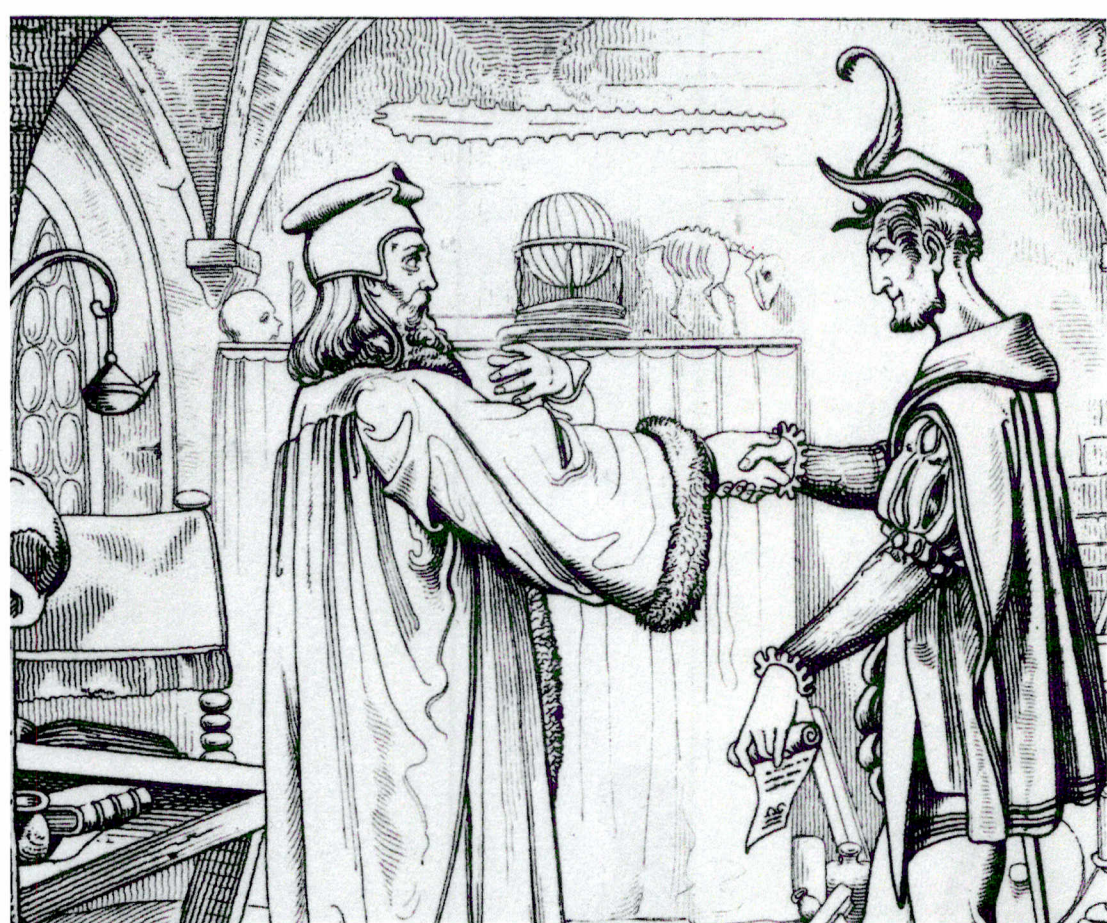
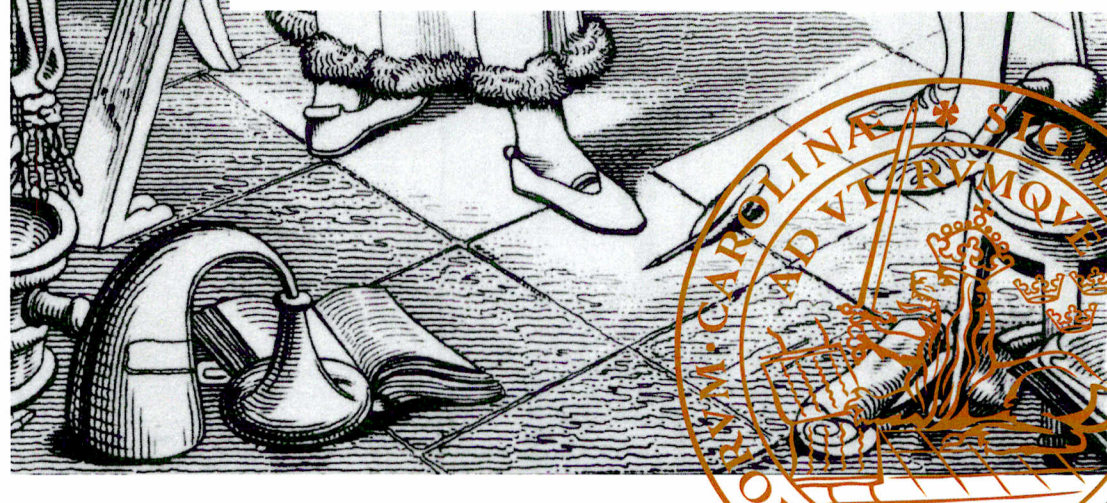




Avtalsviten – effekter och rättsverkningar

DAVID DRYSELIUS

FACULTY OF LAW | LUND UNIVERSITY



E-boken är publicerad av Juridiska fakulteten vid Lunds universitet 2025

eISBN: 9789190023105

ISBN: 9789178952571(originalutgåva i tryck)

DOI: <https://doi.org/10.37852/oblu.307>



Denna text är licensierad under CC BY-NC 4.0, Erkännande.

(Se fullständiga villkor: <https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/deed.sv>).

Enligt licensen får verket spridas och bearbetas utan att tillstånd behövs, men ej användas i kommersiella syften. Verkets upphovsperson måste anges.

Coverphoto: *Teufelspakt Faust-Mephisto*, by Julius Nilse, ca. 1840.

Copyright: David Dryselius

Typeset in 11/13 pt., Bembo Book by Monotype

Faculty of Law, Lund University

ISBN: 978-91-7895-257-1 (print)

978-91-7895-258-8 (pdf)

Printed in Sweden by Media-Tryck, Lund University

Lund 2019



Media-Tryck is an environmentally
certified and ISO 14001:2015 certified
provider of printed material.
Read more about our environmental
work at www.mediatryck.lu.se

MADE IN SWEDEN 

FÖRORD

Att skriva ett förord till en avhandling är en märklig syssla. Åtskilliga år har ägnats åt avhandlingen, luttrad vid insikten om dess begränsade läsekrets. Förordet däremot kommer, i vart fall om jag utgår från egen erfarenhet, att vara den mest lästa delen. Den rationella doktoranden borde därför lägga ner åtskillig tid på förordet för att på så sätt sammanfatta de senaste åtta årens vedermödor, och dessutom gärna på en stilistisk spänstig prosa snarare än den knastertorra som i övrigt annekterat nästkommande sidor.

Oavsett vad är detta platsen att tacka dem som på olika sätt har bidragit till att avhandlingen nu är färdig. Först i raden är mina handledare, professor Per Samuelsson och docent Niklas Arvidsson. Utan deras djupa kunskaper inom stora delar av förmögenhetsrätten och deras tålamod med mina inledningsvis stapplande försök till självständig rättsvetenskaplig produktion hade detta projekt vare sig kunnat påbörjas eller slutföras. Att vara så insatt och samtidigt besitta en ödmjukhet och befriande självdistans i fråga om egna och andras tillkortakommanden är beundransvärda egenskaper. Lägg därtill en underfundig humor, så förklarar det att handledningstillfällena har utvecklats till alltigenom trevliga sittningar.

När jag stod i valet att tacka ja eller nej till tjänsten som doktorand ökade Leonard Cohens fråga i bakhuvudet: »I said to Hank Williams: 'How lonely does it get?'» Leonard Cohen fick aldrig något svar, i alla fall inte från Hank Williams. Själva skrivandet av en avhandling är ett ensamarbete. Däremot är doktorandtillvaron inte ensam, utan istället en oerhört stimulerande tid med fantastiska kollegor. Att här tacka alla som har bidragit till denna tillvaro är inte möjligt. Emellertid måste några nämnas särskilt: My Bergius, Ellika Sevelin, Marie Göransson,

Martina Axmin, Mareike Persson, Torvald Larsson, Richard Croneberg, Marcus Utterström, Sandra Ahrén, Alexander Hardenberger, Johan Adestam, Joanna Cornelius, Britta Sjöstedt, Joel Eriksson, Eduardo Gill-Pedro, Angelica Eriksson och Niklas Selberg.

Ellika, Johan, My och Marie har också läst igenom och kommenterat delar av avhandlingen i varierande stadier av ofärdighet. Tack också till docent Jakob Heidbrink för givande kommentarer vid mitt slutseminarium. Tack till Christian Dahlman och David Reidhav, som genom kursen i rättsekonomi gav mig möjlighet att undervisa i frågor som avhandlingen tar upp. Christian och David har också bidragit med värdefulla kommentarer och diskussioner under avhandlingsarbetet gång. Tack till Gunilla Wiklund för all hjälp med EndNote. Thanks to Tim Carter for the translation of the abstract and the English summary. Tack till tidigare kollegor för våra diskussioner om klassmarkörer, handsprit och träkonstruktioner.

Tack till Ann, för att du hela tiden varit övertygad om att avhandlingen kommer att bli färdig. Tack också till Axel och Erik. Tack vare er tog skrivandet lite längre tid än vad som måhända är brukligt, men det är också ni som dagligen har påmint mig om att detta trots allt bara är en bok.

Stora Hillhult, Näshults socken i augusti 2019

David Dryselius

INNEHÅLLSFÖRTECKNING

FÖRORD 5

I INLEDNING 15

I.1 UTGÅNGSPUNKTER 15

I.2 SYFTEN OCH PROBLEM - OMRÅDEN 17

I.3 FORSKNINGSLÄGET 27

I.3.1 Rättsvetenskaplig forskning 27

I.3.2 Ekonomisk forskning 32

I.4 MATERIAL 36

I.4.1 Juridiskt material 36

I.4.2 Ekonomiskt material 41

I.5 AVGRÄNSNINGAR 42

I.6 DISPOSITION 44

2 TEORI OCH METOD 47

2.1 INLEDNING 47

2.2 RÄTTSDOGMATISK METOD 49

2.2.1 Rättskällor 49

2.2.2 Rättsnormer 53

2.2.3 Avtals – och utfyllnadsnormer 56

2.2.4 Definitioner 62

2.2.5 Systematisering 64

2.2.6	Villkoren för tillämpning av ekonomisk teori	66
2.3	EKONOMISK TEORI OCH ANALYS	69
2.3.1	Rättsekonomi	69
2.3.2	Allmänt om tillämpningen	75
2.3.2.1	UTGÅNGSPUNKTER	75
2.3.2.2	FÖRKLARING AV AVTALSVITETS EFFEKTER	77
2.3.2.3	NORMATIV TILLÄMPNING	80
2.4	RATIONELLT AGERANDE	83
2.4.1	Utgångspunkter	83
2.4.2	Val	87
2.4.3	Val under osäkerhet	92
3	BEGREPPET AVTALSVITE	99
3.1	INLEDNING	99
3.2	TIDIGARE OCH NUVARANDE UPPFATTNINGAR	100
3.3	AVTALSVITETS KONSTITUERANDE VILLKOR	107
3.4	ÖVRIGA KONSEKVENSER AV AVTALSVITETS DEFINITION	109
3.4.1	Skada och vårdslöshet	109
3.4.2	Subjektivt rekvisit i relationen mellan avtalsvitets och dess huvudförpliktelse	114
3.5	EXEMPELKLAUSULER	120
4	VITESFORDRAN	125
4.1	INLEDNING	125
4.2	VITESFORDRANS VILLKOR	125
4.3	INFRIANDE AV VITESFORDRAN	127

4.4	ANSVARSFRIHETSGRUNDER	129
4.4.1	Omöjlighet	129
4.4.2	Force majeure och hardship	133
5	TILL AVTALSVITET LIKNANDE KLAUSULER	137
5.1	INLEDNING	137
5.2	KLAUSULTYPER VILLKORADE AV AVTALSBROTT	139
5.2.1	Skadeståndsklausuler	139
5.2.2	Förverkandeklausuler	142
5.3	KLAUSULTYPER UTAN KRAV PÅ AVTALSBROTT	145
5.3.1	Prissättningsklausuler	145
5.3.2	Friköpsklausuler	148
6	REGLER FÖR SKADESTÅNDSBERÄKNING	153
6.1	INLEDNING	153
6.2	UTGÅNGSPUNKTER	154
6.3	DET POSITIVA INTRESSET	161
6.3.1	Ansvarsförutsättningar	161
6.3.2	Individualiserade värderingar	162
6.3.3	Förhållandet till 67 § köplagen	167
6.4	DET NEGATIVA INTRESSET	171
6.4.1	Allmänt	171
6.4.2	Ersättningsskyldighetens rekvisit	175

6.4.2.1	ALLMÄNT	175
6.4.2.2	KONTRAKTSLIKNANDE RELATION	176
6.4.2.3	VÅRDSLÖSHET	181
6.4.2.4	GOD TRO	182
6.4.2.5	LEGITIMERANDE FAKTORER	185
6.4.3	Begränsning till det negativa intresset	186
6.5	FÖRHÅLLET MELLAN DE OLIKA INTRESSENA	189

7 OGILTIGA HUVUD-

FÖRPLIKTELSE 193

7.1	INLEDNING	193
7.2	OGILTIGHET OCH AVTALSBROTTSPÅ- FÖLJDER	194
7.3	OGILTIGHET OCH AVTALSVITEN	199
7.3.1	Allmänt	199
7.3.2	NJA 1974 s. 526	201
7.3.3	NJA 2012 s. 1095	203
7.3.4	Sammanfattande analys	206
7.4	TILLÄMPNING UTÖVER FASTIGHETSÖ- VERLÅTELSE	209
7.4.1	Allmänt	209
7.4.2	Avtalsvite och <i>letters of intent</i>	215

8 AVTALSVITET OCH DISPOSITIV UT-

FYLLANDE RÄTT 221

8.1	INLEDNING	221
-----	-----------	-----

8.2	UTGÅNGSPUNKTER	222
8.2.1	Allmänt	222
8.2.2.	Avtalsvite och avtalstyper	225
8.2.3	Avtalsvite och påföljder – exempel	228
8.3	BEFINTLIGA UPPFATTNINGAR	233
8.3.1	Avtalsvite och skadestånd	233
8.3.2	Avtalsvite och övriga påföljder	235
8.4	AVTALSVITETS RELATION TILL PÅFÖLJDSSYSTEMET	238
8.4.1	Avtalsvite och skadestånd	238
8.4.2	Avtalsvite och prisavdrag	249
8.4.3	Avtalsvite och övriga påföljder	251
9	JÄMKNING AV AVTALSVITEN	253
9.1	INLEDNING	253
9.2	ALLMÄNT OM JÄMKNING	254
9.2.1	Utgångspunkter	254
9.2.2	Jämkning och åsidosättande enligt typ (1)	256
9.2.3	Jämkning och åsidosättande enligt typ (2)	259
9.3	NUVARANDE OCH TIDIGARE LAGSTIFTNING	260
9.4	JÄMKNING AV ANSVARSBEGRÄNSNINGAR	269
9.5	NJA 2017 S. 113 OCH AVTALSVITEN	277
10	EKONOMISKA MODELLER	283
10.1	INLEDNING	283
10.2	UTGÅNGSPUNKTER	283

10.2.1	Incitament	283
10.2.2	Avtalsexempel	287
10.3	PARTERNAS SYFTE MED AVTALSVITET	291
10.3.1	Allmänt	291
10.3.2	Fullgörandesyftet	292
10.3.3	Ersättningssyftet ofullständiga avtalet	293
10.3.4	Avvecklingssyftet	294
10.4	TILLÄMPNINGEN AV DE EKONOMISKA MODELLERNA	295
10.5	MODELL 1 — EFFEKTIVA AVTALS- BROTT	296
10.5.1	Det fullständiga avtalet	296
10.5.2	Det ofullständiga avtalet	299
10.5.2.1	DET POSITIVA INTRESSET	299
10.5.2.2	TILLITSUTGIFTER	301
10.5.2.3	RISKFÖRDELNING	303
10.6	MODELL 2 — ASYMMETRISK INFORMATION	305
10.6.1	Allmänt om moral hazard	305
10.6.2	Utgångspunkter	308
10.6.3	Det fullständiga och optimala avtalet	312
10.7	MODELL 3 — TYPER AV HUVUDFÖRPLIKTELSE	313
10.7.1	Det fullständiga avtalet	313
10.7.2	Det ofullständiga avtalet	315
II	KONTRAKTUELL DESIGN	319
II.1	INLEDNING	319
II.2	AVTALSVITET SOM EFFEKTIV	

AVTALSBROTTSPÅFÖLJD	320
II.3 MORAL HAZARD	325
II.4 RISKFÖRDELNING	330
II.5 TYPER AV HUVUDFÖRPLIKTELSE	334
II.6 JÄMKNING ENLIGT 36 §	339
I 2 SAMMANFATTNING	345
I 3 SUMMARY	351
KÄLLFÖRTECKNING	359

I INLEDNING

I.1 UTGÅNGSPUNKTER

SOM UNG BITRÄDANDE jurist frågade jag vid upprättandet av ett samarbetsavtal vilket belopp en vitesklausul knuten till en konkurrensklausul skulle ha.¹ Svaret var att 100 000 kr alltid är ett bra belopp, oavsett kontext. Då reflekterade jag inte över påståendet, men efter hand har jag undrat att nog måste det finnas utrymme för en djupare förståelse både för avtalsvitets relation till den dispositiva rätten som för dess ekonomiska effekter.

