

Väsentlig rubbning enligt AB 04

ANDERS INGVARSON & MARCUS UTTERSTRÖM*

1. Inledning – en tvistedrivande bestämmelse med oklart syfte?

”Väsentlig rubbning” är en i entreprenadvister vanligt förekommande rättslig figur. När fråga är om stora och stökiga entreprenader i vilka entreprenören har förlorat mycket pengar (kanske hela sin vinst och mer därtill) åberopas ofta väsentlig rubbning som en av flera förklaringar till förlusten. Det förekommer även att väsentlig rubbning görs gällande när entreprenören inte förmår att härleda eller särskilja kostnader till specifika ändrings- eller tilläggsarbeten samt avgående arbeten (ÄTA-arbeten) eller hinder.

Bestämmelsen om väsentlig rubbning är förknippad med entreprenadavtalets särart och anknyter till beställarens fria rätt att under avtalstiden och utan entreprenörens godkännande ändra omfattningen av föremålet för avtalet (dvs. entreprenaden), något som är i det närmaste unikt för entreprenadavtal. Rubbningsbestämmelsen ger enligt dess ordalydelse entreprenören rätt till reglering av kostnader som orsakas av att ÄTA-arbeten eller mängdförändringar väsentligen rubbar förutsättningarna för entreprenadens utförande i övrigt. Vad som krävs för att det ska anses föreligga en rubbning i en entreprenad är dock oklart. Detsamma gäller vad som fordras för att en rubbning ska vara väsentlig. I det ljuset är det inte förvånande att bestämmelsens tillämpning ofta är föremål för tvist.

Bestämmelsen om väsentlig rubbning framstår som något av ett kontraktuellt mysterium. Detta gäller i synnerhet när det beaktas hur bestämmelsen har tillämpats i praktiken och vilka möjligheter som bör finnas för entreprenören att genom tillämpning av andra bestämmelser i AB 04¹ få ersättning för det slags kostnader som bestämmelsen avser. Syftet med bestämmelsen var vid dess tillkomst på 1960-talet att ge entreprenören möjlighet till ersättning för sådana kostnader som orsakats av ÄTA-arbeten men som entreprenören p.g.a. otillräckliga system för kostnadsuppföljning inte kunde härleda till specifika

* Författarna är verksamma vid Mannheimer Swartling Advokatbyrå. Författarna vill rikta ett varmt tack till advokaterna Johan K. Nilsson, JKN Advokatbyrå, och Johan Granehult för värdefulla synpunkter och kommentarer.

¹ Bestämmelsen om väsentlig rubbning återfinns med identisk ordalydelse i såväl AB 04 som ABT 06. I det följande hänvisas dock endast till AB 04, vilket är huvuddokumentet i BKK:s avtalsfamilj för kommersiella entreprenader.

ÄTA-arbeten och därmed inte fick betalt för. Det kan, med hänsyn till dagens avsevärt bättre möjligheter till kostnadsuppföljning och dokumentation, ifrågasättas om 1960-talets skäl för bestämmelsen alltjämt gör sig gällande. En annan fråga är om bestämmelsen ska tolkas på så sätt att de kostnader som bestämmelsen avser inte kan ersättas inom ramen för AB:s bestämmelser om reglering av ÄTA-arbete. Till detta kommer att bestämmelsen i praktiken närmast synes ha tillämpats som en slags bevislätnadsregel, vilket saknar stöd i ordalydelsen. En nutida analys av bestämmelsen om väsentlig rubbning i AB 04 ter sig sammantaget angelägen.

Byggandets Kontraktskommitté (BKK), som framförhandlar och ger ut AB-avtalen, har påbörjat ett revideringsarbete avseende AB 04. Det kan förmodas att bestämmelsen om väsentlig rubbning kan komma att bli en av flera stötestenar i BKK:s förhandlingar. Genom en belysning och analys av AB 04 kap. 6 § 5, mot bakgrund av HD:s tolkningsmetod avseende bestämmelserna i AB-avtalen, hoppas vi bidra till en framåtriktad och kritisk diskussion om det alls föreligger ett behov av en rubbningsbestämmelse och hur en sådan bestämmelse i så fall bör utformas.

2. En kort bakgrund – historik och uttalanden i doktrinen

I detta avsnitt följer en kortfattad historisk tillbakablick för att kartlägga rubbningsbestämmelsens tillkomst samt hur bestämmelsen har ändrats genom olika revideringar av AB-avtalen och genom åren har kommenterats i doktrinen. Mot bakgrund av HD:s metod för tolkning av bestämmelserna i AB-avtalen kan det ifrågasättas vilket värde en dylik genomgång egentligen har för tolkning och tillämpning av en bestämmelse i AB.² Som redan nämnts ovan och kommer att utvecklas nedan är dock bestämmelsen om väsentlig rubbning en säregen och entreprenadspecifik bestämmelse. En historisk tillbakablick kan därför ändå vara relevant för att förstå bestämmelsens syfte och nuvarande lydelse.

2.1 AB 54 § 3 mom. 4 och 11

Någon direkt motsvarighet till bestämmelsen om väsentlig rubbning i AB 04 kap. 6 § 5 återfinns inte i AB 54. Däremot finns i AB 54 § 3 mom. 11 en bestämmelse enligt vilken entreprenören vid ändring ska ”tillerkännas skälig ersättning för sådana anordningar, arbeten och utgifter, som föranletts av kontraktet, innan ändringen vederbörligen bestämdes, och som p.g.a. ändringen

² Ingvarson, Anders och Utterström, Marcus, Högsta domstolens intåg i entreprenadrättsens slutna rum, Svensk Juristtidning, 2015, s. 271.

icke blir till avsedd nytta för honom.” Enligt Källenius behandlar bestämmelsen ändringar ”som rubbar den ursprungliga arbetsplanen” och kan sägas reglera kostnadsrämsiga konsekvenser av en slags hävning av en del av den prestation som ursprungligen avtalats. Som ett konkret exempel lyfter Källenius fram att avtalad pålning till 20 meters djup endast behöver utföras till tio meters djup. I en sådan situation har entreprenören rätt till skäligen ersättning för sådant arbete m.m. som inte kommer till användning p.g.a. ändringen.³ Att entreprenören har rätt till denna typ av förgäveskostnader följer idag uttryckligen av AB 04 kap. 6 § 4. Några direkta paralleller till väsentlig rubbning är svåra att dra eftersom Källenius alltså tar sikte på förgäveskostnader snarare än *tillkommande kostnader* p.g.a. ett flertal ändringar som på ett fundamentalt sätt påverkar förutsättningarna för entreprenadens utförande.

Det har hävdats att AB 54 § 3 mom. 4 skulle ha en koppling till väsentlig rubbning, eftersom Källenius i anslutning till denna bestämmelse anger att beställaren ska ersätta såväl direkta som indirekta kostnader p.g.a. föreskriven ändring.⁴ Författarnas uppfattning, som utvecklas nedan, är dock att rätt till ersättning för indirekta kostnader p.g.a. ÄTA-arbete inte nödvändigtvis förutsätter en ”omväg” via bestämmelsen om väsentlig rubbning och att Källenius kommentar i detta avseende kan ses som ett stöd för just den uppfattningen.

2.2 AB 65 kap. 6 § 4

AB 65 kap. 6 § 4 har följande ordalydelse.

”Vid ändring eller tilläggsarbete, skall ersättning utgå även för åtgärd, arbete och utgift, som för-
anletts av entreprenadhandlingarna, och som på grund av ändringen eller tilläggsarbetet icke blir
till avsedd nytta. Föranleder ändring eller tilläggsarbete en väsentlig rubbning av förutsättningarna
för entreprenadens utförande, skall kostnadsreglering ske härför.”

AB 65 kap. 6 § 4 men. 1 motsvarar AB 54 § 3 mom. 11 och har som redan kommenterats egentligen inte med väsentlig rubbning att göra. I bestämmelsens andra mening återfinns emellertid det som sedermera kom att utvecklas till nuvarande AB 04 kap. 6 § 5. Den andra meningen innehåller en regel om kostnadsreglering vid *väsentlig rubbning* av förutsättningarna för entreprenadens utförande till följd av ändring eller tilläggsarbete. I motiven till AB 65 konstateras att sådana direkta och indirekta produktionsstörningar som kan orsakas p.g.a. ändringar och tilläggsarbeten har ”blivit föremål för allt större uppmärksamhet under senare år.” Som tänkbara förklaringar till detta intresse anges större omfattning av entreprenader, noggrannare planläggning och ökad industrialisering av byggandet. Syftet med den nya regeln är enligt motiven att

³ Källenius, Sten, *Entreprenadjuridik*, Stockholm, 1960, s. 58 f.

⁴ Källenius, Sten, *Entreprenadjuridik*, Stockholm, 1960, s. 51.

reglera sådana situationer då ändring eller tilläggsarbete påverkar andra i entreprenaden ingående arbeten, t.ex. genom att förskjuta arbetena till annan årstid. För att det kostnadsmässiga ansvaret för sådana följdverkningar ska hänföras till och belasta den som beordrat eller ansvarar för ändringen eller tilläggsarbetet är det ”lämpligt med en klar och entydig regel härom”.⁵ Som utvecklas nedan tycks detta bygga på tanken om att beställaren inte redan genom AB:s bestämmelser om ÄTA-arbeten skulle vara skyldig att ersätta entreprenören för den fulla kostnaden av ett ÄTA-arbete, dvs. även inkluderat s.k. indirekta kostnader såsom kostnadspåverkan på kontraktsarbeten. Det framstår som märkligt att det inte redan innan AB 65 kap. 6 § 4 men. 2 skulle förhandlas och formuleras var klart att entreprenören som utgångspunkt ska kompenseras för samtliga sina kostnader som beställarens fria rätt att ändra avtalsföremålet kan komma att medföra. Det kan dock ha varit så att utgångspunkten snarare byggde på tanken om att indirekta kostnader p.g.a. ÄTA-arbete ansågs vara så svåra att särskilja och dokumentera att det inte framstod som att entreprenörerna hade någon realistisk chans att få ersättning genom de förhållandevis strikta bestämmelserna om ersättning för ÄTA-arbeten.⁶

2.3 AB 72 kap. 6 § 2

AB 72 kap. 6 § 2 har följande ordalydelse.

”Vid ändring eller tilläggsarbete skall ersättning utgå även för åtgärd, arbete eller utgift, som föranletts av entreprenadhandlingarna, och som på grund av ändringen eller tilläggsarbetet icke blir till avsedd nytta. Föranleder ändring eller tilläggsarbete en väsentlig rubbning av förutsättningarna för entreprenadens utförande, skall kostnadsreglering ske härför.”

Bestämmelsens ordalydelse är i sak densamma som för motsvarande bestämmelse i AB 65. Vad som i motiv till AB 72 anförs avseende bestämmelsen tillför inte heller något nytt i förhållande till vad som anges i motiv till AB 65.⁷

2.4 AB 92 kap. 6 § 3

I AB 92 återfinns bestämmelsen om väsentlig rubbning i kap. 6 § 3. Med AB 92 fick rubbningsbestämmelsen en ordalydelse som ligger nära lydelsen av AB 04 kap. 6 § 5. Bestämmelsen i AB 92 har följande lydelse.

