

Fel under garantitid i AB 04 och bevisbörda

Av försäkringsjuristen Jacob Frank¹

Den processrättsliga innebörden av entreprenörens ansvar för fel som framträder under den s.k. garantitiden i en utförandeentreprenad (AB 04 kap. 5 § 5) är inte okomplicerad. Underrättspraxis spretar och praxis från Högsta domstolen saknas. Rättsläget är således oklart och syftet med artikeln är att dela några tankar om hur bevisbördan för s.k. garantifel rätteligen bör fördelas.² Artikeln innehåller en redogörelse för det entreprenadrättsliga felbegreppet. Det görs även en utblick mot köprätten och fördelningen av bevisbördan vid köprättsliga fel (såväl i allmänhet som i situationer då säljaren lämnat en garanti). Slutsatsen av analysen är att det bör vara beställaren som har bevisbördan för fel — såväl vid slutbesiktningen som under garantitiden.

1 Inledning — felregleringen i AB 04 och problemställning

Omfattningen av entreprenörens åtagande bestäms av kontraktshandlingarna (AB 04 kap. 1 § 1). Arbeten som inte redovisas i kontraktshandlingarna omfattas inte av entreprenörens åtagande.³ En entreprenad ska vidare utföras *i överensstämmelse med* kontraktshandlingarna, jämte handlingar som tillkommer (t.ex. rörande ändringar eller tillägg) och som enligt kontraktshandlingarna ska gälla för entreprenaden (AB 04 kap. 2 § 1).⁴ Fel definieras i begreppsbestämningarna i AB 04 som en avvikelse som innebär att en del av entreprenad inte *utförts* alls (tidigare s.k. brist) eller inte *utförts* på ett kontraktsenligt sätt. Felbegreppet i AB 04 tar således sikte på *utförandet*. Det är framförallt det senare momentet i feldefinitionen som nu är av intresse.

Entreprenören ansvarar alltså för att entreprenaden utförs *kontraktsevenligt*. Huruvida ett fel föreligger är därmed principiellt varken en fråga om kvalitet eller om entreprenören har varit vårdslös. Det föreligger således exempelvis ett fel om entreprenören har uppfört innerväggar med gips när innerväggar utan gips har föreskrivits av beställaren, och det oaktat om innerväggar med gips medför en påtagligt bättre (eller

¹ Författaren är f.d. advokat i tvistegruppen på White & Case Advokatbyrå, numera försäkringsjurist på Länsförsäkringar. Ett stort tack till Jakob Andersson, Setterwalls, för synpunkter på ett tidigt utkast till artikeln.

² Artikeln tar endast sikte på AB 04. Förhoppningen finns att följa upp med framställning även avseende ABT 06.

³ Med undantag för sådana detaljarbeten som omnämns i kap. 1 § 1 andra stycket.

⁴ I kap. 2 § 1 används ordet *entreprenadhandlingar*, vars definition är den som framgår av brödtexten.

sämre) funktion.⁵ Det anförda innebär även och omvänt att en betydelsefull komponent i en uppförd byggnad kan saknas, liksom att en funktion kan vara bristfällig, utan att detta utgör ett fel i AB 04:s bemärkelse. Om avsaknaden av komponenten eller den bristande funktionen beror på kontraktshandlingarna, och entreprenören har följt dessa handlingar, föreligger inte ett fel.⁶ Sammanfattningsvis kan alltså sägas att ett utförande som innebär en avvikelse från kontraktshandlingarna — och som inte beror på ett ÄTA-arbete — utgör ett fel enligt AB 04.

Prövningen av huruvida fel föreligger kan, i ljuset av det som anförts, inte inskränkas till en bedömning av byggnadens faktiska skick eller beskaffenhet. Frågan om byggnadens faktiska skick är en bevisfråga, och en central delfråga. Men bedömningen måste också och framförallt omfatta en analys av övriga relevanta omständigheter, särskilt sådana som är av betydelse för fastställandet av avtalsinnehållet mellan parterna. AB 04 innehåller i kap. 1 närmare bestämmelser om hur avtalsinnehållet ska fastställas, inklusive en rangordning för att hantera eventuella motstridigheter mellan olika kontraktshandlingar. Vid sidan av dessa regler gäller allmänna avtalsrättsliga principer vid fastställandet av avtalsinnehållet. Bedömningen av om fel föreligger måste utgå från en jämförelse mellan det avtalade utförandet och det sätt på vilket entreprenören faktiskt utfört eller inte utfört arbetena.⁷

Frågan om ett fel föreligger prövas i regel inom ramen för slutbesiktningensförfarandet enligt bestämmelserna i kap. 7 i AB 04 (se särskilt

⁵ Huruvida funktionen påverkas kan dock ha betydelse i andra avseenden, såsom avseende exempelvis godkännandefrågan (AB 04 kap. 7 § 12) och vid valet av eventuell avhjälpandeåtgärd (AB 04 kap. 5 §§ 17–18).

⁶ Enligt AB 04 kap. 2 § 1 andra stycket ska entreprenören generellt utföra arbetena fackmässigt. Något fel föreligger dock inte om beställaren föreskriver ett arbetsresultat som inte är fackmässigt och entreprenören utför arbetena i överensstämmelse med beställarens projektering. Jfr även NJA 2002 s. 630 ("Restaurang Pelé"). HD uttalade: "Av nu nämnda bestämmelser framgår att entreprenader enligt AB 92 — i motsats till entreprenader enligt allmänna bestämmelser om totalentreprenader — är s.k. utförandeentreprenader, där entreprenören i princip inte tar något ansvar för lämpligheten (funktionen) av den konstruktion eller lösning som beställaren begärt. Kravet på fackmässighet i 2:1 kan med hänsyn till hänvisningen till 1:6 och indirekt till 1:10 inte ändra på denna utgångspunkt utan får anses referera till kvaliteten på utförandet".

⁷ Inom köprätten är felbegreppet annorlunda (framförallt bredare) än inom entreprenadrätten. 17 § första stycket köplagen anger att varan rent allmänt ska överensstämma med parternas avtal. Det överensstämmer i princip med felbegreppet i AB 04. Köplagen breddar därefter feldefinitionen genom att i andra stycket väga in saker som ändamålet för varans användning i feldefinitionen. Det är dock 17 § tredje stycket som väsentligt breddar det köprättsliga felbegreppet; en vara är alltid felaktig om den avviker från vad köparen med fog kunnat förutsätta (samma breda felbegrepp förekommer i konsumenttjänstlagen, vilket bör ha i åtanke vid läsningen t.ex. av NJA 2015 s. 110 ["De enstegstätade fasaderna I"]). Jfr även 18 §, som gör säljaren ansvarig för vissa uppgifter trots att de inte nödvändigtvis utgör del av det individuella avtalsinnehållet. Föreligger ett fel (avvikelse från avtalat skick eller skick som köparen med fog kunnat förvänta sig) blir nästa fråga vem av köparen och säljaren som ansvarar för felet. Se vidare om skillnaderna mellan felbegreppet i köplagen och AB 04 (väsentligen att ansvarsfrågan är separat i det förre men inte i det senare fallet) avsnitt 2.2 och 2.4 nedan.

kap. 7 § 2). Vid en slutbesiktning (liksom vid övriga typer av besiktningar) ska besiktningsmannen med noggrant iakttagande av båda parter rätt undersöka och bedöma i vad mån entreprenaden uppfyller *kontraktsevenliga fordringar* (AB 04 kap. 7 § 11). Besiktningsmannen ska godkänna entreprenaden om det inte föreligger fel eller om felen endast är av mindre betydelse (AB 04 7 kap. 12 §).⁸

Efter godkänd slutbesiktning börjar ansvarstiden om tio år att löpa (AB 04 kap. 4 § 7). Ansvarstiden inleds med den s.k. garantitiden. Garantitiden är fem år för entreprenörens arbetsprestation och två år för av entreprenören valda material och varor (AB 04 kap. 4 § 1).⁹ Entreprenören ansvarar för fel som framträder under garantitiden (AB 04 kap. 5 § 5). Att entreprenören ansvarar för fel som framträder under garantitiden har ibland kallats entreprenörens ”garantiåtagande”. Vad det egentligen är som skulle ”garanteras” genom en bestämmelse som endast tycks framhålla det självklara (dvs. om fel framträder efter slutbesiktningen svarar entreprenören för felet) återkommer jag till nedan. Efter garantitidens utgång (men inom ansvarstiden) ansvarar entreprenören endast för väsentliga fel som dessutom måste ha sin grund i entreprenörens vårdslöshet (AB 04 kap. 5 § 6).