Den gången användes vitet för att på förhand reglera den ekonomiska ersättningen vid ett utpekad avtalsbrott. En sådan reglering kan givetvis formuleras på en mängd olika sätt, men en typisk vitesklausul – innehållande en villkorad penningförpliktelse samt en hänvisning till en annan avtalsförpliktelse – ser ut enligt följande.

(1.1) Om A bryter mot punkt 7 i avtalet ska A betala 100 000 kr till B.

1. Substantivet *vite* och verbet *vita*, med betydelsen straff respektive straffa eller förebrå är belagda sedan fornsvenskan, men deras ursprung är sannolikt betydligt äldre (jfr gotiskans *fraweit* respektive *fraweitan* med samma betydelser). Varianter av vite och vita förekommer i *förvita*, *oförvitlig* (jfr även falsk tillvitelse i 15 kap. 7 § brottsbalken) och *helvete* (sammansatt av *hæl*, det fornsvenska namnet på dödsriket och *vite* och betecknade förr ett straff i dödsriket snarare än den nutida innebörden av en tänkt plats). Vite återfinns också med betydelsen sår i *blodvite* från fornsvenskans *bloþvite*, där *þvite* kan vara en avledning av ett verb motsvarande fornengelskans *þwitan*, skära eller skära av (numera *whittle*, tälja, karva, spetsa).

Vitesklausuler omfattas av avtalsfriheten och är genom principen om avtalsbundenhet i allmänhet bindande. Det gör att om A i (1.1) bryter mot punkt 7 (avtalsvitets *huvudförpliktelse*) ska hon betala vitesbeloppet på 100 000 kr till B.² Denna till synes triviala slutsats är avtalsvitets enda rättsverkan. Men därutöver påverkar avtalsvitet tillämpningen av den dispositiva rättens avtalsbrottspåföljder, vilka i frånvaro av vitet hade varit tillämpliga. En studie av de rättsverkningar som uppkommer vid överträdelse av avtalsvitets huvudförpliktelse kan därför inte begränsas till avtalsvitets rättsverkan. Istället krävs en undersökning av det samspel av rättsverkningar som – både genom avtalsvitet och genom den dispositiva rättens avtalsbrottspåföljder – uppstår vid överträdelse av avtalsvitets huvudförpliktelse.

Befintliga framställningar om avtalsviten är i denna del till stor del otillräckliga, eftersom de antingen är för kortfattade för att inrymma en så pass fördjupad analys som krävs för en bättre förståelse av avtalsvitet, eller för gamla, vilket gör att ny rättspraxis av avgörande betydelse inte är inkluderad. Det visar sig nämligen vid en noggrann analys av avtalsvitet och dess relation till den tvingande och den dispositiva rätten, att många av de problem och oklarheter som vidlått tidigare framställningar kan lösas.

Att som i (1.1) använda en vitesklausul för att komplettera eller ersätta skadestånd enligt den dispositiva rätten är sedan länge väletablerat, såväl i Sverige som internationellt.³ Men trots vitets utbredda användning såväl över tiden som globalt har det för svenskt vidkommande inte

2. Avtalsvitets huvudförpliktelse och avtalets huvudförpliktelse (om en sådan kan identifieras) är inte nödvändigtvis samma förpliktelse.

3. Se till exempel Fehr, M. (1913), *Om vitesbestämmelser i aftal enligt svensk rätt: en profföreläsning*, s. 5, Gorton, L. och Samuelsson, P. (2005), *Kontraktuella viten* i Festskrift för Ingemar Ståhl, s. 82 ff. och NJA 2018 s. 834, »Vitesundantaget i ansvarsförsäkringen«, p. 13. Se även Moyle, J. B. (1913), *The institutes of Justinian*, s. 134, bok 3, kapitel 15,

gjorts någon omfattande undersökning av hur avtalsvitet påverkar parternas nytta och agerande. Däremot förekommer påståenden – till exempel att vitet minskar sannolikheten för avtalsbrott – utan att dessa effekter beläggs.⁴ Att samtliga avtalsviten, oavsett hur de är utformade, skulle innebära att sannolikheten för avtalsbrott minskar stämmer knappast. Istället borde vitets effekter vara en funktion av såväl vitesbeloppet som andra faktorer. Därmed riskerar också en oreflekterad användning av vitet – till exempel att 100 000 kr alltid är ett bra vitesbelopp eller att alla viten minskar risken för avtalsbrott – att få andra effekter än de som avtalsparterna avsåg.

1.2 SYFTEN OCH PROBLEMMOMRÅDEN

Avhandlingen består av två delstudier av avtalsvitet: en rättsdogmatisk och en ekonomisk. Vardera studien har sitt eget syfte och sin egen metod. Syftet med *den rättsdogmatiska studien* är att presentera en samlad bild av de *rättsverkningar* som kan aktualiseras vid överträdelse av avtalsvitets huvudförpliktelse.

Utöver dessa rättsverkningar påverkar avtalsvitet också parternas individuella, och därmed sammanlagda, nytta. Denna påverkan utgör det som avhandlingen kallar för avtalsvitets *effekter*. Dessa effekter utgör föremålet för *den ekonomiska studien*. Syftet med denna är att med utgångspunkt i ekonomisk teori klargöra hur parterna bör utforma avtalsvitet så att deras nytta maximeras.

stycke 7 och Zimmermann, R. (1996), *The law of obligations: Roman foundations of the civilian tradition*, s. 95 ff. för redogörelser för vitesklausuler i den romerska rätten.

4. Exempel på sådana formuleringar återfinns hos Fehr, *Om vitesbestämmelser*, s. 6 f., Nordling, E. V. (1913), *Anteckningar efter prof. E. V. Nordlings föreläsningar i svensk civilrätt: allmänna delen*, s. 276, Rodhe, K. (1956), *Obligationsrätt*, s. 585, Olsen, L. (1986), *Ersättningsklausuler: vite och andra avtalade ersättningar vid kontraktsbrott*, s. 30, Almén, T., Eklund, R., och Nordström, T. (1997, urspr. publ. 1968), *Lagen om avtal*, s. 139 och Adlercreutz, A., Gorton, L., och Lindell-Frantz, E. (2016), *Avtalsrätt I*, s. 340.

Den rättsdogmatiska studien inleds med en stipulativ definition av begreppet avtalsvite, med utgångspunkt i befintlig begreppsbildning i litteratur och praxis. Definitionen innehåller ett antal egenskaper som en förpliktelse måste ha för att räknas som ett avtalsvite och ersätter i avhandlingen de olika versioner av vite som förekommer.

Ett exempel på ett problem som återkommer i framställningar om viten är huruvida vitet är villkorat av att överträdelsen av dess huvudförpliktelse leder till en ren förmögenhetsskada.⁵ Att vitet inte är villkorat av skada råder förvisso i stort sett enighet kring. Det problematiska är istället hur vitet får denna egenskap. Tidigare framställningar om avtalsviten har redogjort för detta på olika sätt. Ett gemensamt tema är emellertid att de implicit antagit att ett eventuellt villkorande styrs av dispositiva normer. Exempel på sådana formuleringar är att något är »allmänt erkänt« eller att något »som regel« gäller.⁶

Tillämpningen av detta innehåll är villkorad av att avtalet inte tolkningsvis ger något svar, vilket det med formuleringar som (1.1) sällan gör. Samtidigt är tillämpningen av den dispositiva rätten i denna del inte oproblematiskt, särskilt som de regler för ersättning, som i vitets frånvaro varit aktuella, innehåller just ett sådant krav på skada som litteraturen i stort sett är enig om inte finns för vitet.

Ett liknande problem uppstår för relationen mellan huvudförpliktelsen och vitesförpliktelsen. Kring denna har det sedan tidigt 1900-tal diskuterats om den innehåller något subjektivt rekvisit, och i så fall vilket. Även här är utgångspunkten att klausuler likt (1.1) inte kan tolkas, vilket gör att klausulens egenskaper följer av den dispositiva rätten. Och

5. Med ren förmögenhetsskada menas samma sak som i 1 kap. 2 § skadeståndslagen, det vill säga en sådan ekonomisk skada som uppkommer utan samband med att någon lider person- eller sakskada. Om inte annat uttryckligen anges menar jag ren förmögenhetsskada när jag talar om skada eller ekonomisk skada.

6. Almén, T. och Eklund, R. (1960), *Om köp och byte av lös egendom: kommentar till lagen den 20 juni 1905*, s. 320 respektive Olsen, *Ersättningsklausuler*, s. 130. Se avsnitt 1.3.1 nedan för Olsens skillnad mellan vitesklausuler och ersättningsklausuler.

på samma sätt som med skada kompliceras relationen av att den dispositiva rätten innehåller ett subjektivt rekvisit för skadestånd. Om avtalsvitets innehåller ett annat rekvisit, måste detta i sin tur följa av en annan dispositiv regel med andra bifallsvillkor än om den regel som ger ersättning vid avtalsbrott hade tillämpats.

Dessa två problem utgör exempel på frågor som tidigare framställningar har haft svårt att hantera. En viktig inledande del av avhandlingen blir därför att genom en definition avgränsa tillämpningen av den dispositiva rätten i dessa delar.

Vid överträdelse av avtalsvitets huvudförpliktelse uppkommer en *vitesfordran*. Denna penningfordran innebär att avtalsvitets belopp ska betalas och är avtalsvitets enda rättsverkan. Men uppkomsten av en vitesfordran är sällan den enda rättsverkan som skapas vid överträdelse av avtalsvitets huvudförpliktelse. Beroende på omständigheterna kan en eller flera avtalsbrottspåföljder i den dispositiva rätten också aktualiseras genom samma överträdelse. Till exempel kan överträdelse av samma avtalsförpliktelse aktualisera både avtalsvitets och den dispositiva rätten till skadestånd enligt det positiva intresset.

Vid en sådan överträdelse väcks frågan om relationen mellan dessa olika påföljder. Vitesbeloppet kommer alltid att utgå, genom principen om avtalsbundenhet. En viktig fråga för avhandlingen att besvara är istället i vilken mån avtalsvitets begränsar rätten till ersättning enligt det positiva intresset. Om avtalsvitets inte påverkar kommer vitesbeloppet och skadestånd att utgå kumulativt. Med en skada på 200 och ett vitesbelopp på 100 skulle det innebära att den sammanlagda ersättningen vid avtalsbrott är 300. Om avtalsvitets däremot i någon grad påverkar kom-

mer ersättningen att vara mellan 101 och 299. Ett vanligt förekommande exempel på en sådan påverkan är att skadestånd över huvud taget inte ska utgå utöver vitet.⁷

Denna relation mellan avtalsvitet och skadestånd omfattas av parternas avtalsfrihet. Avtalsfriheten innebär att parterna har kompetens att i avtalet reglera om och i så fall i vilken grad avtalsvitet begränsar tillämpningen av ersättning enligt det positiva intresset. Men om parterna väljer att inte avtala något, alternativt att en tolkning (eller handelsbruk eller sedvänja) av deras överenskommelse inte ger något innehåll, uppkommer frågan om det existerar en dispositiv norm som reglerar avtalsvitets påverkan. En motsvarande fråga uppkommer i förhållande mellan avtalsvitet och övriga påföljder i den dispositiva rätten. En viktig del av avhandlingen blir att mot denna bakgrund klargöra hur uppkomsten av en vitesfordran påverkar tillämpningen av den dispositiva rättens avtalsbrottspåföljder.

Att avtalsvitet eventuellt påverkar tillämpningen av den dispositiva rätten (och inte tvärtom) gör att vitets relation till ansvarsbegränsningar blir tydlig. Tidigare har det bland annat påståtts att avtalsviten »kan utgöra en ansvarsbegränsning«, utan att det förklarades hur.⁸ Att avtalsviten utgör en ansvarsbegränsning bygger emellertid på en förenklad bild. Denna bild tar inte hänsyn dels till hur avtalsvitet får en ansvarsbegränsande funktion, dels att denna funktion hos avtalsvitet följer genom tillämpning av samma slags norm som ger en ansvarsbegränsning dess begränsande funktion.

7. Detta kallas i litteratur och praxis för att avtalsvitet är *exklusivt*, se till exempel Olsen, *Ersättningsklausuler*, s. 142 och NJA 2010 s. 629, »Temarör och den borttappade huvudnyckeln«, p. 11

8. »Temarör och den borttappade huvudnyckeln«, p. 10.

Nyss nämnda relationer mellan avtalsvitet och den dispositiva rättens avtalsbrottspåföljder är ett av tre huvudproblem för den rättsdogmatiska studien. Det andra huvudproblemet är vilka rättsverkningar som uppstår vid överträdelse av en ogiltig huvudförpliktelse. För detta slags överträdelser har det sedan slutet av 1800-talet förespråkats att de inte aktualiserar avtalsvitets penningförpliktelse.⁹ Detta är också i linje med den grundläggande principen att överträdelse av en ogiltig förpliktelse inte utgör ett avtalsbrott. Några avtalsbrottspåföljder – vare sig de är avtalade eller följer av den dispositiva rätten – aktualiseras därför inte.

Däremot kan överträdelser av ogiltiga förpliktelser i vissa fall grunda en till det negativa intresset begränsad utomkontraktuell ersättningsskyldighet. Denna skyldighet är inte en avtalsbrottspåföljd, och distinktionen mellan giltighet och det positiva intresset å ena sidan samt ogiltighet och det negativa intresset å andra sidan kan därmed upprätthållas.¹⁰ En följd av denna uppdelning borde därför bli att avtalsvitet, som likt övriga avtalsbrottspåföljder kräver överträdelse av en giltig förpliktelse för att aktualiseras, inte påverkar ersättningsskyldigheten enligt det negativa intresset.