⁵ Motiv AB 65, Arbetsutskottet inom Svenska Teknologföreningens Kontraktskommitté, Stockholm, 1969, s. 152.

⁶ Det kan naturligtvis också ha varit så att entreprenörs- respektive beställarrepresentanterna i kontraktskommittén hade olika uppfattningar om vad som var bakgrunden till och syftet med bestämmelsen och att skrivningen i motiven är resultatet av en kompromiss.

⁷ Motiv AB 72, Svenska Teknologföreningens Kontraktskommitté, Norrköping, 1973, s. 174.

”Om ändring eller tilläggsarbete som avses i kapitel 2 §§ 2 och 3 föranleder en väsentlig rubbning av förutsättningarna för entreprenadens utförande, skall kostnadsreglering ske härför. Entreprenören får inte åberopa sådan rubbning, om han inte lämnar skriftligt besked till beställaren utan dröjsmål efter det att rubbningen kunde förutses.

Anspråk på ersättning på grund av väsentligt rubbade förutsättningar skall, vid påföljd att annars vara förfallet, till beställaren framställas senast sex månader från entreprenadens godkännande.”

Bestämmelsen i AB 92 är utformad på ett annat sätt än motsvarande bestämmelse i AB 72, då den hänvisar tillbaka till bestämmelserna i kap. 2 §§ 2–3 som avser ändringar och tilläggsarbeten samt med sådana likställda arbeten. Den stora skillnaden mellan de två bestämmelserna är dock att det i AB 92 kap. 6 § 3 återfinns två nya underrättsregler.

I Lindahl, Malmberg och Noréns kommentar till bestämmelsen påstås att direkta och indirekta produktionsstörningar ”blivit föremål för allt större uppmärksamhet”.⁸ Bestämmelsens första stycke kommenteras på i princip samma sätt som i motiven till AB 65. Detta är ett exempel på den introverta entreprenadrättsliga litteraturen och den ”rundgång” som ofta förekommer.⁹

För att det ska anses föreligga en väsentlig rubbning anser Hedberg att ÄTA-arbeten ska påverka entreprenörens planerade och kalkylerade utförande av entreprenaden. Genom sådan påverkan uppstår enligt Hedberg väntetider, avbrott i serieproduktion och störningar av materialhantering, vilket orsakar sänkt produktivitet samt ökade och icke kalkylerbara kostnader, s.k. ”rubbningsskostnader”.¹⁰

AB 92 kap. 6 § 3 st. 1 men. 2 har ingen motsvarighet i tidigare versioner av AB. Enligt denna mening ska entreprenören skriftligen underrätta beställaren utan dröjsmål efter det att entreprenören kunnat förutse rubbningen. Om så inte sker, får entreprenören inte åberopa rubbningen. Detta kan ses som en preklusionsregel. Med tanke på att underrättelse ska ske ”utan dröjsmål”, dvs. inom i vart fall fem arbetsdagar,¹¹ får denna underrättsregel anses vara förhållandevis sträng mot entreprenörerna.

Enligt bestämmelsens andra stycke ska anspråk på ersättning framställas senast sex månader från entreprenadens godkännande. I annat fall är kravet preskriberat. Enligt Hedberg är regeln i andra stycket ett resultat ”av det från beställarsidan ständigt gjorda påståendet att entreprenören först i uppgörelsen kommer med krav av denna art, ’dammsugarkraven’.”¹²

⁸ Lindahl, Alf G, Malmberg, Östen och Norén, Alf-Erik, *Entreprenad AB 92*, Stockholm, 1994, s. 173.

⁹ Jfr Ingvarson, Anders och Utterström, Marcus, *Högsta domstolens intåg i entreprenadrätts slutna rum*, Svensk Juristtidning, 2015, s. 263.

¹⁰ Hedberg, Stig, *Kommentarer till AB 92*, Stockholm, 2000, s. 113.

¹¹ Att ”utan dröjsmål” ofta motsvarar fem arbetsdagar för den här typen av underrättelser följer inte av AB 04 men är branschpraxis. Se dock nedan Svea hovrätts striktare bedömning.

¹² Hedberg, Stig, *Kommentarer till AB 92*, Stockholm, 2000, s. 114.

3. Bestämmelsen AB 04 kap. 6 § 5

3.1 Ordalydelsen

I AB 04 återfinns bestämmelsen om väsentlig rubbning i kap. 6 § 5 och har följande ordalydelse.

”Om ÄTA-arbete eller förändring i förhållande till angiven mängd i kontraktshandlingarna föranleder en väsentlig rubbning av förutsättningarna för entreprenadens utförande i övrigt skall kostnadsreglering ske härför.

Entreprenören får inte återropa en sådan rubbning om han inte lämnat skriftligt besked till beställaren utan dröjsmål efter det att han insett eller borde ha insett rubbningen.

Anspråk på ersättning på grund av väsentligt rubbade förutsättningar skall framställas utan dröjsmål och, vid påföljd att annars vara förfallet, senast sex månader efter entreprenadens godkännande.”

Till bestämmelsen har i AB 04 införts en kommentarstext. Vilken rättslig betydelse som ska tillmätas en sådan kommentarstext är oklart, men i en av Svea hovrätt meddelad dom tycks kommentarstexten (till en annan bestämmelse) haft stor betydelse.¹³ Kommentarstexten till AB 04 kap. 6 § 5 har följande lydelse.

”Ändrade förutsättningar kan bl.a. uppstå som en följd av ÄTA-arbeten. I vilken mån sådana ÄTA-arbeten har inneburit en väsentlig rubbning av förutsättningarna för entreprenadens utförande i övrigt, får bedömas utifrån arten och omfattningen av ÄTA-arbetena, tidsåtgången för att utföra dem samt vilken påverkan ÄTA-arbetena har haft på entreprenadarbetena i övrigt.

Ersättning för ÄTA-arbeten förutsätts ha reglerats i samband med att dessa beställts och utförts. De kostnader som avses i denna bestämmelse är tillkommande kostnader på entreprenadarbetena i övrigt som uppkommit som en följd av dessa ÄTA-arbeten. Fråga kan exempelvis vara om att vissa arbeten – till följd av förskjutningar i tidplanen – kommer att genomföras under andra produktionsbetingelser än vad som varit förutsatt.

Om entreprenören gör gällande att förutsättningarna för entreprenadens genomförande väsentligt har rubbats, skall han – för att rätt till extra ersättning skall föreligga – visa såväl i vilka avseenden och på vilket sätt förutsättningarna har ändrats för genomförandet av entreprenaden i övrigt som vilka extra kostnader som uppstått till följd av detta.

Vid bedömning av vad som skall anses utgöra väsentligt rubbade förutsättningar kan parterna särskilt avtala om att sådana förutsättningar skall anses föreligga till exempel när den del av kostnaderna för ÄTA-arbete som omfattas av § 9 p 2–7 överstiger viss procentandel av motsvarande poster i kontraktssumman. Parterna kan då även bestämma hur kostnadsregleringen skall ske, exempelvis genom olika påslag på ersättningen för ÄTA-arbete i förhållande till kontraktssumman inom olika intervall.”

Till skillnad från motsvarande bestämmelse i AB 92 kan enligt AB 04 kap. 6 § 5 en väsentlig rubbning orsakas också av en *förändring av mängder*. Enligt Hedberg bör detta gälla också för sådana reglerbara mängder som i mängdförteck-

¹³ Svea hovrätts dom 2013-03-08 i mål nr T 694-12.

ning markerats som ”R-mängd” (dvs. reglerbar mängd), dock att det då krävs att mängdängringen avviker på ett onormalt sätt.¹⁴

Schedin och Sjöström anser att bestämmelserna om likställda ÄTA-arbeten respektive väsentlig rubbning ”i huvudsak skyddar samma intresse, nämligen att ersätta entreprenören i de fall arbetena blivit dyrare p.g.a. att de utförts under andra förutsättningar än han på anbudsstadiet hade anledning att kalkylera med.” Huruvida det är fråga om ett likställt ÄTA-arbete eller en rubbning beror enligt Schedin och Sjöström på upphovet till förutsättningsändringen.¹⁵ Som exempel nämns att beställaren lämnat en felaktig uppgift; eventuellt merarbete ersätts då som ÄTA-arbete men om ”denna förutsättningsförändring i sig *väsentligt* rubbar förutsättningarna för entreprenadens genomförande i övrigt rör det sig i stället om en rubbning.”¹⁶ Vad Schedin och Sjöström avser med det senare torde vara att den felaktiga uppgiften dels ger upphov till ett s.k. likställt ÄTA-arbete enligt AB 04 kap. 2 § 4, som ska värderas för sig, dels medför en kostnad som avser påverkan på andra arbeten och inte ÄTA-arbetet i sig.¹⁷ Den senare kostnaden skulle enligt detta synsätt vara en indirekt kostnad. Uppfattningen om att ersättning för ÄTA-arbete delas in i direkta och indirekta kostnader, och att indirekta kostnader förutsätter väsentlig rubbning, är nog förhållandevis representativ för branschens uppfattning. Det finns dock skäl att ifrågasätta om det är en riktig och lämplig uppfattning. Nedan utvecklas varför det finns goda skäl för att indirekta kostnader av ÄTA-arbeten bör ersättas på samma sätt som direkta kostnader p.g.a. ÄTA-arbete.

3.2 Förutsättningar för tillämpning

3.2.1 ÄTA-arbeten och mängdförändringar som grund för väsentlig rubbning

Av praxis från HD följer att vid tolkning av bestämmelserna i AB 04 ska vägledning sökas i bestämmelsernas ordalydelse, såvida det inte går att utvärdera en gemensam partsavsikt eller några omständigheter vid sidan av ordalydelsen som visar hur parterna uppfattade det aktuella villkoret vid tidpunkten för avtalets ingående. När ordalydelsen ger utrymme för olika tolkningar eller inte ger något klart besked ska ledning sökas i systematiken i AB 04 och de övriga bestämmel-

¹⁴ Hedberg, Stig, Kommentarer AB 04, ABT 06, ABK 09, Halmstad, 2012, s. 114.

¹⁵ Det framstår som oklart vad som avses med ”upphovet till förutsättningsändringen”. Vi antar att det som avses snarare är effekten av en förutsättningsändring och inte upphovet till densamma.

¹⁶ Schedin, Fredrik och Sjöström, Elin, Störningar i byggentreprenaden, Malmö, 2014, s. 19. Schedin och Sjöströms slutsats tycks bygga på kommentarstexten till AB 04 kap. 6 § 5 andra stycket.