En utbredd uppfattning är att bestämmelsen i kap. 5 § 5 ska läsas tillsammans med kap. 7 § 11 andra stycket. Kap. 7 § 11 första stycket avslutas med meningen att besiktningsmannen i slutbesiktningsutlåtandet ska anteckna de fel som finns vid slutbesiktningen på besiktigad del av entreprenaden. Andra stycket föreskriver sedan att beställaren utöver de fel som antecknats i slutbesiktningsutlåtandet *endast får göra gällande* (i) fel som förelegat vid slutbesiktningen men som då inte märkts eller bort märkas (dolda fel) och (2) fel som beställaren själv påtalat skriftligen hos entreprenören inom 6 månader eller, om felet är väsentligt, 18 månader efter entreprenadtidens utgång. Många anser att kap. 7 § 11 andra stycket *uttömmande* reglerar vilka fel som beställaren får göra gällande under garantitiden. Författaren instämmer häri. Slutbesiktningen får därigenom en viss, avskärande verkan.¹⁰

Antag nu att det under garantitiden uppstår försämringar i entreprenadens skick. Ett praktiskt exempel kan vara att sprickor uppstår i ett betonggolvs. Sprickorna behöver inte nödvändigtvis vara en följd av ett

⁸ Ordningen att en icke juridiskt skolad person ska ta ställning inte bara till teknikfrågor utan ibland även till komplicerade rättsliga frågor har sina brister. Det sägs ibland att besiktningsutlåtanden ska tillmätas högt bevisvärde. Det beror nog på omständigheterna. Och det kan i så fall naturligtvis bara gälla frågan om det faktiska fysiska skicket. I ljuset av det vanligt förekommande problemet att besiktningsmän beskylls att vara partiska gentemot beställaren kan det ifrågasättas om det överhuvud är lämpligt med antagen presumtionsverkan vad avser bevisvärde. Tillförlitligheten av utlåtandet får rimligen avgöras efter de individuella förhållandena i ett enskilt fall med hänsyn till hur besiktningsmannen generellt utfört uppdraget.

⁹ Bestämmelsen är en utpräglad täckbestämmelse och det är inte ovanligt att parterna gör avsteg i såväl förlängande som förkortande riktning.

¹⁰ Såvitt känt finns den enda motsatta åsikten uttryckt av Samuelsson och Arvidsson, *Entreprenadbesiktning i en byggmästarbildad bostadsrättsförening*, i *Tvistlösning inom affärsrätten*, s. 145 ff.

fel som entreprenören svarar för eftersom frågan om så är fallet delvis beror på orsaken till sprickornas uppkomst. Sprickor i betong kan uppstå av en rad orsaker.¹¹ Mängden armering kan vara en orsak till sprickor. Tjockleken på täckande betongskikt en annan. Den s.k. effektiva höjden kan vara en tredje. Härtill kommer frågor om tidpunkt för läggande av betong; säsong och väder kan inverka på viss typ av sprickuppkomst. Ibland görs en uppdelning av sprickförekomst utifrån tre grupperingar; materialtekniska sprickor, sprickor p.g.a. belastning och sprickor p.g.a. bristande arbetsutförande. Det inses lätt att det första som måste utredas i en felvist är vad parterna i entreprenadavtalet har avtalat om i frågor som bärförmåga, toleranser, materialval, exponeringsklass, läggning etc.

Frågan är om det (i) är beställaren som har bevisbördan för att ett fel föreligger i den angivna situationen eller om det (ii) är tillräckligt att beställaren *påstår* att ett fel föreligger med anledning av en inträffad försämring i entreprenadens skick (t.ex. sprickor) och att bevisbördan därefter ligger på entreprenören att visa att ett fel inte föreligger. Underrättspraxis spretar och praxis från Högsta domstolen saknas.

I ett tidigare nummer av denna tidskrift har Ingvarsson & Eickhoff utifrån ett resonemang om garantier inom köprätten förordat en ordning enligt alternativ (ii) ovan.¹² Slutsatsen framstår som problematisk vid en närmare granskning. Det finns skäl att i det följande peka på ett par bristfälliga moment i analysen som leder till att författarnas slutsats

¹¹ Till saken hör dessutom att kontraktshandlingarna kan vara utformade på sådant sätt att varken konstruktionen eller själva utförandet nödvändigtvis behöver ha dimensionerats för att betongen ska vara sprickfri.

¹² Ingvarsson & Eickhoff, *I kärnan eller därefter? Kontrakts- och processrättsliga aspekter på fel som framträder under garantitid enligt AB 04*, SvJT 2022 s. 830 ("Ingvarsson & Eickhoff"). Författarna företräder regelbundet beställarsidan. Här kan även nämnas framställningen av Magnusson & Wagner, *Fel i AB 04*, JT 2023–24 s. 312. Magnussons & Wagners framställning uppfattar jag i flera delar som oklar. Enligt rubriken ska framställningen avse AB 04 men på flera ställen resoneras det samtidigt och i ett sammanhang kring både AB/ABT och i ett flertal exempel som omnämns är det inte en utförandeentreprenad som beskrivs. Samtidigt som författarna instämmer i och upprepar Ingvarssons & Eickhoffs uppfattning att det skulle räcka för beställaren att hänvisa till en allmän försämring i skick för att en full bevisbörda ska ligga på entreprenören, argumenteras också för att garantiansvaret i AB 04 borde anses utgöra en funktionsgaranti (s. 337 och 343), vilket skulle leda till följden att entreprenören genom kap. 5 § 5 på något sätt (oklart hur) skulle anses ha garanterat entreprenadens fortsatta hållbarhet eller funktion. Det kan omöjligen vara riktigt. Se vidare avsnitt 2.2 och framåt nedan. Missförstånd rörande garantiansvaret synes vanligt. Willborg & Isaksson har ifråga om bevisbördan för garantifel anfört att beställaren vid försämringar som uppkommer efter garantitiden har att visa förhållandet ifråga utgör ett fel, d.v.s. avvikelse som innebär att entreprenaden inte utförts på kontraktensligt sätt (se *Ska en beställare bereda en entreprenör möjlighet att avhjälpa fel om entreprenaden hävts enligt AB 04/ABT 06?*, JT 2020–21 s. 82, på s. 87 med not 26). Det överensstämmer med uppfattningen som rekommenderas i förevarande artikel. Å andra sidan framförs i samma framställning på andra ställen att entreprenören skulle ha "bevisbördan för att det påstådda felet inte är orsakat av entreprenören" (se t.ex. s. 83 not 7) samt att kap. 5 § 5 skulle medföra ett presumtionsansvar.

framstår som mindre övertygande.¹³ Mycket talar istället för att bevisbördan för att fel föreligger åligger/bör åligga beställaren.

2 Bevisbörda för förekomst av fel under garantitiden

2.1 AB 04 och motiven

AB 04 kap. 5 § 5 föreskriver som sagt att entreprenören ”ansvarar för fel som framträder under garantitid”. Som konstaterats ovan är ett fel en avvikelse från kontraktsevenliga fordringar.

Bestämmelsens ordalydelse ger ingen direkt vägledning när det kommer till frågor om bevisbörda. Inte heller övriga bestämmelser i AB 04 eller avtalets systematik ger någon vägledning. Såsom bestämmelsen är utformad förutsätter ett ansvar för entreprenören att ett fel föreligger och har framträtt efter slutbesiktningen.

I kommentartexten till AB 04 kap. 5 § 5 anges i fjärde stycket att ”om entreprenören har uppfattningen att han inte ansvarar för påtalat fel åligger det entreprenören att visa, att han utfört entreprenaden kontraktsevenligt eller göra sannolikt att det påtalade felet beror på felaktig projektering, vanvård, onormalt brukande eller annat som kan hänföras till beställaren.” Texten kan uppfattas som att en åsikt uttrycks om att entreprenören bör ha bevisbördan för att fel inte föreligger. I praxis finns dock exempel på att kommentarstexten tolkats på det sättet att den beskriver vad som gäller efter att förekomsten av fel har fastställts/gjorts mycket sannolikt av beställaren. Med den tolkningen skulle begreppet ”visa” i kommentaren enbart avse att entreprenören måste lägga fram motbevisning för det fall att beställaren lyckas övertyga dömande instans om förekomsten av fel (dvs. en slags ”falsk” bevisbörda).¹⁴ Att tolka kommentarstexten bereder svårigheter, bl.a. eftersom texten å ena sidan talar om fel som ”påtalats” och å andra sidan använder just begreppet fel.¹⁵

¹³ Det praktiska exempel som utvalts med sprickor överensstämmer med det exempel som valts av Ingvarsson & Eickhoff. Det underlättar en jämförelse. I övrigt kan uppmärksammas att det verkar ha smugit sig in ett tanke- eller skrivfel i Ingvarssons & Eickhoffs artikel i fotnot 2, där författarna anför att de i sin fortsatta framställning utgår från att sprickorna i det utvalda exemplet ”utgör ett fel” eftersom de antar att det skulle föreligga ”en avtalad kontraktsfordran (uttrycklig eller implicit) om frånvaro av sprickor av det slag som avses”. På s. 841 rättar författarna till missförståndet och förklarar tvärtom att själva sprickorna som framträtt i det utvalda exemplet i sig inte utgör ett fel, vilket naturligtvis är riktigt. Vad beställaren med ”fog” kan förvänta sig av det färdiga arbetsresultatet som entreprenaden som helhet utgör (projektering + utförande) är irrelevant för felbedömningen, som kretsar kring om *utförandet* är kontraktsevenligt eller inte. Hade sprickorna utgjort själva felet hade författarnas fortsatta framställning varit redundant.