I uttalanden i doktrin från mitten av 1900-talet och framåt om hur rättspraxis på området ska förstås påstås emellertid motsatsen, att avtalsvitet påverkar ersättningsskyldigheten vid överträdelse av en ogiltig förpliktelse. Denna påverkan skulle innebära ett väsentligt avsteg från nyss nämnda, inom förmögenhetsrätten centrala distinktion mellan giltighet och ogiltighet, och måste därför analyseras närmare.

Det tredje huvudproblemet rör jämkning av avtalsviten. Avtalsviten kan, precis som andra avtalsvillkor, jämkas eller lämnas utan avseende enligt 36 § avtalslagen. Tidigare har det för svenskt vidkommande inte

9. Almén, T. (1897), *Om auktion: såsom medel att åvägabringa aftal*, s. 322 ff.

10. Arvidsson, N. (2014), *Indirekt handlingsstyrande kontraktsklausuler – om ogiltighet och skadestånd*. Nordisk Tidsskrift for Selskabsret, s. 32.

gjorts någon skillnad mellan jämkning och åsidosättande, utan dessa har setts som två olika tillämpningar av samma bestämmelse.¹¹ Men i och med rättspraxis från EU-domstolen, som säger att ett konsumentavtal under vissa förhållanden inte får jämkas utan måste sättas åt sidan, finns numer ett behov av att skilja mellan dessa tillämpningar av 36 § avtalslagen.

Med en ny syn på avtalsvitet och ansvarsbegränsningar följer att respektive klausultyps begränsning av tillämpningen av den dispositiva rätten följer av samma slags regel. Detta gör att även jämkning av båda klausultyper under vissa förhållanden följer av samma slags regel, vilket får till följd att rättsfall om jämkning av ansvarsbegränsningar är direkt applicerbara på jämkning av avtalsviten.



Den ekonomiska studien utgår från problematiska uttalanden i den juridiska litteraturen, enligt vilka sannolikheten (eller i vissa fall risken) för avtalsbrott minskar om avtalet innehåller ett vite.¹² Dessa påståenden synes bygga på avtalsvitet som en ekonomisk avtalsbrottspåföljd och att detta har en viss påverkan på parten. Att på detta sätt koppla samman avtalsvite med ekonomiska konsekvenser gör att avtalsvitet framstår som ett väl valt föremål för en ekonomisk analys.

Enligt ett standardantagande inom såväl neoklassisk nationalekonomi som inom spelteori handlar människor och företag (aktörer) i syfte att maximera sin förväntade nytta. Detta gäller alla slags val som aktören står inför. Bakom beslutet att ingå – eller att inte ingå – ett avtal ligger en jämförelse av deras förväntade nytta av ett fullgjort avtal med

11. Se till exempel Grönfors, K. och Dotevall, R. (2016), *Avtalslagen: en kommentar*, s. 213 där lämnas utan avseende likställs med »jämkning till noll» samt Lindskog, S. (2015), *Jämkning i kommersiella avtalsförhållanden* i Aftaleloven 100 år. Baggrund, status, udfordringer, fremtid, s. 307, »beträffande rättsföljden står domstolen helt fri».

12. Se till exempel litteraturen i fotnot nr 4 ovan.

deras nytta utan avtalet. Presumtiva avtalsparter får incitament att ingå avtalet om de tror att den förra överstiger den senare. Givet dessa förutsättningar kommer ett fullgjort avtal att öka båda avtalsparternas individuella nytta och därmed också den sammanlagda nyttan. Alla avvikelser från det fullgjorda avtalet medför en minskad nytta och avtalsbrott borde därför inte förekomma.

Men avtalsbrott inträffar. Bilden av avtalet som ovillkorad nyttoökare är således utopisk. Uppenbarligen kan något inträffa som gör att fullgörelse inte innebär någon nyttoökning för parterna. Denna avvikelse kan bero på olika faktorer, bland annat följande. Den första är det omöjliga i att med säkerhet förutsäga framtiden. Nyttominskande händelser kan inträffa som ingen av parterna har räknat med. Den andra är att parterna förvisso har reglerat vissa händelser i avtalet, men missbedömt deras effekter på nyttan. Den tredje är att parterna inte har fullständig kunskap om innehållet i gällande rätt och till följd av detta utformar avtalsvillkor på ett sätt som inte främjar den förväntade nyttan. Den fjärde är att parterna inte har fullständig kunskap om hur vitesbeloppets storlek påverkar deras nytta av ett fullgjort avtal. Den femte är närvaron av asymmetrisk information, vilken kan göra att den ena parten agerar på ett sätt som minskar nyttan för sin motpart.

Faktorer som dessa kan inverka på den faktiska nyttan av ett fullgjort avtal. Denna nytta ska i sin tur jämföras med den av parterna uppskattade förväntade nyttan vid avtalets ingående.¹³ Tillsammans eller var för sig kan realiserade osäkerhetsfaktorer skapa incitament att kompensera för den nyttominskning ett fullgjort avtal hade inneburit. Givet att avtalsbrott ger en högre förväntad nytta än fullgörelse kommer den rationella, kalkylerande och välinformerade parten också att bryta avtalet.

Samtidigt som detta agerande beskrivs som rationellt ur ett neoklassiskt perspektiv är det oförenligt med den västerländska rättsordningens

13. Runesson, E. M. (1996), *Rekonstruktion av ofullständiga avtal: särskilt om köplagens reglering av risken för ökade prestationskostnader*, s. 22 ff.

traditionella uppfattning att avgivna löften ska hållas. Om avgivna löften hålls kommer avtalet att fullgöras. Det motsatta är med denna syn något icke-önskvärt. Om fullgörelse ger en högre nytta vore det också irrationellt med avtalsbrott. Men denna syn på avtalet och dess funktion tar inte hänsyn till de osäkerhetsfaktorer som ofrånkomligen föreligger vid avtalsingåendet.¹⁴

Att avtalsbrottet ger en högre sammanlagd nytta än ett fullgjort avtal går sedan 1970-talet under namnet *efficient breach* eller *effektivt avtalsbrott*.¹⁵ Termen används olika beroende på framställning, och det är inte alltid tydligt vilket effektivitetskriterium som används. I vissa fall används termen deskriptivt, som ett samlingsnamn för de situationer där avtalsbrott ger en högre nytta. I andra fall används den normativt för att förespråka att avtalsparter bör bryta avtalet när avtalsbrott ger en högre nytta.¹⁶

Med en skiftad syn, från vikten av att löften ska hållas till att istället sträva efter nyttomaximering, är det möjligt att argumentera för att det effektiva kontraktsbrottet bör ske på samma sätt som fullgörelse, så länge den sammanlagda nyttan maximeras. Detta gäller även om avtalsbrottet innebär att en av parterna får en lägre nytta än vid fullgörelse.

Det framstår ur ett kommersiellt perspektiv som okontroversiellt att parterna bör agera så att deras individuella nytta maximeras. Detta

14. I kalkylen finns det givetvis möjlighet att parterna sätter ett värde på att hålla sina avgivna löften, men detta ges annars ingen självständig betydelse.

15. Goetz, C. J. och Scott, R. E. (1977), *Liquidated Damages, Penalties and the Just Compensation Principle: Some Notes on an Enforcement Model and a Theory of Efficient Breach*. Columbia Law Review, s. 554 ff.

16. Det normativa inslaget framgår till exempel av Birmingham, R. L. (1969), *Breach of Contract, Damage Measures, and Economic Efficiency*. Rutgers Law Review, s. 284 med hänvisning till Coase, R. H. (1960), *The Problem of Social Cost*. Journal of Law and Economics, s. 15 f.

skulle också gälla oavsett om handlingen innebär avtalsbrott eller fullgörelse. Men avtalsbrott är sällan *Pareto*-effektiva.¹⁷ Vissa är istället *Kaldor-Hicks*-effektiva, att den sammanlagda nyttan ökar men en av parterna får en minskad nytta. Andra är *Kaldor-Hicks*-ineffektiva: den part som bryter avtalet får en högre nytta men nyttoökningen kompenseras inte motpartens nyttominskning.

För att minska incitamenten till avtalsbrott innehåller den dispositiva rätten olika former av avtalsbrottspåföljder. Dessa utgör en brokig mängd, men har gemensamt att deras tillämpning dels är villkorad av avtalsbrott, dels att de – jämfört med om de inte hade använts – typiskt sett minskar den avtalsbrytande partens nytta.¹⁸

Ett exempel på en sådan avtalsbrottspåföljd är skadestånd enligt det positiva intresset. Denna ersättning syftar till att försätta motparten i samma ekonomiska situation som om riktig fullgörelse hade skett.¹⁹ Motsvarande ersättningsform återfinns även i andra länder.²⁰ Skadeståndsskyldigheten är något som den avtalsbrytande parten – tillsammans med andra faktorer, som till exempel sannolikheten att motparten dels upptäcker avtalsbrottet, dels kräver skadestånd – måste inkludera i

17. Det kan också hävdas att *Pareto*-effektiva avtalsbrott inte kan uppkomma, eftersom parterna i sådana fall kommer att omförhandla avtalet så att det som tidigare var en överträdelse, efter omförhandlingen istället är ett avtalsenligt handlande.

18. Arvidsson, *Indirekt handlingsstyrande kontraktsklausuler*, s. 23.

19. Exemplen över denna formulering är många inom både svensk och nordisk litteratur, till exempel Karlgren, H. (1950), *Om handpenningsavtal i samband med köp av fast egendom* i Festskrift tillägnad hans excellens riksmarskalken, juris doktor Birger Ekeberg, s. 313, Hagström, V. (2011), *Obligationsrett*, s. 539 f. samt Ramberg, J. och Ramberg, C. (2019), *Allmän avtalsrätt*, s. 243.

20. Fuller, L. L. och Perdue, W. R., Jr. (1936), *The Reliance Interest in Contract Damages*: 1. The Yale Law Journal, s. 52, Birmingham, *Breach of Contract, Damage Measures, and Economic Efficiency*, s. 284 och Shavell, S. (1984), *The Design of Contracts and Remedies for Breach*. The Quarterly Journal of Economics, s. 284.

sin beräkning av nyttan av avtalsbrottet jämfört med nyttan av fullgörelse.

Idealt sett driver ersättning enligt det positiva intresset parterna till ett *Pareto*-effektivt agerande i valet mellan fullgörelse och avtalsbrott. Det alternativ som väljs, det som ger den högsta individuella nyttan, är också det som ger den högsta sammanlagda nyttan och detta utan att minska motpartens nytta.²¹ Motparten blir genom skadeståndet kompenserad som om fullgörelse skett och är därför i teorin indifferent mellan skadestånd och fullgörelse.²² Den part som bryter avtalet tvingas inkludera skadeståndet i beräkningen av nyttan av att bryta avtalet. Med beaktande av denna minuspost väljer parten det som ger högst nytta: avtalsbrott eller fullgörelse.

Även om ersättning enligt det positiva intresset ger parterna incitament till handlingar som maximerar den sammanlagda nyttan har det också nackdelar. Det tar till exempel inte hänsyn till parternas inställning till risk.²³ En annan nackdel är de transaktionskostnader som genereras i högre grad vid avtalsbrott än vid fullgörelse. Ersättning enligt det positiva intresset skapar visserligen inga transaktionskostnader *ex ante*, men däremot *ex post*.²⁴ Detta beror på att den skadelidande i en process (där skadeståndet ska beräknas enligt det positiva intresset) har bevisbördan för bland annat skadans storlek.²⁵ Även om domstolen enligt 35

21. Shavell, S. (1980), *Damage Measures for Breach of Contract*. Bell Journal of Economics, s. 478.

22. Här bortses från eventuella *endowment effects* som parterna kan tänkas ha, se till exempel Kahneman, D., Knetsch, J. L., och Thaler, R. H. (1990), *Experimental Tests of the Endowment Effect and the Coase Theorem*. Journal of Political Economy, s. 1325 ff.

23. Polinsky, A. M. (2011), *An introduction to law and economics*, s. 65.

24. För distinktionen mellan transaktionskostnader *ex ante* och *ex post*, se Williamson, O. E. (1985), *The economic institutions of capitalism: firms, markets, relational contracting*, s. 20 f.

25. För bevisbördans placering vid skadestånd för avtalsbrott, se till exempel Heuman, L. (2005), *Bevisbörda och beviskrav i tvistemål*, s. 319 f. och Nordh, R. (2019), *Praktisk process VII. Bevisrätt B: bevisbörda och beviskrav*, s. 93.

kap. 5 § rättegångsbalken kan uppskatta skadan till ett skäligt belopp, innebär denna prövning ytterligare en osäkerhetsfaktor för parterna.

Oavsett om tvisten ligger i allmän domstol eller i en skiljenämnd kommer en process att ta tid. Risken finns att domstolen trots fullt bifall till talan inte tillerkänner den vinnande parten ersättning för samtliga rättegångskostnader, alternativt att dessa inte kan betalas av den förlorande parten. Vidare finns risken att domstolen felvärderar det positiva intresset. Denna risk är dessutom högre ju mer svårvärderat det positiva intresset är. Det är mot bakgrund av dessa svårigheter samt de oundvikliga nackdelarna hos det positiva intresset som parterna kan använda avtalsvitet som ett sätt att på förhand reglera den ekonomiska ersättningen vid avtalsbrott. Använt på rätt sätt kan också avtalsvitet göra att parternas sammanlagda nytta ökar.

1.3 FORSKNINGSLÄGET

1.3.1 Rättsvetenskaplig forskning

Den rättsvetenskapliga forskningen av omedelbar betydelse för avhandlingen kan delas upp i två kategorier. Den ena har avtalsvitet som huvudfokus alternativt innehåller en mer omfattande framställning av det. Den andra behandlar större delar av avtals- eller obligationsrätten och som en del därav ett kortare avsnitt om viten.²⁶

26. Samma uppdelning förekommer också i nordisk litteratur. Här tas vitet upp mer omfattande av Karsten, O. (1903), *Om Konventionalstraffet*. Juridiska meddelanden. Notiser från rätts- och affärlifvet. N:o 9., s. 71 ff., Karsten, O. (1903), *Om konventionalstraffet (forts.)*. Juridiska meddelanden. Notiser från rätts- och affärlifvet. N:o 10., s. 81 ff., Hernberg, A. (1929), *Till frågan om avtalsvitets konstruktion*. Defensor legis: Suomen asianajajaliiton äänenkannattaja: organ för Finlands advokatförbund, s. 415 ff., Palmgren, G. (1937), *Kan borgenär fordra skadestånd utöver beloppet av utfäst avtalsvite?* Tidskrift utgiven av Juridiska föreningen i Finland, s. 766 ff., Hakulinen, Y. J. (1962), *Obligationsrätt. 1, Allmänna läror*, s. 199 ff., Taxell, L. E. (1972), *Avtal och*

I den första kategorin återfinns fyra framställningar med avtalsvitet som huvudämne: Martin Fehrs provföreläsning från 1913: *Om vitesbestämmelser i aftal enligt svensk rätt: en profföreläsning*, Lena Olsens avhandling från 1986: *Ersättningsklausuler: vite och andra avtalade ersättningar vid kontraktsbrott*, Lars Gorton och Per Samuelssons festskriftsartikel från 2005: *Kontraktuella viten samt Lotta Maunsbachs Avtalsviten – civilrättslig giltighet trots processuell ogiltighet?* från 2018. Därutöver förekommer kontraktuella viten som ett avsnitt i Per Olof Ekelöfs *Straffet, skadeståndet och vitet: en studie över de rättsliga sanktionernas verkningssätt* från 1942. Avslutningsvis behandlas avtalsvite vid dröjsmål av Per Samuelsson i monografen *Entreprenadavtal: särskilt om ändrade förhållanden* från 2011.

