jämförelse mellan första och andra meningen ger närmast vid handen att avhjälpterätt inte föreligger i detta fall.

Nämnden anser emellertid att en sådan tolkning inte är förenlig med vad som följer av paragrafens fjärde stycke. Där anges som förutsättning för att beställaren skall få avhjälpa fel (på entreprenörens bekostnad) att entreprenören antingen underlåtit att själv avhjälpa felet inom föreskriven tid eller skriftligen meddelat att han inte avser att avhjälpa felet. Detta innebär en rätt för entreprenören att alltid beredas tillfälle att själv få ombesörja avhjälpande av fel som han görs ansvarig för.

Nämnden konstaterar för övrigt att en entreprenör efter en beställarreklamation alltid kan påkalla särskild besiktning och därigenom få reklamationsfrågan hanterad enligt ABs huvudregler. Det finns inget rimligt skäl att låta entreprenörens avhjälpterätt vara beroende av hur fel påtalats.

Sammantaget anser nämnden att entreprenörens avhjälpterätt är generell och att detta följer av AB 92.

De av parterna hänskjutna frågorna kan sålunda besvaras på följande sätt:

1. En förutsättning för att beställaren skall få avhjälpa fel med anlitan av annan entreprenör på den ansvarige entreprenörens bekostnad är, att den ansvarige entreprenören först getts tillfälle att själv avhjälpa felet. Detta gäller oavsett hur reklamation skett.
2. Svaret på fråga 2 ryms i svaret på fråga 1. 

3. Det gör ingen skillnad om felet har framträtt under garantitiden eller, som i det aktuella fallet, efter garantitidens utgång.
-

För arbetet med detta utlåtande fordrar nämnden arvode med sammanlagt 67.500 (sextiosjutusenfemhundra) kronor, varav 13.500 kronor utgör mervärdesskatt. Parterna svarar till lika delar och solidariskt för ersättningen till nämnden. Det noteras att båda parter till Byggandets Kontraktskommitté inbetalat gällande administrationsavgifter.

Stockholm den 21 januari 2002

Jan-Erik Hagman

Lars Lundenmark

Åke Rådberg

Bilaga till utlåtande 2002-01-21 från Byggsektorns rättsnämnd

A. Avbrottsskada; tolkningen av AB 92 kap 5 § 14 andra stycket

1. Vad avses i bestämmelsen med "upplåtelse av lokaler"? Omfattar detta uttryck även lokaler som inte är föremål för uthyrning men som upplåtes till allmänheten mot eller utan avgift såsom exempelvis rekreations- och idrottsanläggningar, museer och utställningslokaler, kommunikationscentra, etc?
2. Hur skall uttrycket "betydande kommersiell verksamhet" tolkas? Tar uttrycket sikte på beställarens verksamhet som sådan eller tar det sikte på de lokaler där avbrottsskadan inträffat? Har storleken av skada någon betydelse?
3. Vad avses med "kommersiell verksamhet"? Inrymmer begreppet exempelvis ett bad som drivs av en kommun utan vinstintresse, men som upplåts till allmänheten mot avgift?

B. Beställarens reklamationskyldighet; tolkningen av AB 92 kap 5 § 10

1. Måste reklamation ske skriftligt om motparten vitsordar att muntlig under rättelse lämnats?
2. Hur skall tidsfristen "utan dröjsmål" tolkas i belysning av omständigheterna i förevarande fall, vilka utvecklas närmare av parterna i bilagda skrifter?
3. Enligt köplagen och konsumenttjänstlagen går rätten förlorad att göra gällande fel som har reklamerats för sent. Innebär andra stycket i kap 5 § 10 den enda påföljden av för sent framställd reklamation? Annorlunda uttryckt, kan en beställare reklamera fel hur sent som helst med bibehållen talerätt (visserligen med åtföljande bevissvårigheter)?

**C. Entreprenörens avhjälpanderätt;
tolkningen av AB 92 kap 7 § 25**

1. Har beställaren rätt att genom annan entreprenör låta avhjälpa fel som ej har konstaterats genom besiktning men som har reklamerats enligt kap 5 § 10 och härfter fordra ersättning av den ansvarige entreprenören för avhjälpandekostnaderna?
2. Blir svaret på föregående fråga C 1. annorlunda om den ansvarige entreprenören aldrig fått tillfälle att åtgärda felet och/eller om reklamation ej skett på rätt sätt.
3. Gör det någon skillnad i bedömningen om felet har framträtt under garantitiden eller efter garantitidens utgång?