¹⁴ Se t.ex. Stockholms tingsrätts dom den 28 april 2017 i mål nr T 5706-15. Jfr även Uppsala tingsrätts dom den 1 april 2022 i mål nr T 8214-18 samt Hovrätten över Skåne och Blekinges dom den 23 november 2021 i mål nr T 3896-20. Angivna domar skulle kunna uppfattas som att entreprenören ålagts en slags falsk bevisbörda.

¹⁵ Begreppet fel har en bestämd innebörd genom definitionen i AB 04. Eftersom fel ska avse ett utförande som avviker från kontraktshandlingarna inbakas ansvarsfrågan i själva felbedömningen. Se vidare nedan (särskilt avsnitt 2.4). En annan sak är att det måste tillstås att AB inte använder felbegreppet konsekvent i samtliga kapitel. I kap. 5 § 11 talas exempelvis om ansvar för entreprenören för skada på grund av fel

En ordning där enbart beställarens *påstående* om fel skulle föranleda en presumtion om fel är problematisk av flera anledningar. Det skulle bl.a. innebära en risk för att entreprenören får bära ansvaret för brister i beställarens egen projektering och egna tekniska lösningar. I en utförandeentreprenad ansvarar dock inte entreprenören för projekteringen, utan hans ansvar är begränsat till själva utförandet (kring vilket också själva felbegreppet kretsar).¹⁶ I exemplet med sprickor, där bristande utförande blott är en av flera tänkbara orsaker, vore det märkligt om ordningen skulle vara den att beställaren inte ens behöver ha en teori (än mindre ett konkret påstående eller bevisning) om vilket arbetsmoment och vilket utförande beställaren har synpunkter på. Ursprungssannolikheten för att en spricka beror på felaktig projektering i olika avseenden (såsom underdimensionerad armering eller skikt) eller felaktig användning (beställaren belastar golvet med tyngre last än vad det är projekterad för) eller vådahändelser som faller utom entreprenörens ansvarssfär (såsom att en sidoentreprenör eller beställaren skadar golvet genom vådahändelse) torde till och med kunna vara högre i jämförelse med att entreprenören exempelvis skulle använt sig av fel tillverkningsprocess av betongen eller på annat sätt avvikit från beställarens tekniska specifikationer (ritningar, beskrivningar m.m.).

Kommentarstexten får anses ge begränsad vägledning. Den kan sannolikt inte tolkas på det sättet att den kan tas till intäkt för att det skulle räcka med ett påstående om fel från beställarens sida eller på det sättet att beställaren kan underlåta att ange ett konkret felpåstående och därvid redogöra för vad det kontraktssensliga åtagandet är, var det framgår av kontraktshandlingarna samt hur entreprenörens faktiska utförande påstås avvika från detta. En analys av bevisbördans placering bör vara bredare och inkludera en undersökning av vad som gäller enligt dispositiv rätt samt vad som utgör en ändamålsenlig ordning för regleringen av bevisbördan.¹⁷

”om skadan beror på fel för vilket entreprenören är ansvarig”. Även i kap. 5 § 17 talas om fel för vilket entreprenören är ansvarig eller inte ansvarig. Detta är förmodligen en lapsus (och det finns många exempel på det) i AB — uppenbarligen har ”fel” i dessa bestämmelser en annan betydelse än i exempelvis kap. 7 § 12 där begreppet ”fel” används i enlighet med feldefinitionen (”besiktningsmannen ska godkänna entreprenaden om det inte föreligger fel”).

¹⁶ Jfr även not 25 nedan.

¹⁷ Se NJA 2013 s. 271 (”Skadorna på Läckebys arbeten”), NJA 2014 s. 960 (”Det andra bolaget”), NJA 2015 s. 3, NJA 2015 s. 862 (”Den uteblivna slutbesiktningen”) och NJA 2018 s. 653 (”De ingjutna rören”). Köplagens reglering är då av särskilt intresse, även om det måste beaktas att det är fråga om två skilda avtalstyper. Det kan här även inflikas att även om kommentarstexten skulle anses ge uttryck för en bevisbördenorm åt ena eller andra riktningen, kan parterna knappast vara formellt bundna av den. Själva bestämmelsen i AB 04 (kap. 5 § 5) saknar en regel om fördelning av bevisbörda. Frågan måste därför lösas utifrån vad som framstår som en förnuftig lösning med beaktande av dispositiv rätt och allmänna teorier om bevisbördans placering (genomslag materiell rätt, bevissäkring, etc.). När det gäller frågan om motiven till AB är ”bindande” är det enkla (och enda) svaret att motiven inte är bindande i egentlig mening. Det är avtalstexten som parterna inkorporerar om de väljer AB som avtalsinnehåll. Motivens värde får primärt avgöras utifrån hur pass välgrundade de bedöms vara i sak.

2.2 Köprätten och bevisbörda för fel

Redan utifrån det som anförts ovan följer att bedömningen av om det föreligger ett fel måste göras i flera led. Det gäller såväl inom entreprenadrätten som köprätten. En första fråga är lämpligen vilka krav som vilar på den säljande parten (dvs. vad utgör kontraktsevenliga fordringar). Detta ska sedan jämföras med varans/entreprenadens faktiska skick. Jämförelsen utgör en del av besvarandet av frågan om det föreligger ett fel i säljarens prestation. Av betydelse är dessutom bl.a. frågan när ett påstått fel har inträffat och orsaken till felet.¹⁸

En tvist om fel kan således avse skilda faktorer. Med utgångspunkt i *köprätten* kan en köpare av en vara påstå att varans skick inte överensstämmer med vad som avtalats och att fel därför föreligger. Säljaren kan bestrida felpåståendet på grund av (i) att det som köparen påstår är avtalat är något annat än vad som faktiskt avtalats eller (ii) att varans faktiska skick är något annat än vad köparen påstår. Säljaren kan också vitsorda att varans skick är som köparen påstår och att det faktiska skicket avviker men invända (iii) att varan var felfri vid riskövergången eller (iv) att avvikelsen beror på ett förhållande som köparen svarar för (t.ex. felaktig användning).¹⁹

En allmän köprättslig utgångspunkt är att frågan om en vara är felaktig ska bedömas med hänsyn till varans beskaffenhet när den avlämnas (dvs. vid riskövergången, se t.ex. 21 § köplagen och 20 § konsumentköplagen). Ett fel som fanns vid avlämnandet kan dock göras gällande mot säljaren även om felet *visar sig* först därefter (21 § första stycket andra meningen köplagen). Ett gammalt uttryckssätt för detta är att felet ska ha funnits ”*in nuce*” (i sin kärna) vid riskövergången.²⁰

För att säljaren ska svara för en försämring av en varas skick såsom fel krävs således (i) att försämringen innebär en avvikelse från det skick som köparen har rätt att fordra (dvs. att ett fel *de facto* föreligger i varan) och (ii) att felet fanns vid avlämnandet. Vad gäller frågan om det överhuvudtaget föreligger ett fel, är det upp till köparen att visa att så är fallet. Köparen bär i normalfallet bevisbördan *såväl* för förekomsten av omständigheter som kan utgöra fel *som* för att felet fanns vid tidpunkten för riskövergången.²¹

¹⁸ Som kommer att utvecklas nedan föreligger dock skillnader mellan det köprättsliga och entreprenadrättsliga felbegreppet, vilket får betydelse för vilka faktorer som ingår i felbedömningen.

¹⁹ Invändningarna tre och fyra hör ofta ihop — se vidare strax nedan. Jfr det sagda även NJA 2015 s. 233 p. 14. HD anger där att fel kan röra flera skilda faktorer eller rättsfakta. HD exemplifierar med att det kan vara fråga om t.ex. vad som har avtalats om varan, huruvida en påstådd avvikelse förelåg eller inte, vad som utgör ett faktiskt fel och när i tiden ett fel förelåg. Samtliga dessa faktorer ingår enligt HD i (den köprättsliga) felbedömningen.

²⁰ Almén, *Om köp och byte af lös egendom, kommentar till lagen den 20 juni 1905*, Norstedt (1908), kommentaren till 44 §, s. 58 (”Almén”). *In nuce* (latin) betyder ordagrant ”i nöten”. Ett bättre uttryck för vad som här avses är att felet vid avlämnandet ska ha existerat i ett embryostadium.

²¹ Se t.ex. NJA 2013 s. 524 p. 5 och p. 10.