Fehr behandlar vitets innehåll och rättsverkningar enligt gällande rätt (det vill säga före avtalslagen). Utgångspunkten är vitets innebörd, vilken enligt honom fås genom att det tolkas mot bakgrund av parternas avsikt. Om någon sådan avsikt inte framgår måste allmänna regler istäl-

rättsskydd, s. 441 ff., Iversen, T. (2009), *Nogle bemærkninger om dagbøder* i Festskrift til Der Danske Selskab for Byggeret, s. 105 ff., Klami-Wetterstein, P. (2018), *Avtalsvite och dess funktioner i det avtalsrättsliga systemet – några anmärkningar från ett finskt perspektiv* i Nordiska förmögenhetsrättsdagarna, s. 167 ff. och Tørum, A. B. (2019), *Interpretation of commercial contracts*, s. 168 ff. medan Serlachius, J. (1902), *Lärobok i obligationsrättens allmänna del enligt finsk rätt*, s. 17 ff., Ussing, H. (1946), *Dansk obligationsret. Almindelig del*, s. 185 ff., Ussing, H. och Vinding Kruse, A. (1961), *Obligationsretten: almindelig del*, s. 163 ff., Arnholm, C. J. (1974), *Privatrett. 3, Almindelig obligasjonsrett*, s. 320 ff., Augdahl, P. (1978), *Den norske obligasjonsretts almindelige del*, s. 292 ff., Krüger, K. (1989), *Norske kontraktsrett*, s. 785 ff., Krüger, K. (1999), *Norsk kjøpsrett*, s. 482 ff., Hagstrøm, *Obligasjonsrett*, s. 671 ff., Gomard, B. och Iversen, T. (2011), *Obligationsret. D. 2*, s. 317 ff., Gomard, B., Godsk Pedersen, H. V., och Ørgaard, A. (2012), *Almindelig kontraktsret*, s. 203 ff., Bryde Andersen, M. och Lookofsky, J. (2015), *Lærebog i obligationsret 1. Ydelsen, beføjelser*, s. 428 f. samt Theilgaard, S., Amiri, A., och Jacobsen, T. (2017), *Købeloven: med kommentarer*, s. 461 ff. är exempel på kortare framställningar.

let tillämpas, varför Fehr gör en genomgång av dessa, främst med avseende på vitets förhållande till skadeståndet.²⁷ Han definierar också klausultypen, går igenom dess förhållande till ogiltiga huvudförpliktelser, giltigheten hos själva avtalsvitet samt frågor om jämkning.

Ekelöfs skrift fokuserar förvisso på vitet som en offentligrättslig påföljd (främst dess karaktär som tvångsmedel, och hur det offentligrättsliga vitet förhåller sig till böter) men han avslutar framställningen med en förhållandevis omfattande genomgång av det kontraktuella vitet. Han tar bland annat upp skillnaden mellan olika former av viten – straffviten respektive skadeståndsviten – beroende på belopp, hur avtalsvitets påverkar bevisbördans placering samt vilka effekter på parternas agerande som vitesbeloppet har.²⁸

Den tredje framställningen i denna grupp är Olsens avhandling. Hon presenterar den hittills mest omfattande framställningen av klausultypen, med hennes terminologi *ersättningsklausuler*. Med dessa menar Olsen »avtalsbestämmelser enligt vilka ett belopp, som antingen framgår direkt av klausulen eller kan beräknas på grundval av den, skall utgå vid kontraktsbrott» samt att det med vitesklausul avses »i princip detsamma som med begreppet ersättningsklausul». Senare breddas ersättningsklausuler till att också omfatta förverkande-, avdrags- och rabattklausuler.²⁹

Olsens avsikt är att klargöra i vad mån ersättningsklausulens syften påverkat dess tillämpning.³⁰ Hon ägnar även utrymme åt hur vitet regleras i andra rättssystem än de nordiska, och behandlar där bland annat den i *common law*-länderna förekommande skillnaden mellan *liquidated*

27. Fehr, *Om vitesbestämmelser*, s. 4 f.

28. Ekelöf, P. O. (1942), *Straffet, skadeståndet och vitet: en studie över de rättsliga sanktionernas verkningssätt*, s. 199 ff.

29. Olsen, *Ersättningsklausuler*, s. 22 ff.

30. A. a. s. 14.

damage clause och *penalty clause*.³¹ Hon tar även upp frågor om ersättningsklausulens ogiltighet, dess relation till ersättning enligt den dispositiva rätten samt jämkning.

Gorton och Samuelsson tar utöver grundläggande frågor om avtalsvitet, bland annat inom vilka kontraktstyper det förekommer, upp frågan om effektiva kontraktsbrott, som dessförinnan inte förekommit inom svensk juridisk litteratur. Författarna tar också upp förhållandet mellan vite och friköpsklausuler. Inkluderandet av det effektiva kontraktsbrottet gör att artikeln också delvis behandlar ekonomisk teori.³² Artikeln analyserar också användningen av vitet som en option till att underlåta fullgörelse och hur avtalet kan användas som ett redskap för att uppnå en välfärdsförbättring.³³

Några av dessa frågor återkommer Samuelsson till i monografin *Entreprenadavtal*: särskilt om ändrade förhållanden. Kapitlet om viten tar sin utgångspunkt i användningen av vite i AB 04, men Samuelsson tar också upp allmänna frågor om avtalsvitet, bland annat kravet på skada och om vite kan utgå oberoende av vårdslöshet från entreprenörens sida.³⁴ Han tar också upp vitets funktion, där funktionen ska förstås som något bredare än enbart dess rättsverkningar. Han analyserar där det som i korthet togs upp i *Kontraktuella viten*, det vill säga vite som substitut till fullgörelse i rätt tid. I denna inkluderas också ekonomiska resonemang.³⁵ Därefter följer en diskussion med utgångspunkt i vitet i AB 04. Avsnittet avslutas med en diskussion huruvida avtalsviten under vissa förutsättningar får en ansvarsbegränsande funktion samt om den

31. A. a. s. 43 ff. Se avsnitt 9.2 för en kortare redogörelse för distinktionens minskade betydelse i den angloamerikanska rätten.

32. Gorton och Samuelsson, *Kontraktuella viten*, s. 100 ff.

33. A. a. s. 78.

34. Samuelsson, P. (2011), *Entreprenadavtal: särskilt om ändrade förhållanden*, s. 221.

35. Gorton och Samuelsson, *Kontraktuella viten*, s. 100 och Samuelsson, *Entreprenadavtal*, s. 228.

tidigare uppfattningen att det inte går att friskriva sig från grov vårdslöshet alltjämt håller.³⁶

Avslutningsvis återfinns i Maunsbachs artikel från 2018 en processuell vinkel, som inte förekommer i någon av de tidigare framställningarna. Artikeln behandlar situationen där parterna har avtalat om regleringen av processrättsliga frågor, till exempel tvistlösningsform, talesrättsbegränsningar eller åberopandeförbud, där dessa ska vara bindande inte bara för parterna utan också för den domstol de är åberopade inför, och vad som händer om dessa är processrättsligt ogiltiga men är kopplade till ett civilrättsligt giltigt avtalsvite.³⁷

Bortsett från dessa mer omfattande framställningar nämns avtalsvitet i flertalet standardverk i den svenska avtals- och obligationsrätten. Som klausultyp nämns den redan av Nehrman, då som *wite* och *pœna conventionalis*.³⁸ Under andra halvan av 1800-talet förekommer korta uttalanden i olika civilrättsliga framställningar. Klausultypen kallas där i likhet med Nehrman för antingen *wite* eller *pactum de pœna conventionalis*.³⁹ I dessa verk beskrivs i korthet vad ett avtal om vite är och i vilka avtals typer det förekommer. I vissa fall innehåller framställningarna också en kort redogörelse för vitets förhållande till skadestånd enligt den dispositiva rätten.

36. Samuelsson, *Entreprenadavtal*, s. 259 ff. Denna del är numera delvis obsolet genom rättsfallet NJA 2017 s. 113, »Den övertagna överlåtelsebesiktningen».

37. Maunsbach, L. (2018), *Avtalsviten – civilrättslig giltighet trots processrättslig ogiltighet?* i Nordiska förmögenhetsrättsdagarna, s. 201 ff.

38. Nehrman, D. (1729), *Inledning til then swenska iurisprudentiam civilem, af naturens lagh och Sweriges rikets äldre och nyare stadgar uthdragen och vpsatt af David Nehrman. Med hans kongl. may:tz nådigsta privilegio*, s. 241 och 282.

39. Till exempel Schrevelius, F. (1857), *Lärobok i Sveriges allmänna nu gällande civilrätt. D. 2, Förmögenhetsrätten*, s. 685 och Olivecrona, K. (1862), *Förmögenhets rätt efter professor K. Olivecronas föreläsningar*, s. 686 f.

Under 1900-talet återkommer avtalsvitet i Alméns kommentarer till köplagen och avtalslagen.⁴⁰ Även Rodhe behandlar vitet i sin *Obligationsrätt* från 1956.⁴¹ Rodhe behandlar utöver de tidigare nämnda relationerna – ogiltighet och den utfyllande rätten – förhållandet mellan vitet och förverkandeklausuler. Under andra halvan av 1900-talet och in på 2000-talet har de kortare framställningarna om vite varit begränsade till en beskrivning av vad vitet är samt i vissa fall också en redogörelse för förhållandet mellan vitet och ersättning enligt det positiva intresset.⁴²

1.3.2 Ekonomisk forskning

Bortsett från Gorton och Samuelssons artikel och Samuelssons monografi saknas svenska framställningar om vitets ekonomiska effekter. Rättsekonomiska framställningar av svensk rätt finns förvisso, men dessa tar inte upp viten.⁴³ Däremot kan dessa, tillsammans med avhandlingar med ett rättsekonomiskt synsätt, ändå ge perspektiv på ämnet rättsekonomi samt fungera som exempel på hur ekonomi och juridik interagerar.⁴⁴

40. Almén och Eklund, *Kommentar till köplagen* (1960), s. 319 och Almén m. fl., *Lagen om avtal*, s. 139.

41. Rodhe, *Obligationsrätt*, s. 584 ff.

42. Se till exempel Ramberg, J. och Herre, J. (2016), *Allmän köprätt*, s. 232, Adlercreutz m. fl., *Avtalsrätt I*, s. 340 samt Ramberg och Ramberg, *Allmän avtalsrätt*, s. 279 f.

43. En sådan är Dahlman, C., Glader, M., och Reidhav, D. (2005), *Rättsekonomi: en introduktion*. I övriga Norden förekommer emellertid sådana, se till exempel Lando, H. (2014), *En retsøkonomisk analyse af købers ret til at hæve ved mangel*. Tidsskrift for Rettsvitenskap, s. 397 ff.

44. Se till exempel Samuelsson, P. (1991), *Information och ansvar: om börsholagens ansvar för bristfällig informationsgivning på aktiemarknaden*, Runesson, *Rekonstruktion av ofullständiga avtal*, Domeij, B. (1998), *Läkemedelspatent: patent på läkemedel i Europa ur ett rettsvetenskapligt och rättsekonomiskt perspektiv* och Söderström, R. (2017), *Sound banking*.

Ekonomisk teori och metod har – till skillnad från juridiken – universella anspråk. Det gör att i förhållande till ekonomisk forskning undviks många av de »översättningsproblem« som kan uppkomma vid användning av juridiskt material från andra nordiska länder. Istället kan ekonomisk teori tillämpas på svensk rätt förhållandevis friktionsfritt.

Bristen på svensk forskning och den stora mängden internationell forskning gör emellertid att avhandlingen får en annan relation till befintlig ekonomisk forskning jämfört med dess relation till befintlig rättsvetenskaplig forskning. Istället för att fungera som utgångspunkt för en vidare framställning används den ekonomiska forskningen genom att dess modeller, med vissa mindre justeringar, appliceras på svensk förmögenhetsrätt och därmed kompletterar den rättsvetenskapliga kunskapen om avtalsviten. Några anspråk på att utveckla de ekonomiska modellerna görs däremot inte i avhandlingen.

Vid en sådan användning och mot bakgrund av ekonomisk teoris universella anspråk gäller det att säkerställa att termer som används i de ekonomiska framställningarna har samma innebörd som de har inom svensk rätt. Detta får särskild relevans i detta fall, eftersom den ekonomiska teori som används är – med ett fåtal undantag – hämtad från internationella framställningar.

Detta kan exemplifieras med den dispositiva rättens ersättning enligt det positiva intresset. I fråga om beräkningen av skadestånd vid avtalsbrott finns ett omfattande ekonomiskt material. När detta används i avhandlingen måste emellertid säkerställas att det i internationella ekonomiska sammanhang vedertagna *expectation interest* är identiskt med det positiva intresset, så som det används inom svensk förmögenhetsrätt.

I ett äldre engelskt rättsfall förklaras enligt vilken princip skadeståndet ska beräknas. Enligt denna gäller att »where a party sustains loss by reason of a breach of contract, he is, so far as money can do it to be placed in the same situation, with respect to damages, as if the contract

had been performed». ⁴⁵ En liknande formulering – »to put the plaintiff in as good a position as he would have been in had the defendant kept his contract» – förekommer i senare amerikanska framställningar. ⁴⁶ Vidare kan tas som exempel hur detta formuleras i en kontraktsteoretisk framställning, att »the defaulting party pays an amount that puts the other party in the position he would have been in had the contract been performed». ⁴⁷

Dessa formuleringar måste i sin tur jämföras med hur det positiva intresset definieras i svenska framställningar. Vid en sådan jämförelse är det emellertid tydligt att definitionerna är identiska. Det positiva intresset »betyder att motparten ska försättas i samma ekonomiska läge som om han kunnat göra rättshandlingen gällande mot huvudmannen» respektive att det innebär att »försätta den part som utsatts för avtalsbrottet i samma ekonomiska läge som han skulle ha varit om riktig fullgörelse hade skett». ⁴⁸

Den forskning som används är inte inriktad mot vitet, utan behandlar främst olika beräkningsgrunder för skadestånd vid avtalsbrott. ⁴⁹ De slutsatser som nås genom användning av ekonomisk teori och modeller kan emellertid appliceras på vitet och dess belopp, och det är på detta sätt som forskningen kommer till användning i avhandlingen.

Utöver den omfattande »rena» ekonomiska forskningen finns det också en stor mängd internationell rättsekonomisk forskning, det vill

45. Robinson v. Harman (1848) 1 Ex. Rep. 850.

46. Williston, S. och Thompson, G. J. (1937), *A treatise on the law of contracts*. Vol. V., s. 3763.

47. Shavell, *Damage Measures for Breach of Contract*, s. 471. Se även Posner, R. A. (2014), *Economic analysis of law*, s. 130 f. och Cooter, R. och Ulen, T. (2016), *Law and Economics*, s. 309 för nutida formuleringar.

48. Adlercreutz m. fl., *Avtalsrätt I*, s. 250 f. och Ramberg och Ramberg, *Allmän avtalsrätt*, s. 243.

49. Ett undantag är Goetz och Scott, *Liquidated Damages*, s. 554 ff.

säga studier av rättsreglernas ekonomiska effekter.⁵⁰ Men de rättsregler som utgör forskningsföremålet för dessa undersökningar är i allmänhet nationella, vilket gör att deras slutsatser har för avhandlingens del ett begränsat användningsområde.⁵¹ Om undersökningen riktas mot luckor i den nationella rättsordningen är problemet istället att luckorna i allmänhet är nationellt betingade. Däremot kan resultaten, om man är medveten om förutsättningarna, likväl användas även för svenskt vidkommande. De problem med ineffektiva regler som finns i en annan rättsordning skulle ju mycket väl kunna existera också här. Och på samma sätt kan andra, mer effektiva regler som förespråkas i en annan rättsordning få motsvarande nyttoökande effekter i en svensk kontext.