¹⁷ Enligt kommentarstexten till AB 04 kap. 6 § 5 första stycket anges påverkan på ”entreprenad-arbetena” vilket torde innefatta såväl kontraksarbeten som (andra) ÄTA-arbeten.

serna i standardavtalet. När hjälp vid tolkningen inte heller går att finna i systematiken ska bestämmelsen tolkas i ljuset av dispositiv rätt. Särskild ledning får sökas i allmänna obligationsrättsliga principer, vilka delvis kommit till uttryck i köplagen, och vad som gäller för närliggande avtalstyper. I sista hand ska en bestämelse i AB 04 tolkas utifrån en övergripande rimlighetsbedömning.¹⁸

Av ordalydelsen i AB 04 kap. 6 § 5 framgår att ”ÄTA-arbete” och ”förändring i förhållande till angiven mängd i kontraktshandlingarna” (mängdförändring) kan orsaka en väsentlig rubbning. I kommentarstexten omnämns dock endast ÄTA-arbete. Av bestämmelsens ordalydelse och kommentarstexten framgår inget som tyder på att några andra typer av omständigheter skulle kunna ligga till grund för en väsentlig rubbning. I tidigare utgåvor av AB-avtalen var det endast ”ändring och tilläggsarbete” som kunde orsaka en väsentlig rubbning. Bestämmelsen i AB 04 har således en vidare tillämpning i detta hänseende, eftersom den också anger mängdförändringar som tänkbar orsak till en väsentlig rubbning. Vid en strikt tolkning utifrån ordalydelsen skulle också avgående arbeten kunna orsaka en väsentlig rubbning.¹⁹

Hedberg anser att det av ordalydelsen *inte* framgår att också s.k. likställda ÄTA-arbeten omfattas, även om han förmodar att bestämmelsen ska tillämpas också i förhållande till likställda ÄTA-arbeten eftersom de ska likställas med beställda ÄTA-arbeten.²⁰ Johansson delar hans uppfattning och anser även att en rubbning bör kunna orsaka en ny rubbning.²¹ Det är i och för sig riktigt att det i AB 04 kap. 6 § 5 inte finns något skrivet om arbeten som ska likställas med ÄTA-arbeten. Det gör det dock inte heller i andra bestämmelser i AB 04 som avser ÄTA-arbete. Det är emellertid uppenbarligen så att bestämmelserna i AB 04 regelmässigt tolkas så att när det i bestämmelserna anges ”ÄTA-arbete” avses också sådana arbeten som ska likställas med ÄTA-arbeten enligt AB 04 kap. 2 § 4. Att detta också är avsikten framgår av ordalydelsen till nämnda bestämmelse.

Samuelsson ifrågasätter varför AB 04 betonar mängdförändringar ”som en särskild omständighet” som kan orsaka en väsentlig rubbning.²² Troligen är svaret att mängdförändringar i en mängdreglerad entreprenad inte utgör ÄTA-arbete i den mening som följer av AB 04 kap. 2 §§ 3–4, även om det i sig är en omdiskuterad fråga huruvida faktiskt ökat mängdutfall (i förhållande till i mängdförteckningen angivna reglerbara mängder) i en mängdreglerad entreprenad ska anses utgöra kontrakts- eller ÄTA-arbete, eller något annat. Genom tillägget om mängdförändringar har tydliggjorts att även förändringar av reglerbara mängder kan utgöra grund för väsentlig rubbning.²³

¹⁸ Jfr NJA 2014 s. 960.

¹⁹ Se begreppsbestämningarna till AB 04 såvitt avser ”ÄTA-arbete”.

²⁰ Hedberg, Stig, Kommentarer AB 04, ABT 06, ABK 09, Halmstad, 2012, s. 114.

²¹ Johansson, Sture, Entreprenadrätt och praktik, Lund, 2007, s. 210.

²² Samuelsson, Per, Entreprenadavtal, Stockholm, 2011, s. 142.

²³ Se not 15 ovan. Hedbergs påstående om att det skulle krävas onormala förändringar av s.k. R-mängder för att dessa ska kunna grunda väsentlig rubbning får antas syfta på väsentlighets-

3.2.2 Hinder som grund för väsentlig rubbning?

Det förekommer argument om att *hinder* skulle kunna orsaka en väsentlig rubbning enligt AB 04 kap. 6 § 5. Det finns dock inget i bestämmelsens ordalydelse eller i kommentarstexten som ger stöd för en sådan uppfattning.

Hinder regleras i AB 04 kap. 4 § 3 p. 1–5. De i punkterna angivna typerna av hinder kan delas upp i en typ som kan ge entreprenören rätt till såväl tidsförslängning som ekonomisk ersättning (p. 1) och i en annan typ som endast kan ge entreprenören rätt till tidsförslängning (p. 2–5). När det gäller den senare typen av hinder kan således sägas att beställaren och entreprenören ”delar risken”, på så sätt att vid förekomsten av sådana hinder kan å ena sidan beställaren inte erhålla vite vid entreprenadens försenade färdigställande, men å andra sidan kan inte entreprenören få ersättning för eventuella kostnader som uppstått p.g.a. sådant hinder. Att beställaren genom en tillämpning av AB 04 kap. 6 § 5 skulle kunna bli ersättningskyldig för kostnader som orsakats av hinder enligt AB 04 kap. 4 § 3 p. 2–5 överensstämmer således inte med den uppdelning i olika typer av hinder som görs i AB 04 kap. 4 § 3.

Sammantaget saknas stöd i såväl ordalydelsen av AB 04 kap. 6 § 5 som systematiken i AB 04 för att hinder överhuvudtaget skulle kunna orsaka en väsentlig rubbning i den mening som avses i AB 04 kap. 6 § 5. Om hinder enligt AB 04 kap. 4 § 3 p. 1 orsakar indirekta kostnader för andra arbeten än de som de facto hindras torde sådana kostnader vara ersättningsgilla enligt AB 04 kap. 5 § 4. Om fråga är om hinder enligt AB 04 kap. 4 § 3 p. 2–5 står dock entreprenören risken för eventuella kostnader, såväl direkta som indirekta.

3.2.3 Väsentlighetsrekvisitet

Av ordalydelsen i AB 04 kap. 6 § 5 framgår inte när förutsättningarna för utförandet av en entreprenad ska anses vara *väsentligen* rubbade. Viss vägledning finns dock i kommentarstexten.

Enligt kommentarens första stycke är det ÄTA-arbetenas art, omfattning, tidsåtgång för utförande och påverkan på entreprenadarbetena i övrigt som avgör i vilken mån ÄTA-arbetena orsakat en väsentlig rubbning.²⁴ Också andra faktorer bör kunna beaktas, t.ex. *när* ett ÄTA-arbete beställs.

Ett vanligt argument i tvister är att det *ekonomiska värdet* av ÄTA-arbeten (eller mängdändringar) i sig avgör huruvida det föreligger en väsentlig rubbning eller inte. Stöd för en sådan uppfattning finns dock varken i bestämmelsens ordalydelse eller i kommentarstexten.²⁵ I BKK har vid förhandling om bestäm-

rekvisitet i rubbningsbestämmelsen.

²⁴ Jfr Samuelsson, Per, *Entreprenadavtal*, Stockholm, 2011, s. 143.

²⁵ Jfr Johansson, Sture, *Entreprenadrätt och praktik*, Lund, 2007, s. 211 f.

melsen framförts argument från entreprenörernas representanter att viss procentuell ökning av ÄTA-arbeten, i förhållande till kontraktssumman, per automatik skulle innebära att det föreligger en väsentlig rubbning. Denna ståndpunkt har dock inte vunnit gehör i BKK och någon schablonregel som anger när väsentlig rubbning ska vara för handen har således inte heller införts i AB. Däremot återfinns i kommentarstextens sista stycke en skrivning om att parterna *kan* avtala om en sådan ordning, vilket kan öka förutsebarheten. Denna skrivning i kommentarstexten visar onekligen att någon schablonregel inte följer redan av AB 04.

Det är inte ovanligt att en nästan 30 år gammal kanadensisk avhandling av Charles A. Leonard åberopas till stöd för att det förelegat en väsentlig rubbning.²⁶ Avhandlingen behandlas också av Schedin och Sjöström.²⁷ Enligt avhandlingen uppstår effektivitetsförluster när det totala värdet av ÄTA-arbeten uppgår till minst 10 % av kontraktssumman och ökar sedan linjärt.²⁸ Metoden bygger således på en direkt koppling mellan värdet av ÄTA-arbeten och effektivitetsförlust (vilket kan jämföras med en rubbning). Den kanadensiska avhandlingen har dock mötts av kritik bl.a. därför att underlaget inte utgjordes av ett rättvisande urval av entreprenadvister.²⁹ Leonards metod förutsätter också att entreprenörens kalkyl för kontraktarbetena och prissättning av redan reglerade ÄTA-arbeten i alla avseenden är korrekta, samt att entreprenören inte på något sätt har misskött sina åtaganden i entreprenaden. Nu nämnda förutsättningar är i princip aldrig för handen i sådana entreprenader som blir föremål för tvist. Att enbart utgå från värdet av ÄTA-arbeten framstår som en alltför schematisk metod för att bedöma huruvida det uppstått en väsentlig rubbning, eftersom vissa ÄTA-arbeten kan vara väldigt dyra (t.ex. ändring av billigt material till dyrt) utan att för den skull påverka utförandet av arbetet i någon större utsträckning (eller kanske rentav inte alls). Istället måste bedömningen göras i varje enskilt fall, utifrån sådana faktorer som beskrivits ovan. Det samlade värdet av ändringarna kan vara en faktor av flera att beakta i bedömningen.

Det är entreprenören som har bevisbördan för att visa att det har förelegat en väsentlig rubbning.³⁰ Entreprenören måste visa att åberopade (och styrkta eller vitsordade) ÄTA-arbeten och/eller mängdändringar väsentligen har rubbat utförandet av entreprenaden i övrigt på ett sådant sätt som entreprenören inte kunnat kalkylera med. Redan väsentlighetskravet innebär en utmaning. I en i litteraturen citerad skiljedom uttalar skiljenämnden att rubbade förutsättningar

²⁶ Leonard, Charles A., *The Effects of Change Orders on Productivity*, Montréal, 1988.

²⁷ Schedin, Fredrik och Sjöström, Elin, *Störningar i byggentreprenaden*, Malmö, 2014, s. 7 f.

²⁸ Leonard, Charles A., *The Effects of Change Orders on Productivity*, Montréal, 1988, s. 106 och 120 f.

²⁹ Ibbs, William, *Impact of Change's Timing on Labor Productivity*, *Journal of Construction Engineering and Management*, November, 2005.

³⁰ Samuelsson, Per, *Entreprenadavtal*, Stockholm, 2011, s. 143 och Hedberg, Stig, *Kommentarer till AB 04, ABT 06, ABK 09*, Halmstad, 2012, s. 114.