Utifrån det som anförts ovan kan mer noggrant i själva verket *fyra* bevis(börde)frågor urskiljas med avseende på förutsättningarna (i) och (ii) ovan i en köprättslig situation.²² För det första, en vara eller tjänst är felaktig om den avviker från vad som avtalats. En första bevisfråga är därför vad som har avtalats, om detta är stridigt.²³ 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 avvikelserna. Beror avvikelserna på köparen svarar inte säljaren för felet. Den fjärde bevisfrågan har sin grund i att det måste fastställas när defekten uppkom. Det inrymmer dock i allt väsentligt en orsaksbedömning.²⁴ En defekt kan bero på att en vara eller tjänst var felaktig redan då den avlämnades, men den också bero på att köparen vanvårdat egendomen efter det att han tog emot den eller på en olyckshändelse. 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).

I entreprenadsituationer, som i köphänseende närmast kan liknas vid tillverkningsköp där säljaren tillverkar en vara åtminstone delvis utifrån köparens anvisningar ifråga om konstruktion m.m., tillkommer aspekten (och skillnaden) att en defekt kan bero på beställarens/köparens egen projektering eller tekniska lösningar, vilka inte entreprenören/säljaren svarar för.²⁵

För samtliga nu nämnda bevisfrågor bär *köparen* i normalfallet bevisbördan sedan han mottagit varan (så även i konsumentssituationer).²⁶ På motsvarande sätt har en beställare som gör gällande fel bevisbördan för sitt felpåstående när det kommer till fel som upptäckts och antecknats vid slutbesiktning (dvs. före garantitiden).²⁷

Olika typer av köprättsliga *garantier* kan i vissa avseenden medföra avsteg från *vissa av* de nyss angivna huvudprinciperna vad gäller fördelningen av bevisbördan inom köprätten. Som en del i undersökningen

²² Se Heuman, Bevisbörda och beviskrav, 2005, s. 303 f. ("Heuman").

²³ Om det förhållandet att avtalstolkning inte endast fordrar ställningstaganden till rättsliga frågor utan också kräver bevisbedömningar, se Heuman, *Ar avtalstolkning endast en rättslig verksamhet eller kräver den också bevisbedömningar?*, SvJT 2015 s. 793.

²⁴ Jfr Ekelöf m.fl., Rättegång IV [Juno version 7], s. 120. Här delas bevisfrågorna upp i tre frågor, där fråga tre och fyra ovan sammanställts till en.

²⁵ Denna aspekt är inte oviktig. Vid ett vanligt köp "äger" säljaren varans beskaffenhet, alltså avtalsresultatet, mer eller mindre uteslutande. En utförandeentreprenad skulle i kontrast snarare kunna liknas vid ett slags joint venture, om perspektivet anläggs att målsättningen är att bygga en funktionsduglig anläggning. Där svarar säljaren för "tänkandet" och entreprenören för "realiserandet". Uppstår en defekt finns det ingen "ursprungssannolikhet" för att defekten beror på utförandet snarare än konstruktionen. Kanske snarare tvärtom. Jfr avsnitt 2.4 *in fine* nedan.

²⁶ Se not 19 och 20. Se även SOU 1979:36 s. 269 och prop. 1984/85:110 s. 56 (t.o.m. konsumentköpare har angiven bevisbörda).

²⁷ Svea hovrätts dom den 15 november 2019 i mål nr T 4005-16.

av hur bevisbördan bör fördelas enligt AB 04 kap. 5 § 5 under ”garantitiden” är det därför av visst intresse att undersöka garantiers verkan enligt dispositiv rätt.²⁸

2.3 Garantiers inverkan på bevisbördan enligt dispositiv rätt

2.3.1 Inledning

Någon allmängiltig definition av begreppet *garanti* finns inte i svensk rätt.²⁹ Ofta åsyftas någon form av utfästelse eller *löfte* från säljande part. Att ordet ”garanti” används i ett sammanhang behöver dock inte nödvändigtvis representera ett löfte. I köprättsliga sammanhang återfinner man i de flesta standardverken en uppdelning av garantier i två huvudtyper: s.k. funktionsgarantier och s.k. Alméngarantier.

Ingvarsson & Eickhoff klassificerar bestämmelsen i AB 04 kap. 5 § 5 som en Alméngaranti.³⁰ Författarnas förståelse av innebörden av en Alméngaranti är att ”om en tjänst eller vara försämras under garantitiden, så *presumeras försämringen bero på ett fel som förelåg vid riskövergången*”.³¹ Det förhållande som utlöser presumptionen är alltså enligt författarna en allmän försämring i skick (dvs. inte ett faktiskt fel) och det som presumeras är enligt författarna att försämringen beror på ett faktiskt fel som är ursprungligt.³² Ingvarsson & Eickhoff förklarar att deras tolkning innebär att det inte endast är frågan om ett senare konstaterat faktiskt fel förelåg redan vid riskövergången som presumeras vid deras tolkning av en Alméngaranti. Med författarnas tolkning blir därmed följden av en Alméngaranti *inte endast* en omkastad bevisbörda med avseende på den tredje bevisbördefrågan som omnämnts ovan (se avsnitt 2.2), dvs. frågan om felet förelåg redan vid riskövergången. En Alméngaranti innebär enligt författarna även, och framförallt, en omkastad bevisbörda med avseende på den första och andra bevisbördefrågan, dvs. frågorna om vad som avtalats och rekvisitet ”fel”.³³ Det är denna drivna tes avseende vad en s.k. Alméngaranti innebär som utgör grunden för författarnas slutsats att entreprenören skulle ha bevisbördan för att fel inte föreligger enligt AB 04 när beställaren påtalar en allmän försämring i entreprenadens skick.

Vid ett närmare studium av uppdelningen mellan s.k. funktionsgarantier och Alméngarantier inom köprätten framkommer att Ingvarssons & Eickhoffs förståelse för vad en Alméngaranti innebär inte är

²⁸ Som kommer att framgå blir emellertid jämförelser med köprätten och köprättsliga garantier vanskelig eftersom köprätten laborerar med ett annat felbegrepp än AB 04. Se vidare avsnitt 2.4 nedan. Det kan dessutom ifrågasättas om AB 04 kap. 5 § 5 innehåller en ”garanti” i egentlig mening.

²⁹ Se Johansson, *Konsumenttjänstlagen, en kommentar* (Juno version 2A), kommentaren till § 14, avsnitt 14.3.1 med vidare hänvisningar (”Johansson”).

³⁰ Ingvarsson & Eickhoff s. 839–841.

³¹ A. a. s. 834 f. Jfr även s. 842 f.

³² Ibid.

³³ A. a. s. 842. Såvitt kan bedömas bortser Ingvarsson & Eickhoff i sin analys från att det inom köprätten görs 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 §§).

korrekt. Därmed faller också i allt väsentligt grunden för författarnas påstående om att det skulle räcka för en beställare att påstå att det föreligger ett fel, med anledning av en inträffad ”försämring”, för att entreprenören ska få bevisbördan för att fel inte föreligger. Detta ska utvecklas i det följande.³⁴

2.3.2 Funktionsgarantier

I en köprättslig garantisituation där säljaren genom en garanti eller liknande utfästelse har åtagit sig att under en viss tid svara för varans användbarhet eller andra egenskaper görs ett avsteg från principen att förekomst av fel ska vara kopplad till avlämnandet för att köparen ska kunna göra gällande felpåföljder. Enligt 21 § andra stycket köplagen gäller i dessa fall istället att varan *ska anses felaktig* om varan under garantitiden försämras *i det avseende som utfästelsen omfattar*. Rättsföljden vid en s.k. *funktionsgaranti* blir alltså att köparen inte bara ges rätt att ta garantin i anspråk utan också ges rätt att göra gällande säljarens felansvar.

Den angivna rättsföljden kommer endast ifråga om (i) varan försämras i just det avseende som utfästelsen omfattar (vilket fordrar avtals-tolkning) och (ii) fråga är om verkliga och tidsbestämda s.k. hållbarhets- eller funktionsgarantier. Med hållbarhets- eller funktionsgaranti förstås garantier som hänför sig till varans beskaffenhet, t.ex. dess hållbarhet eller funktion. Säljaren ska alltså åta sig att bära ansvar för varans hållbarhet (i allmänhet eller i visst avseende) eller en viss egenskap under en närmare angiven tidsperiod.³⁵ Det avgörande är att garantin, efter korrekt avtalstolkning, innebär ett *utökat materiellt felåtagande*. En sådan utfästelse, om den lämnas, anses innebära att varan ska vara av sådan beskaffenhet att den vid normal användning ska fungera under den angivna tiden. Därmed åstadkoms även en förskjutning av den för felbedömningen relevanta tidpunkten. Säljaren svarar som utgångspunkt för alla avvikelser från den garantiutfästa standarden som framkommer under garantitiden (även om det står helt klart att varan vid tidpunkten för varans övergång var felfri och kontraktsenlig).³⁶

Vad som nu sagts är egentligen inte så märkligt utifrån ett avtalstolkningssperspektiv. Ett garantiåtagande med visst innehåll med avseende på varans beskaffenhet kan, precis som andra avtalsvillkor, bli relevant vid bedömningen av om varan är behäftad med fel såsom utgörande en del av avtalsinnehållet. En garanti kan därmed innebära att fel i varan föreligger, fastän den inte skulle ha ansetts felaktig om garantiutfästelsen hade saknats. Avsikten med införandet av 21 § andra stycket

³⁴ Mot bakgrund av att garantiansvaret i AB 04 är tidsbestämt behandlas endast tidsbegränsade garantier i det följande.