50. Som exempel på rättsekonomiska framställningar kan nämnas Shavell, S. (2004), *Foundations of economic analysis of law*, Cooter och Ulen, *Law and Economics* och Posner, *Economic analysis of law*.

51. Två exempel på sådana framställningar är Ayres, I. och Gertner, R. (1989), *Filling Gaps in Incomplete Contracts: An Economic Theory of Default Rules*. The Yale Law Journal, s. 87 ff. och Schwartz, A. och Scott, R. E. (2003), *Contract Theory and the Limits of Contract Law*. The Yale Law Journal, s. 541 ff. Se även Clarkson, K. W., Miller, R. L., och Muris, T. J. (1978), *Liquidated Damages v. Penalties: Sense or Nonsense*. Wisconsin Law Review, s. 351 ff., Rea, S. A. (1984), *Efficiency Implications of Penalties and Liquidated Damages*. The Journal of Legal Studies, s. 147 ff., Hillman, R. A. (1999), *Limits of Behavioral Decision Theory in Legal Analysis: The Case of Liquidated Damages*. Cornell Law Review, s. 717 ff. och Wilkinson-Ryan, T. (2010), *Do Liquidated Damages Encourage Breach? A Psychological Experiment*. Michigan Law Review, s. 633 ff. för rättsekonomiska framställningar av avtalsviten från ett angloamerikanskt perspektiv.

I.4 MATERIAL

I.4.1 Juridiskt material

I den del av arbetet där rättsverkningarna av överträdelse av avtalsvitets huvudförpliktelse analyseras använder jag mig i första hand av de *auktoritativa källorna*, det vill säga lag, förarbeten och prejudikat.⁵² Rättskällornas behandling av vitet är emellertid begränsad. Lagbestämmelser saknas, sedan den tidigare 36 § avtalslagen upphävdes. Dock görs i Generalklausulutredningen från 1976 vissa uttalanden som har bäring också på viten. Utredningen behandlar mestadels allmänna frågor om jämkning, men eftersom dess förslag innebar att den dåvarande 36 § om avtalsviten togs bort, kom utredningen även in på frågor om viten.⁵³

Studien av avtalsvitets rättsverkningar och effekter görs i största möjliga mån oberoende av avtalstyp.⁵⁴ Det ska således i princip inte vara någon skillnad i rättsverkningar om avtalsvitet förekommer i en viss avtalstyp jämfört med om det förekommer i en annan avtalstyp eller ingen avtalstyp alls. Samtidigt går det inte att bortse från att köplagen är den centrala lagstiftningen för många av de frågor som avhandlingen tar upp. Relationen mellan köplagen och olika avtalstyper måste därför klargöras. Denna kompliceras av att målsättningen med den nya köplagen – till skillnad från den gamla – inte var att utgöra en kodifikation av den allmänna kontraktsrätten.⁵⁵

52. Se Dahlman, C. (2019), *Begreppet rättskälla* i Juridiska grundbegrepp: en vänbok till David Reidhav s. 57 ff. för vad som menas med rättslig auktoritet.

53. SOU 1974:83. Generalklausul i förmögenhetsrätten, s. 125.

54. Arvidsson, N. (2010), *Aktieägaravtal: särskilt om besluts- och överlåtelsebindningar*, s. 213 ff.

55. Regeringens proposition 1988/89:76. Ny köplag, s. 23 f.

Emellertid har köplagens betydelse ökat sedan dess ikraftträdande. Till exempel uttalade Högsta domstolen nyligen att när ledning ska sökas i allmänna obligationsrättsliga principer och vad som gäller för närliggande avtalstyper har köplagen sitt särskilda intresse, även om det i förhållande till (i det fallet) entreprenadavtal »måste beaktas att det rör sig om två olika avtalstyper och att det vid tolkningen av vissa villkor kan finnas anledning att särskilt beakta entreprenadavtalets speciella drag».⁵⁶

För avhandlingen är relationen mellan avtalsvitet och den dispositiva rättens ersättning för ren förmögenhetsskada centralt. Den dispositiva rättens regel innebär ersättning enligt det positiva intresset. Det positiva intresset utgör också den ersättningsform som används i de ekonomiska modeller som tillämpas i avhandlingen, och är också en vanligt förekommande ersättningsform internationellt. Samtidigt uppvisar det positiva intresset och dess motsvarande regler i köplagen, främst 67 §, betydande skillnader.⁵⁷ Denna skillnad ska emellertid inte överdrivas, utan det finns numera en vedertagen uppfattning att köplagens regler om skadestånd till stora delar är desamma som de i den allmänna avtalsrätten.⁵⁸

56. NJA 2014 s. 960, »Det Andra Bolaget«, p. 24.

57. Den senare uppdelningen mellan direkt och indirekt förlust har fått omfattande kritik, se till exempel Herre, J. (1996), *Ersättningar i köprätten: särskilt om skadeståndsberäkning*, s. 682 ff., Kleineman, J. (1996), *Indirekt skada och frågan om behovet av en köplagsreform* i Festskrift till Jan Ramberg, s. 377 ff., Leffler, T. (1996), *Utgifter, kostnader, utlägg - vad är detta för slags gråsparvar?* Juridisk tidskrift vid Stockholms universitet, s. 1227 ff. och Sandvik, B. (2014), *Finns det en allmän avtalsrättslig princip om kontrollansvar? Rättsutvecklingen i Finland*. Juridisk Tidskrift vid Stockholms universitet, s. 391 (där den sistnämnda också kommenterar den svenska rättsutvecklingen).

58. Se till exempel Kihlman, J., Munukka, J., och Svensson, O. (2017), *Köplagen: en kommentar*, s. 592.

Vad gäller praxis har jag valt att inte inkludera några notisfall från Högsta domstolen så som Olsen gör i sin avhandling.⁵⁹ Mängden praxis som behandlar avtalsviten blir därför, sett till antalet fall, begränsad. Överträdelse av avtalsvitets huvudförpliktelser aktualiserar emellertid också frågor av mer allmän karaktär, och i dessa frågor finns det praxis från Högsta domstolen. Denna praxis används antingen direkt, givet att en analys av rättsfallet visar att den regel som följer av prejudikatet kan tillämpas också på avtalsviten, eller indirekt, genom att använda de bakomliggande principer som kan härledas från rättsfallen.⁶⁰

Den doktrin som behandlar vitet används i avhandlingen på ett likartat sätt: genom hänvisning till andras framställningar bildas utgångspunkten för mina egna argument. Denna användning förutsätter att doktrinuttalandena rör frågor där rättskällorna inte ger något svar eller vars svar är otydliga. Men så är också fallet i många av de frågor som vitet aktualiserar, varför doktrinen med dess möjlighet till abstraktion och systematisering, oavsett om den inte räknas som en auktoritativ rättskälla, fyller en funktion.

Vid mer allmänna frågor som avtalsvitet aktualiserar kommer jag att använda nordisk litteratur. Exempel på sådan användning är förhållandet mellan tolkning och utfyllning samt diskussioner om det negativa intresset. Båda dessa diskussioner har främst förts inom dansk respektive

59. Olsen redogör för det problematiska i användningen av notisfall samt den dåvarande delade bilden av deras värde, se Olsen, *Ersättningsklausuler*, s. 15 f. Notisfallens användning och deras prejudikatsvärde har också redogjorts för av Ramberg, C. (2017), *Prejudikat som rättskälla i förmögensrätten*, s. 272 ff. och Ramberg, C. m. fl. (2018), *Rättskällor: en introduktion i kritiskt tänkande*, s. 36, enligt vilka bilden alltjämt är delad.

60. Westberg, P. (2000), *Prejudikattolkningens ABC* i Normativa perspektiv: festskrift till Anna Christensen, s. 609 diskuterar förhållandet mellan den i prejudikatet uttryckta normen och de skäl som denna bestäms av. Se även Ramberg, *Prejudikat som rättskälla i förmögensrätten*, s. 161 ff. och Zetterquist, O. (2019), *Begreppet prejudikat* i Juridiska grundbegrepp. Vänbok till David Reidhav, s. 173.

norsk rätt, men där båda kan appliceras även på svenska förhållanden (vilket också har gjorts efterhand).⁶¹

I fråga om användning av nordiskt material i förmögenhetsrättsliga framställningar brukar ett vanligt anfört skäl vara den gemensamma avtals- och köplagstiftningen.⁶² Även inom andra rättsområden förekommer argument som bygger på likheter mellan lagstiftningen.⁶³ Till exempel ansåg Hagström att »retten i de øvrige nordiske land kan og bør tillegges betydning som rettskilde i norsk rett».⁶⁴ Problemet med en sådan användning av avtalsvitet är emellertid att vitet är en produkt av avtalsfriheten snarare än av en gemensam nordisk lagstiftning. Den svenska »retten» att användas som rättskälla i norsk rätt, behöver därför inte nödvändigtvis ha några gemensamma drag med den norska. Det gör att den gemensamma bakgrunden inte har den betydelse som den

61. Exempel på detta är Ussing, H. (1950), *Aftaler paa formuerettens omraade*, s. 432 och hans resonemang om tolkning och utfyllning, vilket återges av bland annat Vahlén, L. (1960), *Avtal och tolkning*, s. 193 och Adlercreutz, A. och Gorton, L. (2010), *Avtalsrätt II*, s. 15 samt den redogörelse för ersättningsposterna i det negativa intresset som görs av Brækhus, S. (1947), *En analyse og vurdering av den såkalte negative kontraktinteresse i nordisk kontraktrett*. Tidsskrift for rettsvitenskap, s. 521 och som återkommer hos Herre, *Ersättningar i köprätten*, s. 305 ff. samt i NJA 2012 s. 1095, »Överförmyndaren», p. 17 ff.

62. Wilhelmsson, T. (1985), *Den nordiska rättsgemenskapen och rättskälleläran*. Tidsskrift for Rettsvitenskap, s. 181 ff. är ett äldre exempel på en diskussion om det nordiska materialets ställning som rättskälla.

63. Se till exempel Herre, J. (2018), *Användningen av utländsk rätt i Högsta domstolen på det förmögenhetsrättsliga området* i Festskrift til Mads Bryde Andersen, s. 203 ff., Herre, J. (2018), *Obligationsrätt i Norden – nuläge och utmaningar*. Tidsskrift for Rettsvitenskap, s. 272 ff. och NJA 2018 s. 653, »De ingjutna rören», p. 37 ff. som hänvisar till dansk och norsk litteratur samt att »i ljuset av den nordiska rättsgemenskapen på området» ett betydande stöd för ett visst innehåll i såväl den dispositiva rätten som i ABT 94.

64. Hagström, *Obligationsrett*, s. 88. Även Ramberg och Herre, *Allmän köprätt*, s. 22 betonar den tidigare gemensamma köplagstiftningen. Adlercreutz m. fl., *Avtalsrätt I*, s. 52 anger att på grund av den nordiska rättsgemenskapen är avtalsrättsliga framställningar från de andra nordiska länderna av särskilt intresse.

har i andra frågor, till exempel sådana som uttryckligen är reglerade i respektive lands avtals- eller köplag.

Samtidigt går det inte att undvika att innehållet i de framställningar om avtalsviten som förekommer i övriga nordiska länder starkt påminner om de svenska. Medveten om de grunder som respektive framställning bygger på kommer jag därför att i den mån de är relevanta, också använda nordiska framställningar.

De delar av den svenska förmögenhetsrätten som aktualiseras i avhandlingen är i begränsad mån påverkad av gemenskapsrättsliga regler. Emellertid förekommer viss lagstiftning i form av förordningar, i vilka det förekommer tvingande schablonersättningar vid avtalsbrott. Dessa förekommer till exempel i transporträttsliga sammanhang, såväl gemenskapsrättsligt som implementerade i nationell lagstiftning.⁶⁵ Dessa bestämmelser uppvisar uppenbara likheter med avtalsvitet. Ersättning föreskrivs med på förhand bestämda belopp, vilka utgår vid olika former av avtalsbrott. Avtalsbrotten kan här vara av olika slag, där till exempel förseningar i allmänna transporter är ett sådant avtalsbrott.⁶⁶

65. Se till exempel Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 261/2004 av den 11 februari 2004 om fastställande av gemensamma regler om kompensation och assistans till passagerare vid nekad ombordstigning och inställda eller kraftigt försenade flygningar och om upphävande av förordning (EEG) nr 295/91, Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 1371/2007 av den 23 oktober 2007 om rättigheter och skyldigheter för tågresenärer, Europaparlamentets och rådets förordning (EU) nr 1177/2010 av den 24 november 2010 om passagerares rättigheter vid resor till sjöss och på inre vattenvägar och om ändring av förordning (EG) nr 2006/2004 samt Europaparlamentets och rådets förordning (EU) nr 181/2011 av den 16 februari 2011 om passagerares rättigheter vid busstransport och om ändring av förordning (EG) nr 2006/2004. Se även de allmänna framställningarna från Sisula-Tulokas, L. (2015), *EU-rättens schablonkompensation till flygpassagerare*. Lov og Rett, s. 206 ff. och Sisula-Tulokas, L. (2015), *En »ny« påföljd i nordisk avtalsrättslig lagstiftning?* Lov og Rett, s. 305 ff.

66. Förordning (EG) nr 261/2004, artikel 7. Se även ellagen, 10 kap. 10 – 12 §§, som föreskriver en liknande ersättningsform.

Dessa avtalsbrottpåföljder blir en del av avtalet genom att de är tvingande till konsumentens eller motsvarandes förmån. Tillämpningen av dessa regler gör att enskilda kan få ersättning enligt grunder som påminner om avtalsvitet, utan att de behöver inkludera detta i det enskilda avtalet.

Rättspraxis från EU-domstolen kommer i begränsad mån att användas. När så sker görs det i förhållande till åsidosättande av sådana oskäligen avtalsvillkor som faller under tillämpningsområdet för rådets direktiv 93/13/EEG av den 5 april 1993 om oskäligen villkor i konsumentavtal. Eftersom konsumentrelationer i regel faller under avhandlingens avgränsningar, kommer dessa frågor inte ges något större utrymme.

1.4.2 Ekonomiskt material

Det material som används för framställningen av ekonomisk teori och analys är med ett fåtal undantag amerikanskt. Materialet består av både monografier och artiklar, och kan – mot bakgrund av dess användning – delas in i två grupper. Den första utgörs av dels böcker som tar upp grundläggande mikroekonomisk teori, dels de som har en rättsekonomisk ansats. Dessa används företrädesvis i kapitel 2, och då både i fråga om deskriptiv och normativ tillämpning av ekonomisk teori och analys.

Den andra gruppen består främst av framställningar av olika beräkningsgrunder för det kontraktuella skadeståndet vid avtalsbrott och består både av artiklar och av böcker. Dessa kommer att användas i den deskriptiva redogörelsen för de modeller som tillämpas i avhandlingen.

Den begränsade mängden använt material jämfört med utbudet väcker rimligen frågor om hur urvalet har skett. Detta gäller särskilt eftersom det är ett forskningsområde som ligger vid sidan om avhandlingsämnet. Dess perifera ställning jämfört med huvudämnet gör att möjligheten att gå igenom detta slags material är begränsad. I fråga om de enskilda artiklar som används frekvent är urvalet gjort mot bakgrund

av artiklarnas innehåll. Artiklarna innehåller modeller som kan användas för att uppnå syftet med avhandlingens ekonomiska delstudie av avtalsvitet. Artiklarna är dessutom publicerade i högt rankade tidskrifter inom sitt område och citeras i ett stort antal framställningar.⁶⁷

De artiklar som har en mer exemplifierade eller för frågan nyanserande funktion har valts utifrån vilka tidskrifter de förekommer i och vem eller vilka som är författare. Mot bakgrund av den stora mängd tidskrifter och artiklar inom den ekonomiska forskningen har jag medvetet valt artiklar från tidskrifter som har en hög *impact factor* enligt *Journal Citation Reports* och vars artiklar har många *citations*.