”för entreprenadens utförande ska [...] ha inträtt, när merkostnaderna föranledda av extraarbeten icke ersätts genom entreprenadsumman (kontraktssumman med tillägg och avdrag).” Kravet på väsentlighet innebär att entreprenören genom bestämmelsen inte kan erhålla ersättning för ”varje liten påverkan på andra arbeten”.³¹ Att påverkan ska avse ”andra arbeten” följer av att påverkan, enligt bestämmelsens ordalydelse, ska avse entreprenaden *i övrigt*.³²

3.2.4 Skiljedomspraxis

I Schedin och Sjöströms bok om störningar refereras i korthet ett antal skiljedomar som avser väsentlig rubbning. I ett fall ansåg skiljenämnden att en rubbning (det är oklart om nämnden rätteligen avsåg *väsentlig* rubbning) uppkommit ”när entreprenören inte erhåller det ekonomiska vederlag som det kan antas att han hade betingat sig om han hade haft kännedom om ÄTA-arbetenas omfattning och karaktär”. Avgörande för nämndens ställningstagande var således att det uppstått kostnader som entreprenören inte kunde få ersatta på annat sätt än genom en tillämpning av bestämmelsen om väsentlig rubbning.³³ I ett annat fall ansåg skiljenämnden att entreprenören med hänsyn till betydande förseningar och olägenheter vid arbetets planering och utförande p.g.a. ökning av antalet platser med berg hade rätt till kostnadsreglering p.g.a. väsentlig rubbning.³⁴ I en skiljedom avseende en stålbyggnadsentreprenad förefaller skiljenämnden utan att framhålla någon särskild omständighet ha konstaterat att det förelegat en väsentlig rubbning. Enligt referatet hade förhörspersoner förklarat ”att det saknats möjlighet för entreprenören att påverka entreprenaden vid de förskjutningar och ändringar som gjorts.” Nämnden tycks ha tagit fasta på förändring av arbetets bedrivande samt en kraftig försening.³⁵ I en refererad tingsrättsdom synes tingsrätten ha accepterat entreprenörens slutsats om att de timmar som åtgått vid ett arbetes utförande, och som inte var hänförliga till ”kalkylerad tid för kontraksarbeten eller ÄTA-arbeten, var hänförliga till en väsentlig rubbning av entreprenaden.”³⁶

I samtliga ovan nämnda fall tycks rätten ha fallit tillbaka på en skälighetsbedömning, genom vilken rubbningsbestämmelsens funktion kan liknas vid en bevislätnadsregel; om entreprenören t.ex. inte kan visa orsakssambandet mellan viss kostnad och ett visst ÄTA-arbete, skulle kostnaden under vissa förutsättningar ändå kunna ersättas med hänvisning till väsentligt rubbade förutsättningar. Detta dock först efter ett ofta kraftigt avdrag på den krävda ersättningen

³¹ Johansson, Sture, *Entreprenadrätt och praktik*, Lund, 2007, s. 212.

³² Se även Johansson, Sture, *Entreprenadrätt och praktik*, Lund, 2007, s. 211.

³³ Schedin, Fredrik och Sjöström, Elin, *Störningar i byggentreprenaden*, Malmö, 2014, s. 45–49.

³⁴ Schedin, Fredrik och Sjöström, Elin, *Störningar i byggentreprenaden*, Malmö, 2014, s. 49–52.

³⁵ Schedin, Fredrik och Sjöström, Elin, *Störningar i byggentreprenaden*, Malmö, 2014, s. 62–66.

³⁶ Schedin, Fredrik och Sjöström, Elin, *Störningar i byggentreprenaden*, Malmö, 2014, s. 66–71.

för att minska risken för att entreprenören genom skälighetsbedömningen överkompenseras. Inte sällan finns det ett inslag av att viss extra ersättning ”vid en samlad bedömning”, som närmast får antas avse det totala ekonomiska utfallet av entreprenaden, tillerkänns entreprenören som plåster på det sår som en förlustentreprenad alltid innebär, oavsett vem som ansvarar för förlusten. Rubbningsbestämmelsen är dock inte i något avseende en bevislätnadsregel. Det kan därför ifrågasättas om bestämmelsens ordalydelse ger stöd för den tillämpning av rubbningsbestämmelsen som inte sällan sker i praktiken.

3.3 Underrättelseregler

3.3.1 Skriftligt besked om väsentlig rubbning

För att entreprenören ska ha förutsättningar att nå framgång med att åberopa en väsentlig rubbning krävs att entreprenören utan dröjsmål lämnat skriftligt besked till beställaren om rubbningen efter det att entreprenören insett eller borde ha insett rubbningen.³⁷ Det lämnas i bestämmelsen inget utrymme för att entreprenören skulle ha rätt till ersättning om underrättelse uteblivit, t.ex. för det fall att beställaren insett att det förelegat en rubbning.³⁸

Enligt Lindahl, Malmberg och Norén har beställaren bevisbördan för att visa vid vilken tidpunkt entreprenören kunnat förutse rubbningen. En svårighet ligger i att avgöra vid vilken tidpunkt ackumulerade ÄTA-arbeten och mängdändringar³⁹ når den punkt då de orsakar en väsentlig rubbning. Lindahl, Malmberg och Norén rekommenderar entreprenören att reservationsvis underrätta om väsentlig rubbning vid i princip alla ändringar och tilläggsarbeten.⁴⁰

Svea hovrätt har tillämpat underrättelseregeln i AB 04 kap. 6 § 5 st. 2 på så sätt att åberopande av en väsentlig rubbning förutsätter att skriftligt besked har lämnats i anslutning till beställning av de ÄTA-arbeten som entreprenören åberopar så som utgörandes grund för den väsentliga rubbningen.⁴¹ Kravet på att besked lämnas utan dröjsmål tillämpas således strikt.

Enligt ordalydelsen ska entreprenörens skriftliga besked avse rubbningen som sådan. Om flera rubbningar inträffar i en och samma entreprenad är entreprenören således skyldig att underrätta beställaren för varje rubbning.

³⁷ AB 04 kap. 6 § 5 st. 2.

³⁸ Jfr Hedberg, Stig, Kommentarer till AB 04, ABT 06, ABK 09, Halmstad, 2012, s. 115 och Johansson, Sture, Entreprenadrätt och praktik, Lund, 2007, s. 214.

³⁹ Lindahl, Malmberg och Noréns kommenterar AB 92 kap. 6 § 3 och hänvisar därför till ”ändringar och tilläggsarbeten”, men vad som anförs av författarna har samma giltighet för ÄTA-arbeten och mängdändringar.

⁴⁰ Lindahl, Alf G, Malmberg, Östen och Norén, Alf-Erik, Entreprenad AB 92, Stockholm, 1994, s. 173. Se även Hedberg, Stig, Kommentarer till AB 92, Stockholm, 2000, s. 114.

⁴¹ Svea hovrätts dom 2016-07-07 i mål nr T 6274-15.

Det är inte sällan så att det är oklart vad entreprenören har avsett med en underrättelse om väsentlig rubbning, t.ex. vilka omständigheter som orsakat rubbningen samt vilka delar av entreprenaden som har rubbats. Det bör ställas ett visst krav på tydlighet beträffande underrättelsen.⁴² Utgångspunkten bör vara att otydligheter ska belasta den part som författat underrättelsen, dvs. entreprenören.

3.3.2 Anspråk på ersättning på grund av väsentlig rubbning

Det är inte tillräckligt att entreprenören utan dröjsmål underrättar beställaren om väsentlig rubbning. Entreprenören måste också senast sex månader efter entreprenadens godkännande framställa anspråk på ersättning.⁴³ Om så inte sker är anspråket ”förfallet”, dvs. preskriberat.⁴⁴ Inte heller i detta fall finns enligt ordalydelsen något undantag från tidsfristen, t.ex. i form av en sådan oskälighetsregel som föreskrivs vid sen ÄTA-underrättelse enligt AB 04 kap. 2 § 8. Att entreprenören tidigare underrättat om väsentlig rubbning och att det rentav är ostridigt att det förelegat en väsentlig rubbning är således inte skäl att frångå kravet på anspråk inom sex månader från entreprenadens godkännande. Syftet med regeln är att så fort som möjligt efter entreprenadens godkännande reglera parternas mellanhavanden med anledning av entreprenaden och att beställaren vid en viss tidpunkt ska kunna inrätta sig efter att redan gjord reglering är fullständig och slutlig.

Även om det inte uttryckligen framgår av bestämmelsens ordalydelse anser Hedberg att anspråket bör vara skriftligt. Fakturering behöver dock inte ske inom tidsfristen.⁴⁵

3.4 Kostnadsreglering

Av AB 04 kap. 6 § 5 framgår att det vid väsentlig rubbning ska ske en ”kostnadsreglering”. Vad det är för kostnader som ska regleras framgår inte annat än att de ska ha orsakats av rubbningen (”... ska kostnadsreglering ske härför”).

⁴² Jfr Lindskog, Stefan, Preskription, Stockholm, 2011, s. 291.

⁴³ Om ett anspråk måste vara preciserat till ett visst belopp eller inte är en omdiskuterad fråga som inte närmare behandlas här.

⁴⁴ AB 04 kap. 6 § 5 st. 3.

⁴⁵ Hedberg, Stig, Kommentarer till AB 92, Stockholm, 2000, s. 114.

3.4.1 Skadestånd eller annan ersättning

Hedberg anser att ersättning enligt AB 04 kap. 6 § 5 inte är ett skadestånd, utan att ersättning för väsentlig rubbning närmast bör likställas med ersättning för ÄTA-arbeten.⁴⁶ Om detta råder olika uppfattning. Att ersättning enligt AB 04 kap. 6 § 5 *inte* är ett skadestånd stöds av AB:s systematik, då bestämmelsen är intagen i kapitel 6 som behandlar ekonomi och inte i kapitel 5 som reglerar skadestånd. Bestämmelsens ordalydelse och då främst att det anges att det ska ske en ”kostnadsreglering” ger ingen tydlig vägledning, men det kan konstateras att det i bestämmelsen inte uttryckligen är skrivet något om ”skada” eller ”skadestånd”. Så är dock inte heller fallet i AB 04 kap. 5 § 4, som avser ersättning vid hinder som orsakats av beställaren eller något förhållande på beställarens sida och som i branschen allmänt uppfattas som en skadeståndsbestämmelse. Sådana ”etablerade sanningar” i branschen har dock, enligt HD:s tolkningsmetod, inget självständigt värde vid tolkning av bestämmelserna i AB 04.

3.4.2 Ordalydelsen och en allmän rimlighetsbedömning

Om en felaktig uppgift lämnas av beställaren ska eventuella merkostnader med anledning därav som utgångspunkt ersättas enligt AB 04 kap. 2 § 4. Enligt AB 04 kap. 6 §§ 6–7 är det ”värdet” av ÄTA-arbetet som ska ersättas. Den i branschen vanligt förekommande uppfattningen att indirekta kostnader endast ersätts enligt rubbningsbestämmelsen tycks utgå från att ”värdet” av ett ÄTA-arbete inte omfattar indirekta kostnader som orsakats av ÄTA-arbetet. Denna tolkningslinje förefaller bygga på att en normalspråklig tolkning av ”värdet av ÄTA-arbetet”.⁴⁷ Enligt vår uppfattning är ordalydelsen emellertid inte tydlig på så sätt att det vid en allmänspråklig tolkning framstår som klart att ”värdet av ÄTA-arbetet” inte skulle kunna inrymma också indirekta kostnader med anledning av ÄTA-arbetet.