³⁵ Ibid.

³⁶ Jfr det sagda prop. 1998/89:76 s. 96 samt Wetterstein, *Säljarens garantiutfästelser vid lösöreköp, särskilt med beaktande av köparens befogenheter vid faktiskt fel i köpegodset*, Åbo 1992, s. 77 med vidare hänvisningar (”Wetterstein”) och Ramberg & Herre, *Köplagen, en kommentar*, Juno version 3B, kommentaren till 21 §, avsnitt 5.6.3 (”Ramberg & Herre”) samt Håstad, *Köprätt och annan kontraktsrätt*, s. 96 f (”Håstad”).

köplagen var främst att det inte ska behöva utredas huruvida felet fanns *in nuce* vid avlämnandet i en situation där funktionsgaranti lämnats, utan det räcker att en avvikelse visar sig inom den tid garantin gäller såvida avvikelsen är kopplad till vad den särskilda utfästelsen omfattar.³⁷

Säljaren svarar *inte* för sådana avvikelser från funktionsgarantin som beror på köparen (se 30 § köplagen, t.ex. vanvård). Inte heller svarar han för sådana som beror på olyckshändelse (se 13 § köplagen).³⁸

Vem har då bevisbördan för vad en *funktionsgarantiavvikelse* beror på? Det anses att säljaren har denna bevisbörda vid en funktionsgaranti.³⁹ Om alltså säljaren lämnat utfästelse att under en viss tid svara för varan i visst avseende och varan under den angivna tiden försämras i det avseende som utfästelsen omfattar måste säljaren *göra sannolikt* (sänkt beviskrav) att försämringen beror på en olyckshändelse eller därmed jämförlig händelse eller på vanvård, onormalt brukande eller något liknande förhållande på köparens sida.

Vad som nu sagts gäller bevisbördan för orsaken till funktionsgarantiavvikelsen. Med detta sagt, måste det anses åligga *köparen* som vill åberopa en garanti att visa *att* det finns/lämnats en garanti samt att åberopa och bevisa *vad* garantin enligt köparen omfattar samt att varan avviker från garantin.⁴⁰

Ansvarsbestämmelsen i AB 04 kap. 5 § 5 utgör ingen funktions- eller hållbarhetsgaranti. Entreprenören garanterar inte entreprenadens fortsatta funktion eller användbarhet genom stadgandet, som endast föreskriver att entreprenören ansvarar för *fel* som *framträder* under garantitiden. Därmed uppstår frågan vad för slags garanti, om någon, det egentligen rör sig om.

2.3.3 S.k. Alméngarantier inom köprätten

Som tidigare nämnts har i svensk rätt sedan gammalt laborerats med två huvudtyper av garantier i köpsituationer. Garantier som inte varit hållbarhets- eller funktionsgarantier (dvs. som inte utökat säljarens materiella felansvar) har inordnats under kategorin ”Alméngarantier”. Dessa har beskrivits som garantier som endast bestämmer att säljaren är ansvarig för ursprungliga fel och åtar sig att avhjälpa sådana fel om de visar sig inom viss tid.⁴¹ Sådana typer av garantier — Alméngarantier

³⁷ Prop. 1998/89:76 s. 96.

³⁸ Se och jfr även Håstad, *ibid*.

³⁹ Håstad s. 97.

⁴⁰ Jfr prop. 1973:138 s. 244.

⁴¹ Ramberg & Herre, kommentaren till 21 §, avsnitt 5.6.3. Att det tidigare förekom säljargarantier i form av åtaganden att under viss tid avhjälpa (ursprungliga) fel (utan att detta innebar någon utfästelse om varans hållbarhet under samma period) hade sin förklaring i det inte fanns någon skyldighet till avhjälpan enligt den äldre köplagen, varför avhjälpningsåtagandet hade en viss självständig roll som påföljd vid fel.

— innebär till skillnad från funktionsgarantier ingen förändring i säljarens felansvar, eftersom ju säljaren under alla förhållanden är ansvarig för fel som föreligger vid tidpunkten för avlämnandet.⁴²

Begreppet Alméngaranti har sagts⁴³ syfta på en viss typ av garantier som Tore Almén beskrev i en fotnot i sin kommentar till 44 § i 1905 års köplag (motsv. 21 § första stycket första momentet i nuvarande köplag).⁴⁴ Mer korrekt är emellertid att det var Alméns *sätt* att *in dubio* tolka tidsbestämda garantier som föranlett namnet Alméngarantier. På angivet ställe i den kända kommentaren resonerar Almén kring tidsbestämda garantier. Almén ansåg att det inte var en ”naturlig” tolkning av tidsbestämda garantier (åtminstone inte så som dessa vanligen formulerades kring 1900-talets början) att den kritiska tidpunkten i fråga om existensen av fel framflyttades till garantitidens utgång (jfr vad som ovan sagts om funktionsgarantier), eftersom det enligt Almén inte kunde anses vara kontrahenternas mening att säljaren skulle svara för alla fel som uppkom under garantitiden.⁴⁵ Samtidigt framhöll Almén att vid fel, som har sin grund i ”godsets egen beskaffenhet” och som ”mera långsamt och omärkligt” utveckla sig föreligger den egentliga svårigheten med att konstatera tidpunkten för felets uppkomst. Efter denna utläggning kom Almén till slutsatsen att den naturliga tolkningen av tidsbestämda garantier skulle vara denna:

[O]m under garantitiden yppas ett fel, som har sin grund i godsets egen beskaffenhet, detta presumeras hafva varit åtminstone *in nuce* för handen vid den enligt förevarande paragraf kritiska tidpunkten.⁴⁶

Alméns uttalande kan knappast tolkas på annat sätt än att det som är tänkt att presumeras är den omständigheten att ett redan *etablerat* faktiskt fel *förelåg vid riskövergången*. Med andra ord medför en Alméngaranti endast en omkastning av bevisbördan vad gäller frågan om felet ifråga funnits *in nuce* vid avlämnandet (dvs. den tredje bevisbördefrågan, jfr avsnitt 2.2 ovan).

I en statlig utredning sägs att de enda garantierna Almén räknade med var sådana som innebär att säljaren inte åtar sig något (utökat) materiellt ansvar för varan under garantitiden men ett ansvar för att varan är felfri vid tidpunkten för farans övergång.⁴⁷ Även flera andra författare har beskrivit de garantier som Almén anses ha åsyftat i sin kommentar till gamla köplagen som sådana ”svagare” garantier (i jäm-

⁴² Ibid. Jfr prop. 1998/89:76 s. 96 och Grobgeld & Hertzman, *Fel, hållbarhet och garanti*, SvJT 1981 s. 241, på s. 255 (”Grogeld & Hertzman”) samt Samuelsson & Arvidsson, *Entreprenadavtal mellan näringsidkare och konsument*, Juno version 1 s. 196.

⁴³ Ingvarsson & Eickhoff s. 834.

⁴⁴ Almén, kommentaren till 44 § not 7a.

⁴⁵ Om kritik mot Alméns resonemang i det avseendet, se Agell, *Felbegreppet, funktionsgarantier och försäkring*, SvJT 1991 s. 404 ff., på s. 416 f. (”Agell”).

⁴⁶ Almén, kommentaren till 44 §, not 7a.

⁴⁷ SOU 1979:36 s. 272 f.

förelse med funktionsgarantier) som inte medför något utökat materiellt felansvar utan som endast innebär att säljaren ”garanterar” och svarar för att prestationen var felfri vid leveransen.⁴⁸

I det följande går ett antal rättskällor igenom som bekräftar att det enda en köpare undslipper att leda i bevis vid en s.k. Alméngaranti är att felet fanns vid avlämnandet (dvs. han undslipper inte att leda i bevis att det föreligger ett förhållande som utgör ett faktiskt fel, jfr bevisfråga [i] och [ii] ovan i avsnitt 2.2). Detta är tvärt emot Ingvarssons & Eickhoffs tolkning av en Alméngaranti.