1.5 AVGRÄNSNINGAR

Avhandlingens huvudämne är avtalsvitet i kommersiella sammanhang. Därigenom utesluts till stor del viten i konsumentrelationer, och deras förhållande till tvingande regler i olika delar konsumentlagstiftningen. Fokus på avtalsvitet gör att offentlighetsrättsliga viten, bland annat sådana som förekommer i lag (1985:206) om viten, inte kommer att undersökas och att den litteratur som finns kring det offentliga vitet inte kommer att användas. En motsvarande avgränsning förekommer dessutom i litteraturen om det offentliga vitet. Till exempel skriver Lavin att med vite menas allmänt sett »ett penningbelopp, som i ett individuellt beslut av domstol eller annan myndighet i förväg bestämmes som påföljd för eventuell olydnad mot beslutet«. Denna definition utesluter bland annat avtalsvite, vilket »därför i det följande lämnas åsido«.⁶⁸ Jag kommer inte

67. Denna företeelse, på engelska *citations*, visar hur många gånger artikeln har blivit citerad av andra artiklar. Som exempel kan tas Shavells *Damage Measures for Breach of Contract* som sedan den kom ut 1980 har citerats av 700 andra framställningar (per den 15 augusti 2019). Detta kan i sin tur jämföras med Einstein, A., Podolsky, B., och Rosen, N. (1935), *Can Quantum-Mechanical Description of Physical Reality Be Considered Complete?* *Physical Review*, s. 777 ff. som per samma datum blivit citerad 17 815 gånger.

68. Lavin, R. (1975), *Vitesföreläggandets adressat*, s. 6.

heller att ta upp de kontrollavgifter som lagen (1977:67) om tilläggsavgift i kollektiv persontrafik eller lagen (1976:206) om felparkeringsavgift, trots att dessa har vissa likheter med avtalsvitet.⁶⁹

Inte heller viteskombinerade förbud i dispositiva tvistemål kommer att ägnas något utrymme, även om dessa till vissa delar – särskilt med beaktande av deras påstådda incitamentseffekter – påminner om det slags avtalsviten som står i centrum för avhandlingen.⁷⁰ Inte heller de påbud som med stöd av rättegångsbalken kan dömas ut kommer att behandlas. Av samma anledning kommer inte heller redogöras för de vanligt förekommande viten som ska dömas ut av Marknadsdomstolen när den meddelar förbud mot viss marknadsföring.

Avtalsvitet och dess användning gör att det kommer i kontakt med en rad centrala förmögenhetsrättsliga teman, till exempel ogiltighet, avtalsbrott och både inom- och utomkontraktuell vårdslöshet. Att i en avhandling om avtalsviten utförligt redogöra även för dessa är orealistiskt. Samtidigt utgör dessa teman en ofrånkomlig del av de rättsverkningar som uppkommer vid överträdelse av avtalsvitets huvudförpliktelse. Med det uttryckliga syftet att presentera en samlad bild av dessa rättsverkningar har jag varit tvungen att göra vissa förenklade antaganden, för att därefter visa hur avtalsvitet påverkar eller påverkas av dessa.

Avhandlingen tar till exempel återkommande upp skillnaden mellan tolkning och utfyllning. Detta gör att gränsen mellan tolkning och utfyllning aktualiseras. Men jag kommer inte som en del därav att särskilt studera tolkningen av avtalsviten. Detta innebär att jag inte kommer

69. Se till exempel Högsta domstolens dom den 23 maj 2019 i mål nr T 3536-18, »Resenären utan ID-handling«, p. 7, där domstolen påpekar likheten som finns mellan å ena sidan detta slags mål och mål enligt lagen (1984:318) om kontrollavgift vid olovlig parkering och å andra sidan tvistemål. Se även Flodgren, B. (2019), *Felparkeringsrätt – hellre fälla än fria?* Juridisk Tidskrift vid Stockholms universitet. JT net 2018–19, s. 48 ff.

70. Se till exempel Westberg, P. (2004), *Det provisoriska rättsskyddet i tvistemål: en funktionsstudie över kvarstad och andra civilprocessuella säkerhetsåtgärder. Bok 1*, s. 90.

göra någon undersökning av hur tolkningen specifikt av avtalsviten genomförs, till exempel genom att specialstudera om särskilda tolkningsdata som existerar vid tolkningen av avtalsviten eller om det finns en särskilt hierarki av tolkningsregler just för avtalsviten. Däremot kan frågan uppkomma om avtalsvitet kan tolkas i enlighet med befintliga tolkningsregler. Andra frågor som på motsvarande sätt inte ägnas något omfattande utrymme är frågor kring ogiltighet och vad som konstituerar avtalsbrott.

1.6 DISPOSITION

Avhandlingen är indelad i tretton kapitel med denna inledning som kapitel 1. Därefter följer kapitel 2, som redogör för den rättsdogmatiska metoden, samt hur denna förhåller sig till den tillämpning av ekonomisk teori och analys (den ekonomiska metoden) som görs i avhandlingen. I kapitel 2 kommer jag också gå igenom grundläggande drag hos den neoklassiska ekonomin och dess föreställning om rationellt beteende. I kapitel 3 redogör jag för vilka egenskaper en förpliktelse ska ha för att räknas som ett avtalsvite. Jag kommer där också att gå igenom vad min definition får för effekter, särskilt i förhållande till vissa problem som tidigare framställningar av avtalsviten diskuterat. Avtalsvitet återkommer i kapitel 4, där villkoren för att dess betalningsförpliktelse ska aktualiseras – och därmed uppkomsten av en vitesfordran – går igenom. Kapitlet innehåller också en redogörelse för situationer när avtalsvitets huvudförpliktelse överträds, men där det inte uppkommer någon vitesfordran. I kapitel 5 tas upp sådana klausultyper som påminner om avtalsvitet och i tidigare framställningar oftast förekommer tillsammans med det, men av olika anledningar inte räknas som avtalsviten i avhandlingen.

I kapitel 6 redogör jag för beräkningen av det positiva respektive det negativa intresset. Även tillämpningsområdet för dessa går igenom, där det särskilt kommer att argumenteras för en utökad användning av det

negativa intresset. Kapitlet är inte en heltäckande bild av dessa ersättningsformer, utan är begränsat till sådana frågor som är relevanta i relation till avtalsvitet. Det efterföljande kapitel 7 tar upp konsekvenserna av förekomsten av ett avtalsvite kopplat till en ogiltig huvudförpliktelse. Kapitel 8 redogör för förhållandet till den dispositiva rättens avtalsbrottspåföljder, främst i förhållande till skadestånd enligt det positiva intresset. Även förhållandet till andra avtalsbrottspåföljder kommer att analyseras. Den rättsdogmatiska delen avslutas med kapitel 9, om jämkning av avtalsviten samt en redogörelse av reglerna för jämkning av avtalsviten och ansvarsbegränsningar.

I de nästföljande två kapitlen appliceras ekonomisk teori i en viteskontext. Kapitel 10 inleds med en deskriptiv framställning av de ekonomiska effekterna av olika skadeståndsberäkningar samt hur parterna agerar givet ett visst avtalsinnehåll. Här ligger fokus på att förklara vilka konsekvenser avtalsvitet får för parternas agerande, riskfördelning och transaktionskostnader samt hur användningen av vitet gör att dessa skiljer sig åt jämfört med vad som hade gällt enligt den dispositiva rätten. I kapitel 11 föreskriver jag hur vitet bör användas för att parternas sammanlagda nytta ska maximeras. Avhandlingen avslutas med en svensk respektive engelsk sammanfattning i kapitel 12 och 13.

2 TEORI OCH METOD

2.1 INLEDNING

ATT UPPNÅ AVHANDLINGENS två syften aktualiserar vissa svårigheter. Svårigheterna ligger dels i de olika syftenas karaktär där respektive syfte bygger på en egen metod, dels i hur metoderna ska integreras. Det rättsvetenskapliga syftet är – mot bakgrund av att detta är en avhandling i juridik – emellertid överordnat det ekonomiska. Därför sätter den rättsdogmatiska metoden, så som den beskrivs nedan, gränserna för hur ekonomisk teori och analys tillämpas.⁷¹

Dogmatik och dogmatisk har i vissa sammanhang en negativ klang, illustrerande en okritisk inställning till vissa utvalda auktoriteter och deras kompetens att fastslå *dogmer*. Dogmer är med denna betydelse trossatser eller sanningar som utan vidare prövning ska anses såsom giltiga eller normerande och dogmatike(r)ns uppgift är att systematisera dessa.

Den ursprungliga betydelsen av en dogmatiker är emellertid en annan. Diogenes delade på 200-talet upp filosofer i två kategorier: *dogma-*

71. Jfr Iversen, T. (2000), *Erstatningsberegning i kontraktsforhold: et bidrag til undersøgelsen af de i dansk ret gældende principper for erstatningsberegning i kontraktsforhold med særlig henblik på ikke-opfyldelse af aftaler om køb, leje og entreprise*, s. 23, att det saknas anledning att redogöra för vad som närmare ligger i den traditionella rättsdogmatiska metoden, eftersom »[d]en anførte metode genkender man, når man ser den«.

tiker och *skeptiker*. Dogmatikern gör, till skillnad från en skeptiker, anspråk på att säga något om det som är.⁷² Dogmatikern ställer upp läro-satser, skeptikern river ner dem och detta är alltså den egentliga in-nebörden i dogmatik.⁷³

Avhandlingens rättsdogmatiska metod bygger på en *rättspositivistisk* syn på rättsordningen, där rättsnormer utgör ett särskilt slags sociala fakta. Rättsnormerna härleds från en viss uppsättning rättskällor.⁷⁴ Utan att föregripa vad som utgör en rättskälla ska redan nu konstateras att ekonomisk teori inte gör det. Samtidigt kommer rättsliga frågor, förvisso i en begränsad del av avhandlingen, att besvaras med stöd av just ekonomisk teori. Rättsordningens förhållande till detta slags fak-torer av betydelse för utgången i målet (enligt vad som förespråkas) måste därför klargöras. Detta innebär att redogörelsen för den rättsdog-matiska metoden i dessa delar också innebär en redogörelse för ett slags *metametod*, en metod för hur rättsdogmatisk metod och användningen av ekonomisk teori förhåller sig till varandra.

Tillämpningen av ekonomisk teori görs i tre steg relativt avhand-lingstemat. De två första stegen – den *deskriptiva* tillämpningen – beskri-ver givet vissa förutsättningar (1) vitets effekter och varför det har dessa effekter samt (2) vad som händer om en eller flera av de givna förutsätt-ningarna förändras. Därefter kan (3) *normativa* utsagor göras. Dessa görs mot bakgrund av att vitet bör användas för att maximera summan av avtalsparternas nytta. Den utformning av vitesklausulen som maxime-rar denna summa är således det som kommer att förespråkas.

72. Diogenes, L. (2016 (urspr. publ. ca 200 e. Kr.)), *Berömda filosofers liv och läror*, s. 16. Grekiskans δόγμα (*dogma*, pl. *dogmata*) betyder mening, beslut, påbud eller lärosats.

73. Samuelsson, J. (2019), *Rättsvetenskapens vetenskaplighet* i Vänbok till Lena Olsen, s. 230, not nr 65.

74. Se till exempel Dahlman, C. (2019), *Begreppet rättskälla* i Juridiska grundbe-grepp: en vänbok till David Reidhav s. 57 ff.

2.2 RÄTTSDOGMATISK METOD

2.2.1 Rättskällor

Avhandlingens rättspositivistiska syn innebär att ett materials status som rättskälla är beroende av dess ursprung, och inte dess innehåll. Rättspositivismen förekommer i olika varianter, men har gemensamt i vart fall två inslag: *the Weak Social Fact Thesis* och *the Separability Thesis*.⁷⁵

Det första innebär att huruvida rätten existerar är en fråga om sociala fakta.⁷⁶ Vilka dessa sociala fakta är har varierat över tid. I de tidiga varianterna var den sociala faktan den styrande (*the will of the sovereign in a state*).⁷⁷ Under 1900-talet är den dominerande bilden istället att den sociala faktan är en abstrakt regel.⁷⁸

Det andra innebär att rätt och moral är skilda saker.⁷⁹ Vad som konstituerar skillnaden beror på framställning, men bland annat framgår att kopplingen mellan rätt och moral i vissa fall inte är nödvändig och i andra fall omöjlig.⁸⁰

75. Se till exempel Sevelin, E. (2017), *Facts in the law: the law/fact distinction in the legal positivistic concept of law*, s. 61 och Spaak, T. (2018), *Rättspositivism och juridisk metod i Juridisk metodlära*, s. 55 f.

76. Sevelin, *Facts in the law*, s. 72 med hänvisning till bland annat Raz, J. (2009), *The Authority of Law – Essays on Law and Morality*, s. 37.

77. Bentham, J. (1970, urspr. publ. 1782), *Of laws in general*, s. 18 och Austin, J. (1995, urspr. publ. 1832), *The province of jurisprudence determined*, s. 165.

78. Två kända exempel är Harts *Rule of Recognition* och Kelsens *Grundnorm*. Se Hart, H. L. A. (1961), *The concept of law*, s. 97 ff. och Kelsen, H. (2008), *Den rena rättsläran*, s. 233 ff.

79. Se till exempel Himma, K. E. (2002), *Inclusive Legal Positivism* i Oxford Handbook of Jurisprudence and Legal Philosophy, s. 135.

80. Austin, *The province of jurisprudence determined*, s. 184 och Sevelin, *Facts in the law*, s. 87.

En stor del av avhandlingen består av en redogörelse och analys av rättsverkningar som aktualiseras vid överträdelse av avtalsvitets huvudförpliktelse. Att det uppstår en rättsverkan förutsätter tillämpningen av en rättsnorm. En *rättsnorm* är en norm med ursprung i en *rättskälla*. Genom ursprunget i en rättskälla har dessa normer *rättslig auktoritet*.⁸¹

Klassificeringen av ett material som rättskälla avgörs av en konstitutiv norm, vars rättsverkan är att något erhåller en viss *rättslig status*. Detta innebär att materialet får statusen »rättskälla».⁸² Detta slags norm kallas *erkänningsregel*. Att lagar har status som rättskälla bygger således på att det finns en erkänningsregel (av flera) vars rättsverkan är just att lagar innehar statusen rättskälla. Av samma resonemang följer att i avhandlingen räknas prejudikat och förarbeten också som rättskällor medan doktrinuttalanden inte gör det.⁸³

Erkänningsreglerna varierar mellan rättsordningarna. För svenskt vidkommande saknas lagfästa erkänningsregler. Istället följer de av *sociala konventioner* (sedvanor) inom ett visst *aktörskollektiv*. Genom kopplingen till ett visst aktörskollektiv – i detta fall jurister i allmänhet – framgår också erkänningsreglernas sedvanerättsliga karaktär. Det är i sin tur dessa sedvanor som utgör de sociala fakta som konstituerar en erkänningsregel. Det relevanta aktörskollektivet följer sedvanorna eftersom andra aktörer gör det.⁸⁴

81. Dahlman, *Begreppet rättskälla*, s. 57.

82. Dahlman, C. (2010), *Rätt och rättfärdigande: en tematisk introduktion i allmän rättslära*, s. 40. Se också Strömholm, S. (1996), *Rätt, rättskällor och rättstillämpning: en lärobok i allmän rättslära*, s. 318.

83. Jfr emellertid Kleinman, J. (1995), *Till frågan om rättsvetenskapen som omedelbart verkande rättskälla*. Juridisk Tidskrift vid Stockholms universitet, s. 621, Kleinman, J. (2018), *Rättsdogmatisk metod i Juridisk metodlära*, s. 21 och Ramberg, C. m. fl. (2018), *Rättskällor: en introduktion i kritiskt tänkande*, s. 13 för andra, vidare definitioner av rättskälla.