En ordning enligt vilken entreprenören inte kan få ersättning för indirekta kostnader genom reglering av ÄTA-arbeten skulle dessutom innebära att entreprenören själv får bekosta alla indirekta konsekvenser av ÄTA-arbete intill dess att förutsättningarna för entreprenadens utförande är väsentligt rubbade. Indirekta kostnader p.g.a. ÄTA-arbete, vilka orsakats av en rubbning som inte är väsentlig, skulle entreprenören alltså själv få bekosta. I större entreprenader där det inte föreligger en väsentlig rubbning men de indirekta kostnadskonsekvenserna av ÄTA-arbete uppgår till i sig betydande belopp, skulle det innebära att

⁴⁶ Hedberg, Stig, Kommentarer till AB 04, ABT 06, ABK 09, Halmstad, 2012, s. 113 ff.

⁴⁷ Som nedan utvecklas bygger denna tolkningslinje även på att rubbningsbestämmelsen, då AB ska ses som ett sammanhängande system, motsatsvis ska tolkas på så sätt att förekomsten av rubbningsbestämmelsen och dess exklusiva funktion innebär att indirekta kostnader inte kan ersättas genom andra bestämmelser i AB.

hela eller delar av entreprenörens samlade vinst i entreprenaden skulle kunna raderas p.g.a. att entreprenören får bekosta indirekta (och okalkylerbara) konsekvenser av ÄTA-arbeten som beställts av beställaren. Givet beställarens fria rätt att beställa ÄTA-arbete menar vi att det kan ifrågasättas om en sådan ordning utgör en lämplig riskfördelning. Entreprenörer saknar möjlighet att i anbuds-skedet prissätta risken för indirekta konsekvenser av okända ÄTA-arbeten som beställs långt senare, och som ligger utanför entreprenörens kontroll. Vi menar därför sammantaget att formuleringen om ”värdet av ÄTA-arbete” i AB 04 kap. 6 §§ 6–7 *inte* i sig utgör hinder för att entreprenören har rätt att få även indirekta kostnader p.g.a. ÄTA-arbete ersätta enligt självkostnadsprincipen.⁴⁸ En annan sak är att kostnader enligt självkostnadsprincipen ska verifieras för att vara ersättningsgilla, vilket kan föranleda bevisvärigheter.⁴⁹

3.4.3 Väsentlig rubbning som exklusiv möjlighet till ersättning för indirekta kostnader?

I entreprenadvister förekommer argument för att AB 04 kap. 6 § 5 ger entreprenören rätt till ersättning för sådana kostnader som inte kan ersättas på annat sätt. Samuelsson gör en åtskillnad mellan kostnader till följd av ändringar och kostnader för ändringarna som sådana.⁵⁰ Vad gäller ÄTA-arbeten skulle det således vid en väsentlig rubbning ha uppstått kostnader p.g.a. ÄTA-arbete som inte kan ersättas genom sedvanlig reglering av ÄTA-arbete.⁵¹ Som anförts ovan kan det enligt författarnas uppfattning ifrågasättas om detta är riktigt. AB 04 kap. 6 §§ 6–7 förhindrar enligt vår uppfattning inte att entreprenören kan få ersättning för indirekta kostnader. Som utvecklas nedan gäller det även AB 04 kap. 6 § 9.

Entreprenören har enligt AB 04 kap. 6 § 1 rätt till ersättning för ÄTA-arbeten. Sådan ersättning ska enligt AB 04 kap. 6 § 6 i första hand bestämmas av à-prislista, prissatt mängdförteckning eller särskilt avtalat pris. Om à-priset har tillkommit under andra förutsättningar än dem som à-priset är grundat på gäller inte à-priset. Om det föreligger en väsentlig rubbning torde det ofta föreligga ”andra förutsättningar”, även om rubbningen i och för sig avser andra arbeten än de ÄTA-arbeten som orsakat rubbningen. Om à-pris eller annat avtalat pris inte kan tillämpas ska värdet av ÄTA-arbetet istället beräknas utifrån självkostnadsprincipen, enligt AB 04 kap. 6 § 7. Vilka kostnader som ersätts enligt självkostnadsprincipen framgår av AB 04 kap. 6 § 9 p. 1–8. Punkterna 1–6

⁴⁸ Samma sak följer av internationella standardavtal för entreprenader, i vilka motsvarighet till rubbningsbestämmelsen i AB 04 saknas, men där samtliga kostnader för ändringar ändå ska ersättas av beställaren.

⁴⁹ Därtill ska kostnaderna särskiljas från kontraksarbeten och andra ÄTA-arbeten, och underrättelse måste ske utan dröjsmål och inte i efterhand.

⁵⁰ Samuelsson, Per, *Entreprenadavtal*, Stockholm, 2011, s. 142.

⁵¹ Jfr Hedberg, Stig, *Kommentarer till AB 04, ABT 06, ABK 09*, Halmstad, 2012, s. 115.

avser material, arbetare och hjälpmedel m.m. medan p. 7 avser alla andra kostnader som inte ersätts genom entreprenörarvode enligt AB 04 kap. 6 § 10 p. 2. Enligt AB 04 kap. 6 § 10 p. 2 avser entreprenörarvodet ersättning för vinst samt kostnader för räntor och centraladministration. Att entreprenörarvode utgår som särskilt påslag på faktiska kostnader framgår av AB 04 kap. 6 § 9 p. 8.

Det ska framhållas att utgångspunkten när ÄTA-arbete regleras på löpande räkning måste vara att ÄTA-ersättning ska avse den fulla kostnaden för entreprenören, förutsatt att kostnaden kan verifieras och särskiljas från andra kostnader. Det vore onekligen inte rimligt om beställaren, som har fri rätt att beställa tillägg och ändringar, inte skulle få stå den fulla verifierade kostnaden för dessa (om inte så särskilt har avtalats i det enskilda fallet). Entreprenören bör därför även ha rätt till ersättning för indirekta kostnader p.g.a. ÄTA-arbete, t.ex. om ÄTA-arbetet orsakar att hela entreprenadtiden förskjuts och tillkommande etableringskostnader drabbar entreprenören.⁵² Om en sådan kostnad kan härledas till visst kostnadsslag ersätts den genom relevant punkt i AB 04 kap. 6 § 9. Om ett ÄTA-arbete orsakar en kostnad som avser någon resurs som inte uttryckligen anges i p. 1–6, och kostnaden inte heller ersätts genom entreprenörarvode enligt AB 04 kap. 6 § p. 8 och § 10 p. 2, ersätts den enligt AB 04 kap. 6 § 9 p. 7. Andra exempel på indirekta kostnader som bör vara ersättningsgilla inom ramen för entreprenörens rätt till ersättning för ÄTA-arbete kan vara kapacitetsnedsättning för kontraksarbete som entreprenören kan visa beror på ett eller flera ÄTA-arbeten.⁵³ Om entreprenören i samband med ÄTA-arbetets utförande har svårt att avgöra omfattningen av en indirekt kostnad så som merkostnad för ett anslutande kontraksarbete, finns det inget som hindrar att parterna kommer överens om en reglering avseende direkta kostnader, medan entreprenören förbehåller sig rätten att återkomma med en redovisning av eventuella indirekta kostnader, efter att dessa kunnat utredas och dokumenteras.

Kvarstår gör dock argumentet att det av en systematisk och systeminriktad tolkning av AB följer att förekomsten av rubbningsbestämmelsen innebär att bestämmelsen måste ha en funktion och således som utgångspunkt bör avse ersättning för kostnader som inte regleras av några andra bestämmelser i AB. Författarna menar att detta systematiska argument inte kan bortses ifrån, men att den teoretiska uppdelning av direkta och indirekta kostnader p.g.a. ÄTA-arbete som bestämmelsen tycks förutsätta saknar koppling till hur kostnader idag följs upp och dokumenteras i kommersiella entreprenader. I praktiken följer den skicklige entreprenören upp (och underrättar beställaren löpande om) såväl indirekta som direkta kostnader och kräver ersättning för alla dessa kostnader inom ramen för det ÄTA-arbete som orsakat kostnaderna. Den entreprenör som inte

⁵² Jfr Källenius, Sten, *Entreprenadjuridik*, Stockholm, 1960, s. 51 f.

⁵³ Det kan vid fråga om ersättning för ÄTA-arbete p.g.a. kapacitetsnedsättning uppstå en svår gränsdragning mot skadestånd p.g.a. hinder enligt AB 04 kap. 5 § 4. Jfr Johansson, Sture, *Entreprenadrätt och praktik*, Lund, 2007, s. 274 f.

i tid avsätter tillräckliga resurser för kontraktsadministration, och som därigenom underlåter att säkra samtida bevisning (och underrätta beställaren) om *alla* kostnader p.g.a. ÄTA-arbete eller som rentav försöker få ersättning för självförvårdade kostnader,⁵⁴ tenderar istället att hävda en väsentlig rubbning och att det föreligger skäl för bevislättning.

Som redan anförts ovan var det möjligen så, vid tiden för rubbningsregelns tillkomst, att entreprenörerna inte hade administrativ och teknisk förmåga att löpande dokumentera indirekta kostnader på ett sätt som säkrade betalning enligt ÄTA-bestämmelserna. Rubbningsbestämmelsen blev då en ”ventil” för att undvika att entreprenörerna, i särskilt stökiga entreprenader, drabbades av kostnader p.g.a. ÄTA-arbete som inte beställaren kompenserade. Som redan anförts gör sig inte dessa skäl för bestämmelsen längre gällande med samma styrka och det kan därför ifrågasättas om bestämmelsen numera har något eget syfte. Det finns mot denna bakgrund, enligt författarnas uppfattning, goda skäl för att *inte* tolka rubbningsbestämmelsen som att den motsatsvis stänger dörren för att s.k. indirekta kostnader kan ersättas inom ramen för den ordinarie ÄTA-regleringen i AB. Det gäller särskilt med hänsyn till att HD:s tolkningsmetod för kommersiella entreprenader innefattar ett moment av en övergripande skälighetsbedömning.⁵⁵ HD har också framhållit att motsatsslut kräver tydligt stöd i den enskilda bestämmelsen eller i avtalet som helhet samt att detsamma gäller för avvikelser från dispositiva utgångspunkter.⁵⁶ Detta ger ytterligare stöd för att rubbningsbestämmelsen inte nödvändigtvis utesluter att indirekta kostnader p.g.a. ÄTA-arbete även kan ersättas enligt andra bestämmelser i AB. Hur en tolkning av bestämmelserna slutligen skulle falla ut vid en rättslig prövning är dock oklart och sannolikt beroende av de faktiska omständigheterna i det enskilda fallet.