I förarbetena till konsumentköplagen (1990) beskrivs effekten av en garanti som inte innefattar något utökat materiellt felansvar utan endast utfästelse om att inom viss tid svara för varan (dvs. en Alméngaranti) på följande sätt:

Enligt härskande mening innebär en sådan utfästelse oftast inte något avsteg från regeln i 44 § [gamla, förf. anm.] köplagen om att den relevanta tidpunkten är tiden för farans övergång. Däremot anses garantin medföra en presumtion för att *ett fel* som visar sig under garantitiden fanns ”in nuce” vid denna tidpunkt. Bevisbördan för att *felet* beror på köparens försumlighet eller på olyckshändelse åvilar alltså säljaren.⁴⁹ [Förf. kursivering]

Samt:

Garantin anses emellertid skapa en presumtion för att ett fel, som påvisas under garantitiden, fanns ”in nuce” när faran övergick. *Om sådant fel visas*, anses det därför ankomma på säljaren att styrka att fel inte förelåg när faran övergick.⁵⁰ [Förf. kursivering]

Det är tydligt att lagstiftaren i detta sammanhang tolkat en Alméngaranti på det sättet att köparen inte undslipper att etablera att det föreligger ett faktiskt fel (dvs. att varan avviker från vad som avtalats, vilket inkluderar att visa dels vad som har avtalats, dels en försämring som innebär att varan eller tjänsten avviker från vad som avtalats).⁵¹ Det är

⁴⁸ Se Grobgeld & Hertzman s. 261. Samma i Johansson, avsnitt 14.3.1, avsnittet ”Tidsbestämda garantier” samt Agell s. 415 f. Se även vidare nedan. Som Agell påpekar är det snarare så att Almén *in dubio* ansåg att en tidsbestämd garanti inte kunde tolkas utgöra en funktionsgaranti, men namnet Alméngaranti har kommit att representera en typ av garanti där säljaren de facto inte garanterar varans fortsatta funktion eller användbarhet utan endast utfäster att säljaren svarar för att varan vid riskövergången var felfri. Se även not 54.

⁴⁹ SOU 1972:28 s. 38.

⁵⁰ A. a. s. 68.

⁵¹ Inom entreprenadrätten är feldefinitionen smalare än inom köprätten; som redogjorts för ovan är ett fel enligt AB 04 en avvikelse från kontraktsevenliga fordringar. I köprätten är en vara dessutom felaktig om den rent allmänt avviker från vad köparen har att fordra. Jfr NJA 2015 s. 233; konsumentens felpåståenden vad gällde brister i ventiler och rutor samt rostangrepp och mögel och behov av fastsättning av detaljer ogillades (p. 45 med vidare hänvisning till hovrätten) därför att konsumenten inte visat att dessa brister utgjort faktiska fel i varan (varan såld i befintligt skick).

först om så skett som köparen kan dra nytta av en omvänd bevisbörda vad gäller tidpunkten för det påstådda felets uppkomst.⁵²

Förarbetena till konsumenttjänstlagen anger likaledes:

En garanti av denna typ [Alméngaranti, förf. anm] är alltså egentligen inte – sett från materiell synpunkt – någon garanti för godsets beskaffenhet under en viss tidsperiod. Emellertid har garanti under den angivna garantitiden en viss processuell rättsverkan, nämligen i fråga om bevisbördans placering. Utgångspunkten för garantin är visserligen den allmänna principen i 44 § köplagen att tiden för avlämnandet är den relevanta vid avgörande av om godset är felaktigt. Men om garanti lämnas omkastas bevisbördan. I allmänhet åligger det köparen att – sedan besittningen till godset övergått till honom – bevisa godsets skick vid den avgörande tidpunkten. Om garanti av nu angivet slag lämnas anses dock bevisbördan övergå från köparen på säljaren. Om det under garantitiden visar sig att t.ex. ett armbandsur slutar fungera eller takpannor vittrar sönder presumeras *felet* ha funnits ”in nuce” redan vid avlämnandet.⁵³ [Förf. kursivering]

Även av dessa förarbetsuttalanden att döma medför alltså en Alméngaranti endast en omkastad bevisbörda såvitt avser frågan om godsets skick vid riskövergången.⁵⁴

Samma slutsats ifråga om de processuella effekterna av en Alméngaranti har Wetterstein dragit:

Såsom tidigare (§ 2.4.) framgått, anses enligt rådande uppfattning bevisbördan i fråga om köpgodsets felaktighet vid tidpunkten för farans övergång som huvudregel ankomma på den av parterna som har godset i sin besittning. I nordisk rätt har hävdats, att en tidsbestämd garantiutfästelse medför en överflyttning av bevisbördan från köparen, som oftast i felsituationerna har köpgodset i sin besittning, till säljaren, *dvs. fel som framkommer* under garantitiden presumeras ha funnits ”in nuce” (i sin kärna) vid tiden för farans övergång.[not 48]⁵⁵ [Förf. kursivering]

Wetterstein fortsätter därefter med att beskriva skillnaden i rättsverkan av en Alméngaranti jämfört med en funktionsgaranti (som hade börjat introduceras på allvar i svensk rätt vid tidpunkten för Wettersteins verk år 1982 framförallt genom konsumentköp- och tjänstutredningarna):

De garantiutfästelser där säljaren förbinder sig att bära ansvar för alla sådana avvikelser från den i garantin bestämda kvaliteten eller de däri nämnda egenskaperna, som framkommer under garantitiden, har även direkta verkningar

⁵² Samma i prop. 1973:138 s. 46.

⁵³ SOU 1979:36 s. 272.

⁵⁴ På ett annat ställe i samma förarbete anges att säljaren vid såväl en Alméngaranti som vid en funktionsgaranti har bevisbördan för orsaken till avvikelse som visar sig under garantitiden (s. 278). Det är korrekt, eftersom frågan om orsak och tidpunkt för felets uppkomst i princip är samma sak. Ingvarsson & Eickhoff hänvisar till denna sidangivelse till stöd för sitt påstående om vad en Alméngaranti enligt deras uppfattning innebär. Uttalandet ger dock inget stöd för deras uppfattning om att köparen skulle gå fri från att visa en avvikelse mellan avtalat och faktiskt skick.

⁵⁵ Wetterstein s. 75 f. I not 48 i citerat verk hänvisas till Alméns kommentar till 44 § noten 7a.

för säljarens bevisbörda [funktionsgaranti, förf. anm]. Härvid *ökas* nämligen säljarens bevisbörda ytterligare. Det räcker inte för undvikande av ansvar att säljaren visar, att köpgodset vid tidpunkten för varans övergång var felfritt och kontraktsenligt, utan säljaren måste även göra sannolikt att avvikelsen beror på köparen eller på någon annan omständighet som säljaren inte ansvarar för (olyckshändelse eller dylikt).⁵⁶ [Förf. kursivering]

Ramberg och Herre anger beträffande Alméngarantier följande, vilket tillsammans med den anslutande hänvisningen till Wettersteins ovan citerade stycken innebär att även dessa författare tolkar en Alméngaranti såsom enbart medförandes en omkastad bevisbörda vad gäller tidpunkten för felets uppkomst:

Garantierna anses också medföra en omkastning av den bevisbörda med avseende på förekomsten av ursprungligt fel som i avsaknad av garanti antas åvila köparen [not 443].⁵⁷

Även Agell bekräftar den läsning av innebörden av en Alméngaranti som följer redan av Alméns egen beskrivning av garantins effekter:

Innebörden av en tidsbestämd garanti — tolkad som en Alméngaranti — blir sålunda, att bevisbördan kastas om beträffande frågan om fel förelegat redan när risken för varan gått över på köparen, dvs. normalt vid avlämnandet.⁵⁸

I sin avhandling om fel inom köprätten instämmer även Kihlman i uppfattningen att förekomsten av en Alméngaranti påverkar bevisbördan endast beträffande frågan om den påstådda avvikelsens *förekomst vid riskövergången*:

Ända sedan den första utgåvan av Alméns kommentar har åtminstone de tidsbegränsade garantierna ansetts innebära att säljaren har bevisbördan för att en funktionssvikt inte härrör från något som förelåg redan vid riskövergången.⁵⁹

⁵⁶ A. a. s. 79.

⁵⁷ Ramberg & Herre, kommentaren till 21 §, avsnitt 5.6.5. I not 443 hänvisas till Wetterstein s. 75 f.

⁵⁸ Agell s. 415 f. Agell kritiserar även Alméns slutsatser ifråga om *in dubio*-tolkningen av tidsbestämda garantier och anför att endast Alméns auktoritet kan förklara att hans uttalanden i en fotnot kunnat förläna "Alméngarantierna" en så stor uppmärksamhet (s. 416). I detta går det att instämma. Det borde i kommersiella sammanhang överhuvud inte finnas några *in dubio*-tolkningsprinciper för en tidsbestämds garantis korrekta tolkning och innebörd (jfr, ifråga om *in dubio*-principer och skiljeavtal NJA 2019 s. 171 samt Frank, "Husqvarnas skiljeavtal" — replik till en kommentar, SvJT 2024 s. 543). Frågan måste avgöras genom sedvanlig avtalstolkning. För konsumenttjänsternas del har dock lagstiftaren gjort tolkningen av tidsbestämda garantier förhandstvingande. Genom 14 § kan tidsbestämda garantier enligt konsumenttjänstlagen aldrig medföra endast den mindre typ av bevisverkan som en Alméngaranti innebär. I stället förskjuter de den relevanta feltidpunkten framåt i tiden.