84. Arvidsson, N. (2010), *Aktieägaravtal: särskilt om besluts- och överlåtelsebindningar*, s. 44, Arvidsson, N. (2019), *Begreppet sedvana i Juridiska grundbegrepp*. Vänbok till David

Att en rättskälla är auktoritativ innebär att den är i princip bindande. Detta innebär emellertid inte att den aldrig får avvika från. Istället får detta ske, men inte utan att rättstillämparen anger skäl för avvikelser.⁸⁵ Den rättstillämpare som exempelvis avviker från uttalanden i förarbetena behöver ange skäl på ett sätt som den rättstillämpare som avviker från uttalanden i doktrin eller en tingsrättsdom inte behöver.

Vad som räknas respektive inte räknas som en rättskälla kan exemplifieras med diskussionerna i doktrinen kring internationella modellagar för civilrätten, vilka har sammanställts sedan mitten av 1990-talet.⁸⁶ En för avtalsvitets relevant sådan är Draft Common Frame of Reference (DCFR), vilket också nämns i NJA 2010 s. 629, »Temarör och den borttappade huvudnyckeln«.

Utöver DCFR förekommer också UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (från 1994 och reviderad 2004 och 2010) samt Principles of European Contract Law (publicerad i delar mellan 1995 och 2003), med för avtalsvitets del liknande innehåll.⁸⁷

Reidhav, s. 193 ff. och Dahlman, *Begreppet rättskälla*, s. 61. Se även Kelsen, *Den rena rättsläran*, s. 247 f.

85. Adestam, J. (2014), *Den dokumentvillkorade garantin*, s. 23 ff. Svensson, O. (2015), *Att avvika från lagen. Om möjligheten att inskränka en lagregels tillämpningsområde på kontraktsrättens område*. Juridisk Tidskrift vid Stockholms universitet, s. 972 skriver att »en rättskälla enbart i större eller mindre utsträckning är bindande«. Se även Schmidt, F. (1972), *Bundna och öppna argument i rättsvetenskapen* i Festskrift till Per Olof Ekelöf, s. 571 f. för olika former av bevekelsegrunder vid avvikelse från ett så kallat bundet argument.

86. För en nutida översyn och framtidsblick, se Munukka, J. (2016), *Svensk obligationsrätt i det nya Europa* i Svensk Juristtidning 100 år, s. 89 ff.

87. Artikelns rubrik är »Stipulated payment for non-performance« och dess första stycke lyder: »Where the terms regulating an obligation provide that a debtor who fails to perform the obligation is to pay a specified sum to the creditor for such non-performance, the creditor is entitled to that sum irrespective of the actual loss.« Motsvarande bestämmelser i UNIDROIT är artikel 7.4.13 och i PECL art. 9:509. Se också

Jämfört med de två senare har DCFR rönt störst uppmärksamhet inom svensk litteratur och praxis, där frågan om dess status – rättskälla eller inte – har diskuterats relativt ingående.⁸⁸ Till exempel skriver Ramberg och Ramberg att »UNIDROIT Principles, PECL och DCFR utgör numera rättskällor i svensk rätt i och med att HD kontinuerligt hänvisar till dem».⁸⁹ Arvidsson skriver å sin sida om NJA 2009 s. 672, »Malmbergsbagarn och återförsäljaravtalet», att i domen »hänvisar HD bland annat till DCFR. Men detta innebär inte att DCFR innehar rättskällestatus för frågor omkring avtalsutfyllning».⁹⁰

Andra anser att materialets funktion ligger på ett annat plan än som rättskälla.⁹¹ Exempel på hur DCFR i detta fall kan användas är att »uppmärksamhet se på de lösningar på avtalsrättsliga problem som dokumenten erbjuder» och att detta särskilt gäller »i fråga om problem som saknar auktoritativa svar i nordisk avtalsrätt».⁹²

I fråga om Högsta domstolens referens till DCFR i »Temarör och den borttappade huvudnyckeln» kan nämnas Samuelssons påpekande

Zimmermann, R. (2018), *Art 9:509: Agreed Payment for Non-performance* i Commentaries on European contract laws, s. 1540 för en syntes av olika modellagar med utgångspunkt i lydelsen i PECL.

88. Herre, J. (2012), *DCFR och svensk rätt*. Svensk Juristtidning, s. 935 f., Samuelsson, J. (2015), *DCFR som svensk rättskälla?* i Europarätten - 20 år i Sverige, s. 214 ff., Hästad, T. (2015), *DCFR Rules in the Swedish Supreme Court* i The Nordic Contracts Act. Essays in Celebration of its One Hundreth Anniversary, s. 181 och Herre, J. (2018), *Användningen av utländsk rätt i Högsta domstolen på det förmögensrättsliga området* i Festskrift til Mads Bryde Andersen, s. 203 ff.

89. Ramberg, J. och Ramberg, C. (2019), *Allmän avtalsrätt*, s. 28.

90. Arvidsson, *Aktieägaravtal*, s. 41, not nr 63. Se även Adestam, *Den dokumentvillkorade garantin*, s. 23.

91. Herre, *DCFR och svensk rätt*, s. 935 f. som där påpekar att en viktig funktion med DCFR är att bestämmelserna är kopplade till kommentarer och komparativa noter.

92. Bernitz, U. (2018), *Standardavtalsrätt*, s. 51.

kring hur DCFR förekommer i domskälen, att det finns en tydlig (och också öppen) personlig koppling mellan referent och DCFR.⁹³ Han konstaterar också att användningen av DCFR görs genom att det fogas en parentetisk, jämförande hänvisning till ett ställe i DCFR som tycks bekräfta det mönster, den regel som Högsta domstolen etablerar.⁹⁴

Hänvisningen som görs i »Temarör och den borttappade huvudnyckeln« i fråga om vite är i det hänseendet inget undantag, och det är tveksamt vad hänvisningen faktiskt tillför.⁹⁵ I de fall DCFR, UNIDROIT eller PECL används i avhandlingen kommer det göras på samma sätt som Högsta domstolen: att visa att ett innehåll motsvarande innehållet i den svenska förmögenhetsrätten finns även i olika modellagar, men utan att dessa utgör någon rättskälla.⁹⁶

2.2.2 Rättsnormer

Som framgått ovan är en rättsnorm en norm med ursprung i en rättskälla. Rättsnormerna bildar i sin tur rättsordningen.⁹⁷ En typ av rättsnormer är de materiella rättsnormerna. Dessa kan delas in utefter en rad olika indelningsgrunder, där *regulativa* respektive *konstitutiva* normer är

93. Samuelsson, *DCFR som svensk rättskälla?*, s. 210, särskilt not nr 38, vad gäller sambandet mellan omnämmandet av DCFR och justitieråden Herre eller Håstad som referent.

94. A. a. s. 214.

95. NJA 2010 s. 629, »Temarör och den borttappade huvudnyckeln«, p. 11. Referenten i målet, Torgny Håstad, skrev senare att som hänvisningen till DCFR gjordes i målet var det »obvious that this source could not have any other weight than persuasive«, Håstad, *DCFR Rules in the Swedish Supreme Court*, s. 181.

96. En liknande användning sker i Adlercreutz, A., Gorton, L., och Lindell-Frantz, E. (2016), *Avtalsrätt I*, s. 179 f. där genomgången av reglerna om fullmakt avslutas med en hänvisning till DCFR.

97. Se Sevelin, E. (2019), *Begreppet rättsregel* i Juridiska grundbegrepp. Vänbok till David Reidhav, s. 117 ff. för en nutida framställning av rättsregler.

en sådan indelning.⁹⁸ En motsvarande uppdelning förekommer också internationellt: von Wright kallar dem *prescriptions* eller *regulations* respektive *determinate rules*, Bulygin använder *norms of conduct* respektive *conceptual rules*.⁹⁹

Konstitutiva normer definierar begrepp, vilka utgör rekvisit i regulativa normer eller i andra konstitutiva normer. Rättsverkan av en konstitutiv norm att något erhåller en rättslig status, till exempel att ett visst material erhåller den rättsliga statusen rättskälla. Rättsverkan av de regulativa normerna är istället handlingsföreskrifter.¹⁰⁰

De regulativa normerna binder samman faktiska händelser med lösningar av ett rättsligt problem. Svaret ges genom angivande av en handlings *deontiska status* – tillåten, förbjuden, påbjuden etc. – givet vissa omständigheter.¹⁰¹ Regulativa normer föreskriver vidare *rättsliga positioner*. En rättslig position ingår i rättsförhållanden mellan olika rättssubjekt och har handlingar eller underlåtelser som föremål.¹⁰² Parterna i en rättslig position kallas för *objekt* respektive *subjekt*.

98. *Regulative norms* respektive *constitutive norms* används bland annat av Searle, J. R. (1969), *Speech acts: an essay in the philosophy of language*, s. 33 f. och för svenskt vidkommande av, Peczenik, A. (1987), *Rättsnormer*, s. 15, Arvidsson, N. och Samuelsson, P. (2007), *Om avtals uppkomst* i Vänbok till Axel Adlercreutz, s. 20, Arvidsson, Aktieägaravtal, s. 49 ff., Dahlman, *Rätt och rättfärdigande*, s. 39 f., Adestam, *Den dokumentvillkorade garantin*, s. 18 och Nerep, E., Samuelsson, P., och Adestam, J. (2019), *Aktiebolagslagen: en kommentar. Kapitel 1–6*, s. 22.

99. von Wright, G. H. (1963), *Norm and action: a logical inquiry*, s. 6 och Bulygin, E. (1992), *On Norms of Competence*. *Law and Philosophy*, s. 210 f. Se även Ross, A. (1968), *Directives and norms*, s. 54.

100. Dahlman, *Rätt och rättfärdigande*, s. 39 ff.

101. Alchourrón, C. E. och Bulygin, E. (1971), *Normative systems*, s. 10.

102. Adestam, *Den dokumentvillkorade garantin*, s. 36 samt Lindahl, L. (1977), *Position and change: a study in law and logic*, s. 25 ff. och Simmonds, N. E. (2018), *Central issues in jurisprudence: justice, law and rights*, s. 295 ff.

En penningförpliktelse är ett exempel på en rättslig position. För en förpliktelse gäller att dess subjekt har en förpliktelse mot dess objekt. Förpliktelsen kan också skrivas om till en rättighet. I sådana fall har rättighetens subjekt en rättighet mot dess objekt. Förpliktelsens föremål utgörs av den prestation som gäldenären har att utföra för att satsifiera obligationen, vilket i detta fall innebär att gäldenären är skyldig att »tillhandahålla borgenären *pengar i en viss mängd*«. ¹⁰³ Förpliktelsen utgör vidare en *positiv fordran*, att gäldenären är förpliktad att göra något. ¹⁰⁴

Den svenska förmögenhetsrätten tillerkänner parterna en omfattande avtalsfrihet. Denna frihet ger dem stora möjligheter att bestämma hur de vill reglera sina mellanhavanden. För att en sådan reglering ska ske måste parterna ingå ett giltigt avtal. Att ett avtal ingås sätter en mängd olika normer i spel. Dessa kallas gemensamt för *avtalsförhållandet*.

Avtalsförhållandet utgör en samlad benämning på de konstitutiva och regulativa normer som tillsammans skapar rättigheter och förpliktelser för avtalsparterna. Påståendet »det följer av avtalet« ska därmed förstås som att rättsverkan följer av en konstitutiv eller regulativ norm som tillhör avtalsförhållandet. En förpliktelse som härrör från en regulativ norm i avtalsförhållandet kallas i fortsättningen för en *avtalsförpliktelse*.

Avtalsförhållandets normer måste i sin tur knytas till verkligheten för att normernas rättsverkningar ska aktualiseras. Verkligheten är uppbyggd av *faktiska händelser*. Dessa händelser har i allmänhet ingen relation till det specifika avtalsförhållandet. Men för vissa faktiska händelser är det tvärtom, att de hör samman med ett visst avtalsförhållande. Denna länk skapas genom att den faktiska händelsen delas upp i mindre

103. Lindskog, S. (2018), *Betalning: om kongruent infriande av penningsskulder och andra betalningsrättsliga frågor*, s. 64 f.

104. Adestam, J. och Arvidsson, N. (2014), *Kommentar till lag (1936:81) om skuldebrev*, avsnitt 1.4.2.2. samt Mellqvist, M. och Persson, I. (2015), *Forrdan & skuld*, s. 47.

element, där vart och ett av dessa motsvaras av ett *rekvisit* i en norm i avtalsförhållandet. En sådan del av den faktiska händelsen utgör ett *rättsfaktum*, det vill säga en faktisk händelse som kan leda till att en viss rättsföljd inträder.¹⁰⁵

En faktisk händelse kvalificeras inte som ett rättsfaktum förrän det finns ett till händelsen motsvarande rekvisit i en norm tillhörande avtalsförhållandet. Rekvisitet eller rekvisiten i en sådan norm kallas i dessa fall gemensamt för en *avtalad händelse*. När rättsfaktan i en faktisk händelse motsvaras av rekvisiten i en avtalad händelse uppkommer normens rättsverkan.

2.2.3 Avtals- och utfyllnadsnormer

Avtalsförhållandets konstitutiva och regulativa normer kan också delas upp i andra kategorier. Två sådana är *avtalsnormer* och *utfyllnadsnormer*. Avtalsnormer är normer som följer av *tolkning*.¹⁰⁶ Tolkning innebär att man fastställer en rättshandlings betydelse i varje särskilt fall, och är en inte enbart juridisk verksamhet.¹⁰⁷ Avtalsnormerna är emellertid inte rättsnormer, utan deras bindande verkan följer istället av *principen om*

105. För denna definition av rättsfakta, se till exempel Heuman, L. (2005), *Bevisbörda och beviskrav i tvistemål*, s. 95 och Nordh, R. (2019), *Processens ram i tvistemål: om yrkande och grunder, ändring av talan m.m.*, s. 44.

106. Sundberg, J. W. F. (1961), *Avtalstyper och typavtal*. Svensk Juristtidning, s. 12 och Arvidsson, *Aktieägaravtal*, s. 190 använder liknande uppdelningar men med en annan terminologi.

107. Ussing, H. (1950), *Aftaler paa formuerettens omraade*, s. 432.

avtalsbundenhet.¹⁰⁸ Denna säger att om parterna har avtalat om något gäller detta, under förutsättning att överenskommelsen inte strider mot tvingande rättsnormer.¹⁰⁹

Utfyllnadsnormer är sådana normer i avtalsförhållandet vilka inte är avtalsnormer. Utfyllnadsnormerna följer av dispositiv rätt, tvingande rätt, handelsbruk eller sedvanor.¹¹⁰ Utfyllnadsnormerna tillämpas i första hand genom *utfyllning*, »ett förfarande av rent rättslig natur», enligt vilket »ofullständiga viljeförklaringar kompletteras enligt allmänna normer».¹¹¹ Detta görs genom att tillämpa »för den föreliggande rättshandlingstypen gällande utfyllande rättsregler eller tillämpliga handelsbruk eller sedvanor».¹¹² Men utfyllnadsnormer kan också tillämpas indirekt, genom att avtalet tolkas i ljuset av innehållet eller ändamålet i den dispositiva rätten.¹¹³ Den norm som en sådan tolkning skapar är emellertid ingen utfyllnadsnorm, utan en avtalsnorm.

108. Trots detta kallar jag konsekvensen av en avtalsnorm för rättsverkan, vilket bygger på att avtalsnormen bindande funktion i sig följer av en rättsnorm.