3.4.4 Särskilt om mängdförändringar

Vad gäller mängdförändring så ersätts mängder i mängdförteckningen mot ett à-pris. Vid ändrade förutsättningar eller förändring av mängder med mer än 25 %, och under förutsättning att förändringen uppgår till minst 0,5 % av kontraktssumman, gäller dock enligt AB 04 kap. 6 § 6 st. 2–3 att entreprenören har rätt till ersättning enligt självkostnadsprincipen, såvida inte ett nytt à-pris kan överenskommas av parterna. Entreprenören har således också i en sådan situation möjlighet att få full ersättning för alla sina kostnader. Om à-priset fortfarande är tillämpligt, dvs. om det inte föreligger avvikande förutsättningar

⁵⁴ T.ex. kostnader som orsakats av att arbetsmoment får göras om p.g.a. fel i det första utförandet eller kostnader som beror på att anbudssumman av olika skäl beräknats till ett för lågt belopp för att möjliggöra kostnadstäckning.

⁵⁵ NJA 2014 s. 960, p. 23.

⁵⁶ Se t.ex. NJA 2014 s. 960, p. 31–33 och Lindskogs skiljaktiga mening, p. 1.

för arbetets utförande eller en förändring av aktuellt arbete med mer än 25 % och intill ett värde om 0,5 % av kontraktssumman, bär entreprenören risken för eventuella ökade kostnader. Väsentligt rubbade förhållanden kan knappast bestå i en mängdförändring som ligger inom 25 %-regelns tillämpningsområde eller det inte är fråga om avvikande förutsättningar.

3.4.5 Sammanfattande slutsats om vilka kostnader som ersätts

Sammanfattningsvis synes det i praktiken inte finnas några kostnader som *endast* är ersättningsgilla enligt AB 04 kap. 6 § 5 även om det står klart att det är s.k. indirekta kostnader – orsakade av påverkan på andra entreprenadarbeten – som bestämmelsen avser. Som redan framhållits ovan kan det (beroende på omständigheterna i det enskilda fallet) finnas skäl att hävda att det vore mindre rimligt om indirekta kostnader endast kunde ersättas enligt AB 04 kap. 6 § 5. Det är nämligen svårt att finna övertygande skäl till varför entreprenören skulle bära indirekta kostnader som orsakas av en rubbning av entreprenaden som *inte* är väsentlig, men ändå beror på ÄTA-arbete och som inte kan ersättas enligt andra bestämmelser i AB 04.⁵⁷ Ett väsentlighetsrekvisit framstår dock som rimligt vid en tolkning av AB 04 som innebär att entreprenören kan få ersättning för indirekta kostnader genom ÄTA-reglering. AB 04 kap. 6 § 5 ger då entreprenören en ytterligare möjlighet (utöver ÄTA-reglering) att få ersättning för indirekta kostnader p.g.a. ÄTA-arbeten. Ersättning enligt bestämmelsen förutsätter inte, till skillnad från sedvanlig reglering av ÄTA-arbeten, särskiljning av kostnader på enskilda ÄTA-arbeten och därmed sammanhängande orsakssamband. Givet lättningen i detta avseende fyller väsentlighetsrequisitet en balanserande funktion mellan beställarens intresse av att inte behöva erlägga ersättning för sådana kostnader som avser entreprenörens risker och entreprenörens intresse av att erhålla ersättning för alla sina kostnader med anledning av entreprenaden.

4. Väsentlig rubbning och den dispositiva rätten

Mot bakgrund av att HD i ett antal rättsfall har betonat den dispositiva rättens betydelse vid tolkning av bestämmelser i AB-avtalen är det naturligt att försöka se motsvarigheter till AB 04 kap. 6 § 5 i den dispositiva rätten. Särskilt bör

⁵⁷ En annan sak är att omständigheterna i det enskilda fallet kan tala för att det är rimligt att entreprenören får bära indirekta kostnader p.g.a. ÄTA-arbete. Så kan t.ex. vara fallet om parterna särskilt har berört risken för rubbning i avtalsförhandlingarna och kommit överens om en särskild riskfördelning. Detsamma kan vara fallet om entreprenören underlåter att underrätta om indirekta kostnader när de uppstår eller om entreprenörens kontraktsadministration är sådan att indirekta kostnader för ÄTA-arbete inte är särskiljbara från andra kostnader i entreprenaden.

undersökas allmänna obligationsrättsliga principer och vad som gäller för närliggande avtalstyper. Köplagens regler är därvid av särskilt intresse.⁵⁸

Regeln om väsentlig rubbning har emellertid ingen direkt motsvarighet i dispositiv rätt. Syftet med bestämmelsen är att ge entreprenören (säljaren) möjlighet att erhålla ersättning i sådana fall när utförandet avviker från parternas avtal p.g.a. mängdändringar (ändrad omfattning) eller ÄTA-arbeten (ändrad beställning under avtalstiden) från beställaren (köparen).

Ingen av bestämmelserna i köplagen reglerar en situation motsvarande den som AB 04 kap. 6 § 5 tar sikte på. Att någon närmare motsvarighet till rubbningsbestämmelsen inte återfinns i köplagen är naturligt eftersom köplagen avser att reglera köp av en på förhand bestämd vara. Köparen har enligt köplagen inte möjlighet att fritt föreskriva ändringar på det sätt som beställaren har enligt AB 04. Köparen är därmed bunden av att köpet avser den vara som preciserats i avtalet, till skillnad från vad som gäller enligt ett entreprenadavtal. Därmed kan inte den situation som AB 04 kap. 6 § 5 avser att reglera (omfattande ändringar under avtalstiden) uppstå på samma sätt vid fråga om köp enligt köplagen. Möjligen kan en parallell dras till köplagen § 45 som anger att priset för en vara, som inte bestäms av avtalet, ska bestämmas till vad som är skäligt. Enligt förarbetena till § 45 köplagen kan säljarens kostnad för varan beaktas i bedömningen, om kostnaderna är rimliga.⁵⁹ Eftersom AB innehåller specifika bestämmelser som reglerar värdering av ÄTA-arbete är det dock tveksamt om § 45 köplagen skulle få någon betydelse för tolkningen av hur rubbningsbestämmelsen förhåller sig till AB:s regler om ÄTA-ersättning. Den allmänna utgångspunkten om att priset ska vara skäligt om inte annat har avtalats skulle dock kunna få betydelse även vid tolkning av AB.

Om reglerna i köplagen inte ger någon vägledning vid tolkning AB 04 kap. 6 § 5 kan möjligen en utblick till avtalslagen 36 § vara mer givande. Lagrummet reglerar den situationen att avtalsvillkor får jämkas eller lämnas utan avseende om villkoret är oskäligt bl.a. med hänsyn till omständigheter som inträffat efter avtalats tillkomst. ÄTA-arbeten eller mängdändringar som *väsentligen* rubbar förutsättningarna för entreprenadens utförande skulle kunna anses vara sådana omständigheter,⁶⁰ men där synes likheterna med rubbningsbestämmelsen stanna.

Sammanfattningsvis finns i den dispositiva rätten ingen direkt motsvarighet till bestämmelsen om väsentlig rubbning. Närmast jämförbara reglering torde vara jämkning av avtalsvillkor p.g.a. oskälighet enligt 36 § avtalslagen. Tröskeln är hög för att sådan jämkning ska ske. Detsamma gäller tillämpning av AB 04 kap. 6 § 5. Men några större likheter mellan bestämmelserna föreligger inte.

⁵⁸ NJA 2014 s. 960, p. 24.

⁵⁹ Prop. 1988/89:76, s. 151 f.

⁶⁰ Jfr Samuelsson, Per, *Entreprenadavtal*, Stockholm, 2011, s. 25 ff. angående ändrade förhållanden under entreprenadtiden.

Rubbningsbestämmelsens nära samband med beställarens fria rätt att föreskriva ändringar, vilket är säreget för entreprenadavtalet, medför att rubbningsbestämmelsen troligen även av HD skulle betraktas som en sådan säregen regel att vägledning utifrån den dispositiva rätten inte skulle bli avgörande för tolkning av bestämmelsen.⁶¹

5. Väsentlig rubbning som bevislättnad

De domar och refererat som finns publicerade och som avser mål där domstol eller skiljenämnd har prövat entreprenörens rätt till ersättning p.g.a. väsentlig rubbning är relativt få. I många fall är rättens bedömning också ganska kortfattad och outvecklad; normalt uttrycks bedömningen i termerna ”vid en samlad bedömning...”. Av den praxis som finns att tillgå framstår det dock som att AB 04 kap. 6 § 5 (och dess föregångare) i princip utan undantag tillämpats i kombination med att bevislättnad har medgetts för både orsakssamband och kostnader. Detta har närmast gett bestämmelsen karaktären av en ”skälighetsventil” i fall då rätten upplever att en entreprenör vid en samlad bedömning får vidkännas en allt för stor förlust om inte viss ytterligare ersättning utdöms. Bestämmelsens ordalydelse, kommentarstextens lydelse (särskilt om beviskrav och bevisbörda) liksom allmänna principer om bevislättnad ger dock inte stöd för en sådan tillämpningspraxis, vilket utvecklas nedan. En annan sak är att det av ordalydelsen i AB 04 kap. 6 § 5 synes följa att entreprenören inte behöver styrka ett orsakssamband mellan varje enskilt ÄTA-arbete, som tillsammans med andra ÄTA-arbeten utgör grund för väsentlig rubbning, och de kostnader som entreprenören kräver ersättning för. Istället har entreprenören att visa orsakssamband mellan den väsentliga rubbningen i dess helhet och de kostnader som görs gällande. Det senare innebär inte någon lättnad av beviskravet för orsakssambandet mellan den väsentliga rubbningen och de kostnader som påstås ha orsakats av rubbningen.

5.1 Bevislättnad och bevisföring

Om det i en civilrättslig regel inte finns något särskilt stadgande om beviskrav ska enligt praxis den part som har bevisbördan *visa* sitt påstående.⁶² Detta är ett

⁶¹ Jfr Ingvarson, Anders och Utterström, Marcus, Högsta domstolens intåg i entreprenadrättens slutna rum, Svensk Juristtidning, 2015, s. 270, angående den s.k. Gotlandsdomen och att den dispositiva rätten inte synes ha spelat någon roll i HD:s avgörande.

⁶² Ekelöf, Per Olof, Edelstam, Henrik och Heuman, Lars, Rättegång IV, Mölnlycke, 2010, s. 81 f.

högt beviskrav.⁶³ Om ett lägre beviskrav än det normala ska tillämpas kan det uttryckas som att parten ska göra något *sannolikt* eller *antagligt*.⁶⁴ Bevislättnad behöver inte endast ske genom en sänkning av beviskravet, utan kan också ske genom uppställning av en presumtion eller genom en tillämpning av rättegångsbalken kap. 35 § 5. Vi återkommer till denna paragraf nedan.