⁵⁹ Kihlman, *Fel*, Juno version 1, avsnitt 7.2.4.

Samt:

Även när säljaren har lämnat en garanti har köparen bevisbördan för förekomsten av en avvikelse från sina befogade förväntningar [dvs. för faktiskt köpträttsligt fel, förf. anmärkning]. Däremot anses de tidsbestämda garantierna påverka bevisbördan beträffande avvikelsens förekomst vid riskövergången så att denna i stället åvilar säljaren.⁶⁰

Svante O. Johansson skriver i sin kommentar till konsumenttjänstlagen:

Alméngarantier ansågs tidigt innefatta en presumtionsverkan. I allmänhet åligger det konsumenten att bevisa att fel förelåg vid den avgörande tidpunkten. Genom garantin anses emellertid bevisbördan bli omkastad. På så sätt presumeras *felet* ha funnits, åtminstone i sitt embryo, redan då tjänsten avslutades.⁶¹ [Förf. kursivering]

Det kan sammanfattningsvis inte anses råda någon tvekan om att garantiåtaganden som enbart innebär att säljaren är ansvarig för ursprungliga fel, dvs. situationer där ”utfästelsen” strängt taget inte innebär mer än att säljaren lovat att varan vid avlämnandet ska uppfylla kontraktsenliga krav, endast medför en omkastad bevisbörda med avseende på tidpunkten för ett fels uppkomst.

Det sagda ligger också i linje med rättsfallet NJA 2013 s. 524, som rörde ett konsumentköp. I korthet var omständigheterna följande. En vecka efter att en köpt dörr hade avlämnats hos konsumenten uppdagade denne, i samband med att dörren bars till huset och monterades, att dörren var skadad. HD konstaterade att den köpträttsliga utgångspunkten (även i konsumentfall) är att det är köparen som är bevisskyldig både beträffande eventuella fel i varan och för att felet fanns vid tidpunkten för riskövergången, dvs. vid avlämnandet.⁶² Har varan i något hänseende gått sönder efter köpet har det emellertid för en konsumentköpare ansetts vara svårt att bevisa att skälet härrör från en egenskap som fanns redan vid riskövergången. I den vid tiden tillämpliga 20 a § konsumentköplagen (1990:932) hade lagstiftaren därför infört en specialregel i konsumentskyddssyfte som föreskrev att ett fel som visar sig (framträder) inom sex månader efter det att varan avlämnades ska anses ha funnits vid avlämnandet om inte annat visas eller detta är oförenligt med varans eller felets art. Den i lagtexten införda presumptionen har alltså samma verkan som en Alméngaranti som innebär att säljaren inte tar på sig något utökat felansvar men däremot utfäster att varan är felfri vid avlämnandet. Det kom även HD fram till. HD konstaterade att lagstiftaren förvisso utgått ifrån att de fel som främst skulle kunna komma att träffas av 20 a § var sådana som framträder efter en tids användning, främst s.k. funktionssviker av olika slag, men att enligt

⁶⁰ Ibid.

⁶¹ Johansson, avsnitt 14.3.1., avsnittet ”Tidsbestämda garantier”.

⁶² P. 5 och 10 i domskälen.

bestämmelsens ordalydelse tillämpningsområdet inte var begränsat till sådana fel. HD framhöll sammanfattningsvis följande:

Det nu anförda innebär att *om konsumenten efter köpet lägger fram tillräckligt stark bevisning för att ett fel i varan ska anses föreligga, så ska felet presumeras ha funnits vid tidpunkten för riskövergången*. Av bestämmelsens ordalydelse framgår att felet ska anses ha funnits vid avlämnandet ”om inte annat visas eller detta är oförenligt med varans eller felets art.”⁶³ [förf. kursivering]

HD redovisade således tydligt i domen att grundprincipen att köparen har bevisbördan för att en kontraktsavvikelse föreligger gäller oaktat eventuella bestämmelser som tar sikte på en presumtionsverkan vad avser tidpunkten för ett fels uppkomst.⁶⁴

2.3.4 Sammanfattning

Enligt dispositiv rätt måste en köpare bevisa (1) avtalsinnehållet⁶⁵, (2) att varans faktiska skick avviker från vad köparen har rätt att fordra enligt avtalet, (3) att avvikelsen inte beror på köparen och därmed (4) att orsaken till avvikelsen var ursprunglig och förelåg vid avlämnandet. Angående 3 och 4 som i princip hör ihop och utgör en enda fråga anses att åtminstone i vissa fall, en bevislättnad bör gälla. Det anses att köparen bör kunna föra s.k. eliminationsbevisning (bevisning som utesluter att köparen själv orsakat felet) samt att det i vissa fall kan vara tillräckligt att det, när all bevisning förebragts, framstår som övervägande *sannolikt* att försämringen beror på något som säljaren svarar för.⁶⁶ Vid en s.k. Alméngaranti kastas emellertid bevisbördan om med avseende på 3 (och därmed också med avseende på 4). Sannolikt gäller även då ett sänkt beviskrav, fast för säljarens del.

Feldefinitionen i begreppsbestämningarna i AB 04 talar för att entreprenörens ansvar för fel under garantitiden endast omfattar ursprungliga fel. Om resultatet avviker från vad som avtalats måste det ju ha sin grund i att *utförandet* inte är kontraktsenligt, för att fel ska anses föreligga. Annars föreligger inget fel enligt AB 04. Det medför att alla

⁶³ NJA 2013 s. 524 p. 15.

⁶⁴ Vilket rättskällestöd finns då för Ingvarssons & Eickhoffs påstående om innebörden av en Alméngaranti, dvs. att garantin skulle medföra en omkastad bevisbörda med avseende på rekvisitet faktiskt fel? Författarna själva hänvisar till enbart två rättskällor. Dels rör det sig om förarbetena till konsumenttjänstlagen, vilka citerats ovan och därför inte kommenteras närmare här (se särskilt not 42). Dels hänvisas till Heumans bevisbörda och beviskrav från 2005. Inte heller Heuman ger dock något stöd för Ingvarssons & Eickhoffs tolkning, dvs. för att bevisbördan för rekvisitet faktiskt fel ligger på säljaren vid en Alméngaranti. Heuman uttalar tvärtom att säljaren även vid en garanti måste visa att varan avviker från vad som avtalats (Heuman, *Bevisbörda och beviskrav i tvistemål*, 2005, s. 310).

⁶⁵ Detta är huvudregeln och avser både avtals existens och dess innehåll, men frågan kan såklart kompliceras. Om köparen hänvisar till skriftligt avtal vars existens och innehåll är ostridigt men säljaren hänvisar till muntlig avvikande överenskommelse bär såklart säljaren bevisbördan för sitt påstående.

⁶⁶ Håstad s. 96.

fel i AB 04:s bemärkelse per definition *måste* vara ursprungliga. Utförandet sker ju under entreprenadtiden (före avlämnandet) och felet måste därför, om det ska vara kopplat till utförandet, ha uppkommit före riskövergången.

Ovan har även framgått att AB 04 kap. 7 § 11 andra stycket sannolikt uttömmande reglerar vilka fel beställaren får göra gällande under garantitiden. Bestämmandet av vilka fel beställaren har rätt att göra gällande under garantitiden inverkar, som redogjorts för ovan, på vilka fel som omfattas av garantiansvaret.

Sammanfattningsvis talar mycket för att entreprenörens ansvar för fel under garantitiden *närmast* skulle vara att likna vid en köprättslig Alméngaranti, om nu en jämförelse med köprätten skulle anses relevant. Men som kommer att framgå i det följande kan Alméngarantis effekter inte otvunget överföras på entreprenadrättsliga fel.

2.4 "Mismatch" mellan köprätten och entreprenadrätten

Vi återvänder så till exemplet med sprickor. Antagandet är alltså att det under garantitiden uppstår försämringar i entreprenadens skick i form av sprickor i ett betonggolv. Kan nu beställaren påstå att fel föreligger och sedan luta sig tillbaka? Nej, så kan beställaren inte agera för att nå framgång.

För att det ska föreligga ett fel krävs att ett visst utförande av entreprenadarbetena avviker från kontraktshandlingarna. Det sagda följer uttryckligen av feldefinitionen i AB. I princip inbakas därmed, som påtalats ovan, frågan om en viss defekts orsak i felbegreppet (och därmed också frågan om tidpunkten för felets uppkomst). Så förhåller det sig inte inom köprätten. För att ett s.k. faktiskt fel ska föreligga inom köprätten fordras enbart att varan avviker från vad som avtalats. Orsaken till avvikelsen behandlas sedan vid själva ansvarsbedömningen (ansvarar säljaren för avtalsavvikelsen?). Utgångspunkten (när ingen garanti föreligger) är att köparen ska visa både att det föreligger ett fel och — för att kunna göra gällande rätt till felpåföljder — att felet är hänförligt till förhållande som säljaren svarar för. Lämnas en Alméngaranti (garanti avseende avsaknad av ursprungligt fel) slipper köparen visa orsaksförhållandet. Istället presumeras avtalsavvikelsen bero på ett fel som är ursprungligt (dvs. på ett förhållande som förelåg innan riskövergången). Detta kan också uttryckas så, att säljaren åläggs bevisbördan för orsaken till den av köparen bevisade avtalsavvikelsen.