5.1.1 HD:s praxis om bevislättnad

En allmän förutsättning för bevislättnad är att det föreligger typiska bevissvårigheter.⁶⁵ Bevissvårigheterna ska föreligga vid tidpunkten för den inträffade händelsen, inte i ett senare läge (när det uppstått tvist). Sänkning av beviskravet har t.ex. medgetts när svårigheter ansetts föreligga att framlägga fullständig bevisning om att andra skadeorsaker varit uteslutna. Skäl för undantag från det normala beviskravet i tvistemål kan enligt HD även föreligga i vissa andra fall. Ett exempel på det senare är om bevissvårigheter kopplade till vad som orsakat en skada beror på att den skadelidandes kännedom om skadan uppkommit först i efterhand, varför skadan och dess orsaker inte har kunnat dokumenteras i anslutning till skadan. Det sagda gäller dock endast under förutsättning att det förhållande att den skadelidande fick kännedom om skadan först senare inte kan läggas den skadelidande till last.⁶⁶ Även om analogier kan dras från HD:s praxis om bevislättnad i tvistemål i allmänhet,⁶⁷ saknas specifik praxis avseende just entreprenadavtal som beaktar entreprenörens avtalade bevissäkringsskyldighet. Avsaknaden av sådan praxis, och den osäkerhet det för med sig, är i sig skäl för BKK att överväga en särskild bevislätttnadsregel i AB.

5.1.2 Beviskrav och bevisbörda enligt AB 04

Redan i motiven till AB 65 och AB 72 anges att det är entreprenören som har bevisbördan för att visa att påstådd kostnad p.g.a. väsentlig rubbning har uppkommit och att den uppgår till påstådd storlek.⁶⁸ Detta stöds också av den samtida litteraturen.⁶⁹

⁶³ Jfr NJA 1986 s. 470, NJA 1990 s. 93 och NJA 1993 s. 764.

⁶⁴ Ekelöf, Per Olof, Edelstam, Henrik och Heuman, Lars, Rättegång IV, Mölnlycke, 2010, s. 82.

⁶⁵ Nordh, Robert, Om bevisprövning av orsakssamband, Svensk Juristtidning, 2011, s. 649.

⁶⁶ Se NJA 1993 s. 764.

⁶⁷ Svea hovrätts dom i mål nr T 10302-14 utgör ett exempel på att domstolarna kan beakta HD:s allmänna bevislätttnadspraxis även i entreprenadmål.

⁶⁸ Motiv AB 65, Arbetsutskottet inom Svenska Teknologföreningens Kontraktskommitté, Stockholm, 1969, s. 152 och Motiv AB 72, Svenska Teknologföreningens Kontraktskommitté, Norrköping, 1973, s. 174.

⁶⁹ Hedberg, Stig, Kommentarer till AB 04, ABT 06, ABK 09, Halmstad, 2012, s. 114 och Johansson, Sture, Entreprenadrätt och praktik, Lund, 2007, s. 212.

Entreprenören har att visa (1) förekomsten av påstådda ÄTA-arbeten och mängdförändringar, (2) att ÄTA-arbetena och/eller mängdförändringarna har orsakat en *väsentlig* rubbning, (3) att den väsentliga rubbningen har orsakat kostnader som inte redan ersatts och (4) att dessa kostnader uppgår till yrkat belopp.

Det kan innebära en utmaning för entreprenören att visa indirekta följder av ÄTA-arbeten. En fullständig uppföljning av alla kostnader och kapacitetsnedsättningar, t.ex. vad gäller underentreprenörer, kräver en förhållandevis omfattande och i stora entreprenader kostsam administrativ organisation.⁷⁰ Vidare är det vanligt att entreprenörens platsledning är produktionsorienterad, snarare än administrativt orienterad. Det är mot denna bakgrund möjligen förståeligt att det är vanligt förekommande i tvister att entreprenören tvingas argumentera för bevislättnad vad gäller förekomsten av påstådda kostnader p.g.a. väsentlig rubbning eller indirekta kostnader av ÄTA-arbete. Bevislättnad brukar åberopas såväl med avseende på kostnaderna i sig som på relevanta orsakssamband. Att skälen för att bevislättnad ofta åberopas i sig är förståeliga påverkar dock inte det faktum att parterna i AB 04 har avtalat om att entreprenören har ett primärt ansvar för samtida bevisinsamling.

5.1.3 Samtida bevisinsamling

Av stor vikt för frågan om bevislättnad är således vilken möjlighet entreprenören haft att under entreprenadtiden säkra bevisning om kostnader p.g.a. väsentlig rubbning. Entreprenörer har idag relativt väl utvecklade system för kontraktadministration och löpande bevisinsamling genom vilka det finns möjlighet att löpande identifiera och dokumentera kostnadsökningar, störningar m.m.⁷¹ För samtliga entreprenörer som ingår avtal med AB 04 som avtalsinnehåll följer också en skyldighet att i dagbok dokumentera händelser av betydelse.⁷² Detta krav förtydligas ofta i de administrativa föreskrifterna genom en hänvisning till AF AMA 12, kod AFC.38, i vilken det framgår vilken typ av information som ska antecknas i dagbok.⁷³ Av AB 04 följer det också att vid ersättning enligt självkostnadsprincipen har beställaren en rätt att granska ”originalverifikatio-

⁷⁰ Dock brukar dessa administrativa kostnader vara synnerligen blygsamma om de ställs i relation till de förluster som en entreprenör typiskt sett kan komma att drabbas av om det slarvas med kontraktadministrationen i samband med ÄTA-arbeten.

⁷¹ Detta gäller dock sannolikt inte mindre byggföretag.

⁷² AB 04 kap. 3 § 13.

⁷³ AF AMA 12 (och dess föregångare) är en särskild skrift som är avsedd att användas som underlag vid upprättande av administrativa föreskrifter för byggnads-, anläggnings- och installationsentreprenader. Skriften följer det särskilda kodsysteem som gäller för sådana administrativa föreskrifter och under varje kod (där t.ex. kod AFC.38 i AMA AF 12 avser dagbok) anges viss text som genom åberopande av koden i de specifika projektets administrativa föreskrifter blir en del av parternas avtal.

ner”.⁷⁴ Till detta kommer protokoll och minnesanteckningar från de olika typer av möten, där byggmötet intar en särställning,⁷⁵ som regelbundet hålls i entreprenader av större omfattning. Parterna har således genom AB 04 avtalat om ett visst dokumentationsansvar för entreprenören. Om entreprenören under entreprenadtiden underlåter att dokumentera eventuella kostnader orsakade av en väsentlig rubbning och i efterhand har svårigheter att visa kostnaderna, är detta normalt sett inte skäl för bevislättning.

Stor betydelse som bevis har samtida dokumentation från entreprenadtiden, t.ex. korrespondens mellan parterna, byggmötesprotokoll och minnesanteckningar från andra typer av möten, entreprenörens dagböcker samt tidplaner. Den enskilt viktigaste informationskällan är ofta dagboken, i vilken entreprenören har möjlighet att dag för dag notera t.ex. kapacitetsnedsättningar och störningar. I dagboken finns möjlighet att dokumentera kostnader, produktionsbortfall, förskjutningar till vintertid och ometableringar m.m. När entreprenören inser att det föreligger en väsentlig rubbning har denne enligt AB 04 kap. 6 § 5 st. 2 därtill en skyldighet att utan dröjsmål underrätta beställaren om att det är fråga om en väsentlig rubbning, vilket har kommit att innebära att entreprenörer vid osäkerhet hellre underrättar om väsentlig rubbning en gång för mycket än en gång för lite. Underrättelse om rubbning kan ofta göras snabbt och enkelt genom att entreprenören kryssar i en särskild ruta i den underrättelsemall som används av parterna.

5.1.4 Efterhandskonstruktioners låga bevisvärde

Det är inte ovanligt att entreprenörer försöker visa sin påstådda kostnad för väsentlig rubbning genom s.k. ”baklängesräkning”. En sådan beräkning utgår från entreprenörens faktiska kostnader för utförandet av hela entreprenaden, med avdrag för kontraktssumman och ersättning för ÄTA-arbeten. Mellanskillnaden ska enligt en sådan metod avse kostnader p.g.a. väsentlig rubbning. Skiljenämnder och domstolar är dock ofta mycket försiktiga i sina bedömningar när fråga är om sådana typer av ”kostnadsberäkningar” som utgår från att entreprenörens totala kostnad för entreprenaden ska ersättas, oberoende av riskfördelning enligt entreprenadavtalet.⁷⁶ ”Baklängesräkning” kan enligt författarnas uppfattning aldrig vara tillräcklig bevisning för en rubbningskostnad, eftersom en sådan beräkningsmetod lägger *all* risk i entreprenaden på beställaren, vilket onekligen inte följer av AB 04. Ett exempel på att baklängesräkning inte godtas

⁷⁴ AB 04 kap. 6 § 10 p. 4.

⁷⁵ Se AB 04 kap. 3 § 3.

⁷⁶ Hedberg, Stig, Kommentarer till AB 04, ABT 06, ABK 09, Halmstad, 2012, s. 115 och Johansson, Sture, Entreprenadrätt och praktik, Lund, 2007, s. 212 samt Johansson, Sture, Entreprenadjuridiska uppsatser, Lund, 2008, s. 309–341, angående skiljenämndens resonemang i den s.k. Käppaladomen.

av skiljenämnder är ett förenklat skiljeförfarande enligt AB 04 kap. 10 § 1, i vilket dom meddelades i Stockholm den 20 december 2011. Skiljemanden fann att det förelegat en väsentlig rubbning men underkände kändens beräkningsmodell, som byggde på skillnaden mellan kalkylerad och nedlagd tid, eftersom skillnaden däremellan kunde bero på bristande kalkylering från kändens sida. Käppaladomen är ytterligare ett tydligt exempel på att baklängesräkning och efterhandskalkyler inte godkänns som bevisning för rubbningskostnader.⁷⁷

Det förekommer även att entreprenören först i efterhand, dvs. efter entreprenadtidens slut, försöker ”dokumentera” och redovisa kostnader orsakade av en väsentlig rubbning på annat sätt än genom ”baklängesräkning”, t.ex. genom uppskattningar och schablonberäkningar. Sådana redovisningar och beräkningar har ofta ett mycket begränsat bevisvärde.

5.2 Skälighetsbedömningar och rättegångsbalken 35 kap. 5 §

Det synes vara relativt vanligt förekommande att skiljenämnder, efter att det konstaterats att det förelegat en väsentlig rubbning, gör en skälighetsbedömning av vilka kostnader entreprenören har rätt till ersättning för. Enligt Schedin och Sjöström sker detta med stöd av rättegångsbalken 35 kap. 5 §.⁷⁸

Enligt rättegångsbalken 35 kap. 5 § men. 1 gäller att när fråga är ”om uppskattning av en inträffad skada och full bevisning om skadan inte alls eller endast med svårighet kan föras, får rätten uppskatta skadan till skäligt belopp.” Enligt paragrafens andra mening får så ”också ske om bevisningen kan antas medföra kostnader eller olägenheter som inte står i rimligt förhållande till skadans storlek och det yrkade skadeståndet avser ett mindre belopp.”