Om entreprenörens felansvar under garantitiden jämföras med en Alméngaranti ska det medföra en presumption och omkastad bevisbörda avseende endast tidpunkten för felets uppkomst (bevisfråga 3). Men eftersom felbegreppet i AB 04 förutsätter att felet är ursprungligt passar den köprättsliga presumptionsregeln, med innebörden att *förekomsten av ett faktiskt bevisat fel* medför en omkastad bevisbörda för *tid-*

punkten/orsaken för felets uppkomst, synnerligen illa in i systemet. Principerna bakom den s.k. Alméngarantin kan helt enkelt inte tillämpas vad avser garantiansvaret för fel i AB 04.

Ingvarssons & Eickhoffs försök att tvinga in AB 04 kap. 5 § 5 under figuren Alméngaranti inom köprätten sker på sätt som innebär att beställaren varken behöver bevisa (i) entreprenadavtalets innehåll eller (ii) att det faktiskt föreligger en avvikelse i förhållande till entreprenadavtalet. En sådan tolkning står i själva verket i strid med dispositiv rätt, där köparen måste bevisa (i) och (ii) för att en presumtion om tidpunkt/orsak ska gälla. Deras tolkning bygger på att en presumptionsregel i entreprenadförhållanden skulle vara tillämplig *blott* på grund av ett allmänt påstående från beställaren om fel pga. en allmän försämring i skick. Tolkningen bortser även från att det är beställaren som upprättar entreprenadavtalet och de kontraktshandlingar som ska ligga till grund för kontraktarbetenas omfattning, inkluderande olika tekniska lösningar. Åtminstone i denna fråga är det tveklöst beställaren som har bäst bevisåkringsmöjligheter och därför som utgångspunkt bör bära bevisbördan. Rimlighetshetskäl talar starkt emot att beställaren inte ens skulle åläggas bevisbördan för avtalets innehåll och att det föreligger en avvikelse från detta innehåll.⁶⁷

Uppdelningen mellan ”garantitid” och ”ansvarstid” i AB 04 (där ansvarstiden är 10 år) är gjord på så vis att under garantitiden svarar entreprenören på sedvanligt vis för alla fel som framträder (utan att någon bedömning behöver göras av felets allvarlighet), medan entreprenören efter garantitidens utgång svarar en viss ytterligare tid⁶⁸ endast för *väsentliga fel* som dessutom ska bero på ett *vårdslöst* utförande. Regleringen kan alltså närmast liknas vid en sorts specialpreskriptionsreglering (jfr köplagens tvååriga ansvarsperiod, där preskriptionsfristen saknar allt samband med frågan om bevisbörda). Att begreppet ”garantitiden” som valts i AB 04 väsentligen konstruerats som en tidslinje för att kunna utgöra en skiljelinje till den resterande ansvarstiden där endast väsentliga fel får åberopas får anses vara av viss betydelse vid ställningstagandet till om ordet ”garanti”, som förvisso ingår i begreppet ”garantitiden”, överhuvudtaget bör tillmätas någon självständig betydelse ifråga om vem som bör ha bevisbördan för fel i en utförandeentreprenad. Det enda entreprenören ”utfäster” i kap. 5 § 5 rent ordagrant är att avhjälpa *fel* såsom dessa är definierade i AB 04 om sådana föreligger och framträder under garantitiden utan att några ytterligare förutsättningar behöver vara uppfyllda (t.ex. att felet är väsentligt eller har sin grund i vårdslöshet). Det kan ifrågasättas vad det är i meningen ”entreprenören ansvarar för fel som framträder” som gör att entreprenören ska anses ha påtagit sig bevisbördan för att ett fel *inte* föreligger vid ett löst påstående från beställaren om fel. Särskilt när entreprenadrätten till skillnad från köprätten inte laborerar med ett felbegrepp och

⁶⁷ Det innefattar innehållet och betydelsen av tekniska termer m.m.

⁶⁸ Ytterligare fem år för arbetsprestation och ytterligare åtta år för material.

ett ansvarsbegrepp bör man rimligen falla tillbaka på de allmänna huvudprinciperna för fördelning av bevisbörda.

Återvändande till sprickorna är det tänkbart att dessa kan vara *ett uttryck för ett entreprenadrättsligt fel* (och i sådant fall utgör de närmast en skada på entreprenaden på grund av fel i den mening som avses i AB 04 kap. 5 § 8). Sprickor kan som framgått ovan dock bero på ett flertal orsaker och behöver därför inte utgöra en skada på grund av ett fel. En del orsaker till sprickor kan i allmänhet vara hänförliga till arbetsutförande medan andra i allmänhet kan vara hänförliga till beställarens materialval, konstruktionslösningar, användning, etc.

I sprickexemplet framstår det som rimligt att det först måste etableras vad *kontraktsenliga fordringar* innebär gällande utförandet av betongkonstruktionen ifråga. Därefter måste i ett andra steg etableras att en avvikelse från dessa fordringar föreligger. Den som köper en vara eller tjänst och efter mottagande vill göra gällande fel behöver i normalfallet åberopa och bevisa de rättsgrundande omständigheter som medför att fel föreligger. Den ”*ursprungssannolikhet*” som man ibland räknar med inom köprätten för att en funktionssvikt som visar sig efter viss tid i regel beror på varans beskaffenhet (och som ibland anses vara ett av skälen till att i vissa fall ge köparen en bevislättning vad avser orsaken till felet) gäller en vara som säljaren helt och hållit låtit tillverka enligt egna val av material och konstruktionslösningar m.m. och som köparen inte har någon som helst inblick i eller inflytande över (och som köparen därför inte heller kan kontrollera). En sådan sannolikhet gör sig inte gällande överhuvudtaget i en utförandeentreprenad, där det är beställaren som bestämmer och gör val av konstruktion m.m.⁶⁹

Slutsatsen bör av ovan angivna skäl bli att beställaren behöver visa att utförandet avviker från kontraktsenliga fordringar. I den frågan ryms två delfrågor: (i) att bevisa vad som utgör kontraktsenliga fordringar (dvs. avtalsinnehållet såvitt avser kontraktshandlingarna som beställarna upprättat) och (ii) att bevisa en avvikelse från dessa. Om beställaren lägger fram tillräcklig bevisning som uppfyller erforderligt beviskrav måste entreprenören prestera egen bevisning som talar i annan riktning. Entreprenörens ansvar att prestera bevisning grundas dock inte på att entreprenören bär en äkta bevisbörda för (icke)-förekomsten av fel och därmed inte heller på en omvänd bevisbörda. Entreprenören behöver lägga fram egen bevisning som talar i annan riktning endast för det fall att beställaren uppfyller sin initiala bevisbörda.

⁶⁹ Jfr not 27 ovan.

Med andra ord blir slutsatsen att det bör vara beställaren som har bevisbördan för fel — såväl vid slutbesiktning som därefter.⁷⁰

⁷⁰ I förslaget till nya AB 04 (AB 25) definieras fel som ”en avvikelse från vad som avtalats avseende entreprenaden på grund av ett förhållande för vilket entreprenören svarar (se kap. 7 § 4)”. Vidarehänvisningen i definitionen är tämligen intetsä- gande och ganska meningslös, eftersom bestämmelsen i 7 kap. § 4 som definitionen hänvisar till ordagrant upprepar vad som redan står i definitionen. Bestämmelsen i AB 04 kap. 5 § 5 har behållits identisk i remissversionen med undantag för att ordet ”framträder” bytts ut mot ”visar sig” (kap. 7 § 7). Kap. 7 § 7 föreskriver således att ”entreprenören ansvarar för fel som visar sig under garantitiden”. Om man byter ut ordet ”fel” till själva definitionen av vad fel är, står det alltså i kap. 7 § 7 att entrepre- nören ansvarar för avvikelser från avtalet såvitt avvikelsen beror på ett förhållande som entreprenören ansvarar för. Det kan också förkortas till att entreprenören an- svarar för kontraktsavvikelser som entreprenören ansvarar för. Något av ett cirkel- spår (även om det går att tänka sig vad avsikten varit). Det är inte helt lätt att förstå vilka förhållanden entreprenören ansvarar för i en utförandeentreprenad annat än utförandet. Om det är utförandet som avses står det i kap. 7 § 7 att entreprenören ansvarar för att utförandet avviker från vad som avtalats efter även efter slutbesikt- ningen om utförandefelet visar senare (inom en period av fem år för arbetspresta- tion). Det innebär i så fall ingen förändring i sak. Den nya föreslagna feldefinitionen synes inte lösa de tolkningssvårigheter m.m. som redogjorts för i denna artikel.