Som redan behandlats ovan är det en omdiskuterad fråga huruvida ersättning enligt AB 04 kap. 6 § 5 är ett skadestånd eller inte, och därmed också om kostnader p.g.a. väsentlig rubbning utgör en skada eller inte. Om kostnader p.g.a. väsentlig rubbning inte utgör en skada innebär det att rättegångsbalken 35 kap. 5 § inte är tillämplig i förhållande till bestämmelsen, då lagrummet inte ger stöd för skälighetsuppskattningar av t.ex. pris eller kostnad.⁷⁹ I den mån bestämmelsen har tillämpats analogt har det gällt frågor som ansluter till skadans storlek, t.ex. beräkningsgrunden för skadan.⁸⁰

Av praxis följer att rättegångsbalken 35 kap. 5 § inte kan tillämpas om frånvaron av utredning inte beror på genuina bevissvårigheter. Bevissvårigheter som beror på att den skadelidande försummat att anskaffa samtida bevisning utesluter en tillämpning av bestämmelsen. I en sådan situation kan dock parterna

⁷⁷ Johansson, Sture, *Entreprenadjuridiska uppsatser*, Lund, 2008, s. 309–341.

⁷⁸ Se t.ex. Schedin, Fredrik och Sjöström, Elin, *Störningar i byggentreprenaden*, Malmö, 2014, s. 45–52 och s. 62–66.

⁷⁹ Jfr SOU 1926:33 s. 149 f. och 1938:44 s. 382.

⁸⁰ NJA 1981 s. 933.

gemensamt ge rätten i uppdrag att utifrån erfarenhetssatser och skälighet uppskatta skadan, vilket dock torde vara mycket ovanligt.⁸¹ Om förutsättningar för tillämpning av rättegångsbalken 35 kap. 5 § föreligger har parterna bevisbördan för sina respektive påståenden om fakta som har betydelse för rättens bedömning av skälighet.⁸² Skälighetsfrågan i sig är dock en rättsfråga.

I de fall domstolar eller skiljenämnder tillämpar rättegångsbalken 35 kap. 5 § för uppskattning av ersättningsgilla kostnader enligt AB 04 kap. 6 § 5, kan noteras att kostnad enligt bestämmelsen därmed anses utgöra en skada och att ersättningen anses vara ett skadestånd. Som noterats ovan finns det olika uppfattningar i den frågan. Dock står det klart att entreprenören inte framgångsrikt kan argumentera att (a) entreprenörens rubbningskostnad *jämte vinstpåslag* ska ersättas och samtidigt att (b) rättegångsbalken 35 kap. 5 § ska tillämpas. De två alternativen utesluter varandra eftersom vinstpåslag inte utgår när det är fråga om skadestånd.

5.3 Betydelsen av avtalade beviskrav

Bevisbördefrågor är dispositiva och det står parterna fritt att avtala om dem. När parterna har avtalat särskilt om bevisbördans placering och tillämpligt beviskrav kan en domstol eller nämnd således inte tillämpa en bevislättning utan att först jämka kontraktsvillkoret p.g.a. oskälighet eller förklara det ogiltigt. En sådan tillämpning vore ju annars oförenlig med parternas avtal.

I kommentarstexten till AB 04 kap. 6 § 5, tredje stycket, står att entreprenören ska ”visa” på vilket sätt entreprenaden väsentligen rubbats och vilka extra kostnader som uppstått p.g.a. detta. Ordet ”visa” används ofta som synonym för det för tvistemål sedvanliga beviskravet ”styrkt”.⁸³ Detta kan därför förstås som ett i vart fall underförstått avtalsvillkor om att entreprenören – för att ha rätt till ersättning för väsentlig rubbning – behöver presentera en utredning som har ett sådant bevisvärde att det når upp till det för tvistemål sedvanliga beviskravet (styrkt). Oaktat hur kommentarstexten ska tolkas i det hänseendet framgår av texten att det är entreprenören som har bevisbördan, varför en omkastad bevisbörda förutsätter att domstol eller skiljenämnd jämkar avtalet. Det är visserligen fråga om en text som återfinns i en kommentarstext, men i praxis har stor vikt lagts vid kommentarstexterna.⁸⁴

⁸¹ NJA 2011 s. 576.

⁸² NJA 2006 s. 367.

⁸³ Jfr Ekelöf, Per Olof, Edelstam, Henrik och Heuman, Lars, Rättegång IV, Mölnlycke, 2010, s. 81 f.

⁸⁴ Svea hovrätts dom 2013-03-08 i mål nr T 694-12.

6. Avslutande kommentarer

Att bestämmelsen om väsentlig rubbning i AB 04 kap. 6 § 5 förekommer så pass ofta i stora entreprenadvister kan bero på flera orsaker. En orsak kan vara att en typisk entreprenadvist bottnar i att entreprenören har gjort inte obetydliga förluster och att entreprenören genom de övriga bestämmelserna i AB 04, p.g.a. bristande samtida dokumentation om kostnader och orsakssamband, har svårt att få täckning för de kostnader som denne haft i entreprenaden. Genom en s.k. ”baklängesräkning” kan därför konstateras att det saknas en ibland stor summa pengar som inte kan hänföras till vare sig ÄTA-arbete, mängdreglering, ersättning för hinder eller skadestånd. Bestämmelsen om väsentlig rubbning kan då framstå som en lösning för att på ytterligare en grund försöka få rätt till ersättning som kompenserar för förlusterna i projektet.

Oavsett skälen till varför bestämmelsen ofta förekommer i entreprenadvister så kan konstateras att den är otydlig och orsakar mer problem än vad den löser. Det kan ifrågasättas om det ursprungliga syftet med bestämmelsen allttjämt är relevant och om inte utgångspunkten för hela bestämmelsens tillkomst var felaktig. När föregångaren till den nuvarande bestämmelsen infördes i AB 65 hade entreprenören betydligt sämre möjligheter än idag att genom god kontraktsadministration, med system för kostnadsuppföljning etc., härleda uppkomna kostnader till olika aktiviteter. Detta kan ha varit ett skäl att införa ännu en bestämmelse som kan ge entreprenören ersättning vid ändringar, i vart fall om syftet redan från början var att entreprenören i regel skulle åtnjuta en redovisningslättnad (såvitt avser t.ex. särskiljning av kostnader) i entreprenader som varit föremål för så omfattande ändringar att det förelåg en väsentlig rubbning. Nu är situationen dock en annan. De större byggföretagen har numera, i vart fall i stora entreprenader, avancerade system för kontraktsadministration och kostnadsuppföljning vilka gör det möjligt att identifiera och löpande dokumentera i princip alla kostnader som uppstår i ett projekt. Det ger normalt också en möjlighet att koppla indirekta kostnader till specifika ÄTA-arbeten eller andra samtida omständigheter. På så sätt har entreprenören möjlighet att genom övriga bestämmelser i AB 04 få full ersättning för sina kostnader.

Stora entreprenader är emellertid ofta komplexa. Det kan i scenarion då väsentlig rubbning är för handen krävas förhållandevis stora administrativa resurser för att härleda alla uppkomna kostnader och säkra samtida bevisning. För att klargöra vilka krav på samtida bevisning, och vilka bevissäkringsresurser som entreprenören därmed bör förse sig med i händelse av stora ändringar, kan det enligt vår uppfattning vara motiverat med en särskild *bevislätnadsregel* i AB som mer precist anger förutsättningarna för när bevislättnad ska ske. En förutsättning borde då vara att det är fråga om genuina bevissvårigheter som *inte* beror på entreprenörens bristande kontraktsadministration. Någon sådan regel finns för närvarande inte i AB 04, även om skiljenämnder ofta i praktiken

tycks ha tillämpat AB 04 kap. 6 § 5 på ett sätt som innefattar en sänkning av beviskravet, trots att det saknas stöd i AB för en sådan ordning.

För att inte motverka den pågående positiva utvecklingen mot en alltmer sofistikerad kontraktsadministration bör en bevislätnadsbestämmelse utformas så att det åvilar entreprenören att visa att det är ursäktligt att denne inte kan föra full bevisning, och att det inte beror på omständigheter för vilka entreprenören svarar (t.ex. bristfällig bevissäkring under entreprenadtiden). Bestämmelsen bör också utformas på ett sätt så att den inte skapar incitament för framställande av krav som baseras på s.k. "baklängesräkningar". En sådan bestämmelse skulle kunna tjäna ett viktigt syfte i nästa version av AB och skulle undvika all spekulation om rubbningsbestämmelsen, som trots att den funnits i AB-avtalen i mer än 50 år fortfarande framstår som synnerligen oklar. Därtill skulle branschen med en sådan bestämmelse ta ägarskap över en fråga som har mycket stor påverkan på de avtalade bestämmelsernas genomslag i praktiken.

I det nu pågående revideringsarbetet med AB 04 bör BKK, enligt vår uppfattning, noga överväga att låta rubbningsbestämmelsen utgå i nästa version av AB. Om bestämmelsen får leva vidare kommer den att fortsätta driva tvister då det kan verka frestande att åberopa bestämmelsen för den entreprenör som av egen förskyllan inte säkrat nödvändig bevisning om t.ex. kostnader för visst ÄTA-arbete och i efterhand försöker konstruera ett förlusttäckningskrav. Som anförs ovan menar vi att BKK istället bör överväga en väl avvägd specifik bevislätnadsbestämmelse som kan komma att tillämpas när en entreprenör har drabbats av genuina och ursäktliga svårigheter med att följa upp och dokumentera kostnader och orsakssamband vid utförandet av en entreprenad som har varit föremål för omfattande ändringar.

Därtill bör BKK i AB 04 tydliggöra, genom en uttrycklig reglering, att ersättning för ÄTA-arbeten även kan inkludera ersättning för s.k. indirekta kostnader och påverkan på andra entreprenadarbeten.⁸⁵ Så följer redan av internationella standardavtal för entreprenader. Med ett sådant förtydligande skulle tvister om vad som kan ersättas inom ramen för ÄTA-arbete undvikas och det skulle stå klart att det inte finns några kostnader som endast är ersättningsgilla vid väsentlig rubbning. Därmed skulle argumentet om att blotta förekomsten av bestämmelsen om väsentlig rubbning utesluter att samma kostnader kan ersättas genom ÄTA-bestämmelserna inte längre bära. Med det skulle alla argument för att behålla en särskild regel om väsentlig rubbning falla. Dock skulle det alltjämt vara motiverat med en specifik bevislätnadsregel som sätter tydliga ramar för när det finns, och när det inte finns, skäl för en eventuell bevislätnad.

⁸⁵ Som utvecklats ovan är dock vår uppfattning att det finns möjligheter att argumentera för att detta redan följer av nuvarande bestämmelser om ÄTA-arbeten i AB 04, i den mån entreprenören kan särskilja indirekta kostnader, underrättar rättidigt (och inte i efterhand) och sammankopplar kostnaderna med ett visst ÄTA-arbete.