109. Se till exempel Rodhe, K. (1956), *Obligationsrätt*, s. 7, Sundberg, *Avtalstyper och typavtal*, s. 12, Arvidsson, *Aktieägaravtal*, s. 189, Adestam, *Den dokumentvillkorade garantin*, s. 52, Bryde Andersen, M. och Lookofsky, J. (2015), *Lærebog i obligationsret 1. Ydelsen, beføjelser*, s. 397 samt Ramberg och Ramberg, *Allmän avtalsrätt*, s. 33 för formuleringar av principen om avtalsbundenhet.

110. Sundberg, *Avtalstyper och typavtal*, s. 13, Arvidsson, *Aktieägaravtal*, s. 209 och Adestam, *Den dokumentvillkorade garantin*, s. 66. Se även Arvidsson, *Begreppet sedvana*, s. 193 ff. för en ingående framställning av sedvanors innehåll, deras rättsliga relevans samt deras rättsverkningar.

111. NJA 1999 s. 629, »Sydkraft II» med hänvisning till Vahlén, L. (1960), *Avtal och tolkning*, s. 193 f.

112. Vahlén, *Avtal och tolkning*, s. 194.

113. Se till exempel Lehrberg, B. (2016), *Avtalstolkning: tolkning av avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område*, s. 195 f. samt NJA 2014 s. 960, »Det Andra Bolaget», p. 23 för redogörelsen för denna tolkningsregel.

Avtalsnormer och utfyllnadsnormer har – förutom att samtliga tillhör avtalsförhållandet – ingen nödvändig koppling till konstitutiva respektive regulativa normer. En avtalsnorm kan således vara antingen konstitutiv eller regulativ på samma sätt som en utfyllnadsnorm tillhör någon av dessa båda kategorier. Vidare är avtalsnormer och utfyllnadsnormer en dikotomi, det vill säga de är sinsemellan oförenliga och tillsammans uttömmande. Detta gör att om en rättsverkan inträffar – »det följer av avtalet» – måste denna rättsverkan följa antingen av avtalsnormerna eller av utfyllnadsnormerna.¹¹⁴

Gränsen mellan tolkning och utfyllning är sällan lätt dragen. Högsta domstolen har framhållit att frågan inte är okomplicerad och att gränsen mellan tolkning och utfyllning delvis är diffus.¹¹⁵ Det väsentliga för avhandlingens del är emellertid inte att utgöra ett bidrag till diskussionen om distinktionen mellan tolkning och utfyllning.¹¹⁶ Istället ska den, i den mån det är relevant, analysera påståenden liknande »det följer av avtalet». Ett sådant påstående anger förekomsten av en eller flera rättsverkningar. Dessa rättsverkningar kan följa antingen av avtalsnormer eller av utfyllnadsnormer. Om syftet är att redogöra för innehållet i gällande rätt måste därför fastställas att rättsverkan i det enskilda målet följde genom tillämpning av en utfyllnadsnorm.

Avtalsnormerna och utfyllnadsnormerna har en hierarkisk relation, där avtalsnormerna är primära och utfyllnadsnormerna (både dispositiva och tvingande) är sekundära. Om avtalsnormer finns ska de därför som huvudregel tillämpas. Detta följer av att ett avtals rättsverkningar

114. Jag har genomgående valt att kalla verkan av en avtalsnorm för *rättsverkan*. Detta trots att avtalsnormerna inte utgör rättsnormer. Däremot följer deras bindande verkan av principen om avtalsbundenhet, vilken är en rättsnorm.

115. NJA 2010 s. 416, »Ramses och oklarhetsregeln», p. 5.

116. För en undersökning av de diskursiva förloppen av den svenska förmögenhetsrätten samt avtalsrättens självbild och attityd till viljebegreppet, se Samuelsson, J. (2008), *Tolkning och utfyllning: undersökningar kring ett förmögenhetsrättsteoretiskt tema*, in passim.

i första hand följer av tolkning, och i andra hand av utfyllning.¹¹⁷ Däremot gäller avtalsnormerna inte framför tvingande utfyllnadsnormer, utan om de senare är tillämpliga gäller dessa oavsett förekomsten av avtalsnormer.

Om tvingande utfyllnadsnormer saknas men det finns avtalsnormer är rättstillämparen skyldig att tillämpa avtalsnormerna, under förutsättning att de är åberopade av rätt part.¹¹⁸ Att avtalsnormerna i dessa fall är bindande och ska tillämpas framför dispositiva utfyllnadsnormer följer av den tidigare nämnda principen om avtalsbundenhet. Den rättstillämpare som använder dispositiva utfyllnadsnormer har därför medgett att avtalsnormerna saknar innehåll med avseende på frågan.¹¹⁹

En viktig skillnad mellan avtalsnormer och utfyllnadsnormer är deras förekomst i tiden före, under och efter avtalsförhållandet. Detta utgör också grunden för avhandlingens uppdelning mellan den dispositiva rätten och utfyllnadsnormerna. Eftersom avtalsnormerna är knutna till förekomsten av det specifika avtalsförhållandet existerar dessa vare sig innan eller efter avtalsförhållandet.¹²⁰ Utfyllnadsnormerna finns däremot som huvudregel sedan tidigare i form av dispositiva rättsnormer. I

117. Detta konstaterades för svenskt vidkommande redan av Vahlén, *Avtal och tolkning*, s. 193.

118. Westberg, P. (2000), *Överraskande rättsbildning på grundval av handelsbruk eller allmänt tillämpade standardvillkor – några reflexioner i anledning av NJA 1998 s. 448 och 1999 s. 629*. Juridisk Tidskrift vid Stockholms universitet, s. 365. Att en avtalsnorm från en klausul måste åberopas är också i linje med uppfattningen i litteraturen att avtalsvillkor som huvudregel måste åberopas, Heuman, L. (2015), *Är avtalstolkning endast en rättslig verksamhet eller kräver den också bevisbedömningar?* Svensk Juristtidning, s. 799 f. och Lehrberg, *Avtalstolkning*, s. 101.

119. Adestam, *Den dokumentvillkorade garantin*, s. 66.

120. Jfr emellertid Arvidsson, N. (2016), *Avtals efterverkan vid utträden ur varaktiga flerparsavtal*. Juridisk Tidskrift vid Stockholms universitet, s. 19 ff. som undersöker om vissa från avtalet kommande handlingsnormer gäller trots att avtalet i övrigt har upphört.

och med att avtalet ingås kan dessa tillämpas, men först efter att rättstillämparen funnit att det saknas avtalsnormer som omfattar den faktiska händelsen.¹²¹ Väl där sker omvandlingen från en dispositiv rättsnorm till en utfyllnadsnorm. Klassificeringen som utfyllnadsnormer gäller således i likhet med avtalsnormerna bara i det enskilda avtalsförhållandet.

Tillämpningen av dispositiva rättsnormer på detta sätt sker genom *bunden utfyllning*, vilket förutsätter att den dispositiva rättsnormen sedan tidigare existerar.¹²² Den part som vill att en viss dispositiv rättsnorm ska tillämpas måste – om parten har åberopsbördan – åberopa de rättsfakta som gör normen tillämplig. Själva normen i sig behöver inte åberopas eller ens nämnas, eftersom dess förekomst är något som domstolen enligt *jura novit curia* förväntas känna till.¹²³ Således gäller att rättstillämparen vid bunden utfyllning tillämpar gällande rättsnormer.¹²⁴

Om det inte finns någon sådan måste domstolen skapa en dispositiv rättsnorm genom *fri utfyllning*. Denna verksamhet sker genom att rättstillämparen i det enskilda fallet skapar en ny regel, vilken sedan används på samma sätt som ovan. Ett exempel på detta är det tidigare nämnda »Malmbergsbagarn och återförsäljaravtalet«, där Högsta domstolen konstaterade att svensk rätt saknar lagstiftning om återförsäljning. Frå-

121. Adestam och Arvidsson, *Kommentar till lag (1936:81) om skuldebrev*, avsnitt 1.6.4, skriver att »[u]tfyllning blir aktuellt först om en omtvistad fråga inte besvaras av rättshandlingens genom tolkning fastställda innehåll eller om innehållet strider mot en tvingande rättsnorm«.

122. Arvidsson, *Aktieägaravtal*, s. 209 f. En motsvarande uppdelning görs av Schmidt, *Bundna och öppna argument i rättsvetenskapen*, s. 570 f. där bundna argument är förankrade i rättsskälreläran medan de öppna argumenten saknar denna förankring.

123. Ekelöf, P. O., Edelstam, H., och Heuman, L. (2009), *Rättegång. H. 4*, s. 302 ff. och Nordh, *Processens ram i tvistemål: om yrkande och grunder, ändring av talan m.m.*, s. 50 ff.

124. Se till exempel »Sydkraft II«, s. 631 och Arvidsson, N. och Samuelsson, P. (2018), *Entreprenadavtal mellan näringsidkare och konsument*, s. 56 f.

gan om uppsägningstid därför får »konstrueras med stöd av lagbestämmelser rörande jämförbara avtalsförhållanden och praxis«. ¹²⁵ Denna verksamhet följer av den så kallade *diskretionära beslutskompetensen*. ¹²⁶ Beslutskompetensen är förenlig med gällande rätt, eftersom den grundas på »ett ianspråktagande av det rättspolitiska mandat som knyter an till den diskretionära beslutskompetensen«. ¹²⁷

Den fria utfyllningen förekommer vid alla former av rättstillämpning, i såväl underrätt som överrätt. Skillnaden mellan dessa är att om en prejudikatinstans har använt fri utfyllning i en rättsfråga är den regel som där skapades i princip bindande genom dess auktoritet som rättskälla. Sker den fria utfyllningen i en tingsrätt är den regel tingsrätten skapar och sedan använder bindande i det enskilda fallet, men inte i övrigt. Vid prejudikatinstansers fria utfyllning gäller därför att en och samma rättsfråga löses med fri utfyllning endast en gång. ¹²⁸

De tvingande normerna tillämpas på ett annorlunda sätt. Det måste fortfarande finnas en faktisk händelse som dessa ska tillämpas på, och händelsen måste åberopas som rättsfakta (under förutsättning att det är ett dispositivt tvistemål). Men de tvingande normerna blir en del av avtalsförhållandet oavsett om det finns avtalsnormer som hade kunnat tillämpas på händelsen.

125. NJA 2009 s. 672, »Malmbergsbagarn och återförsäljaravtalet», på s. 692.

126. Arvidsson, *Aktieägaravtal*, s. 38 ff. och Adestam, *Den dokumentvillkorade garantin*, s. 20 ff. En motsvarande uppfattning återfinns också internationellt, Hart, H. L. A. (1961), *The concept of law*, s. 272 f., Raz, *Authority of law*, s. 182 och Himma, K. E. (1999), *Judicial Discretion and the Concept of Law*. Oxford Journal of Legal Studies, s. 74. Även Dworkin, R. (1977), *Taking rights seriously*, s. 17 nämner denna, med då som en utgångspunkt för hans kritik av rättspositivismen.

127. Arvidsson, *Aktieägaravtal*, s. 41.

128. A. a. s. 210 och Arvidsson, N. och Samuelsson, P. (2015), *Entreprenadrättslig fackmässighet – synpunkter med anledning av Gotlands-domen*. Ny Juridik, s. 16.

Tillämpningen av tvingande normer gör att avtalsinnehållet *korrigeras* på två olika sätt. *Positiva tvingande normer* påbjuder ett visst avtalsinnehåll samtidigt som det avtalsinnehåll som strider mot den positiva tvingande normen elimineras. På så sätt har positiva tvingande normer två funktioner: en *eliminering* och en *utfyllande*. Vid tillämpning av *negativa tvingande normerna* sker korrigeringen enbart genom att normen eliminerar ett avtalsinnehåll, men utan att fylla ut det. Däremot kan andra normer, till exempel från den dispositiva rätten, fylla ut avtalet såvitt det eliminerade innehållet.¹²⁹

2.2.4 Definitioner

Det sätt som avtalsvitets definieras i kapitel 3 fyller en viktig funktion i avhandlingen. Detta beror på att definitionen i vissa delar utesluter tillämpningen av den dispositiva rätten. Som exempel kan tas huruvida vitesförpliktelsen är villkorad av att överträdelsen av avtalsvitets huvudförpliktelse orsakar motparten skada. Svaret på frågan, om det söks i den dispositiva rätten, kan följa på två olika sätt. Det ena är att för att en förpliktelse ska räknas som ett avtalsvite får den inte vara villkorad av att överträdelsen av avtalsvitets huvudförpliktelse orsakar skada.¹³⁰ Det andra är att någon skada inte krävs för att avtalsvitets penningförpliktelse ska aktualiseras.

För att kunna avgöra hur detta hanterats i litteraturen måste man först se hur avtalsvitets (eller motsvarande klausultyp) definieras. Definitionen ska sedan jämföras med sådana egenskaper, till exempel i fråga om skada, vilka inte framgår av definitionen.

¹²⁹. Arvidsson, *Aktieägaravtal*, s. 209 ff.

¹³⁰. Detta kommer i fortsättningen formuleras enklare, att »avtalsvitets får inte vara villkorad av skada«. Likaså används »krav på skada» som synonym för »krav på ren förmögenhetsskada».

Olsen definierar ersättningsklausuler som »avtalsbestämmelser, enligt vilka ett belopp, som antingen framgår direkt av klausulen eller kan beräknas på grundval av den, skall utgå vid kontraktsbrott».¹³¹ Denna definition bör innebära att klausulen i (1.1) räknas som en ersättningsklausul. Här sägs således ingenting om förhållandet till krav på skada. När hon sedan kommer till ett eventuellt krav på skada, skriver hon bland annat att ersättningsklausuler, till skillnad från skadestånd, »innehåller som regel inget krav på att skada skall ha uppstått» och att frågan uppkommer »om kravet på skada enligt allmänna regler utfyller klausulen vid domstolsbedömningen».¹³²

Uttalandena måste läsas som att det inte framgår tolkningsvis huruvida klausulen innehåller ett krav på skada. Således måste innehållet i den dispositiva rätten undersökas för att se i vilken mån denna innehåller ett sådant krav, vilket ska fylla ut klausulen. Efter en genomgång kommer Olsen till slutsatsen att »mycket lite tyder på att krav på faktisk skada utgör en självständig ansvarsförutsättning».¹³³

Att frågan över huvud taget ställs av Olsen bygger på att hennes definition inte svarar på om avtalsvitet är villkorat av skada. För egen del har jag valt att genom min definition av avtalsvitet inte behöva ställa frågan. Huruvida skada finns som villkor är således inte en rättsverkan av en dispositiv rättsnorm. Istället är det en följd av hur jag definierar avtalsvitet.

Som framgår av kapitel 3 nedan har jag valt att definiera avtalsvitet på ett visst sätt. Av denna definition följer bland annat att avtalsvitet enbart är villkorat av överträdelse av avtalsvitets huvudförpliktelse. Om en förpliktelse är villkorad av något annat räknas den inte som ett

131. Olsen, L. (1986), *Ersättningsklausuler: vite och andra avtalade ersättningar vid kontraktsbrott*, s. 22.

132. A. a. s. 130.

133. A. a. s. 131.

avtalsvite, och detta följer av avtalsvitets definition. I och med definitionen finns ett avtalsinnehåll för frågan om skada. En förpliktelse som är villkorad av skada uppfyller inte kriterierna för att räknas som ett avtalsvite. Någon tillämpning av den dispositiva rätten aktualiseras därför inte i dessa fall, eftersom tillämpningen förutsätter en sådan lucka som genom avtalsvitets definition inte existerar.

2.2.5 Systematisering

Avhandlingens ena syfte är att presentera en samlad bild av de rättsverkningar som kan aktualiseras vid överträdelse av avtalsvitets huvudförpliktelse. En viktig del av denna verksamhet är att lösa situationer där rättskällorna innehåller sinsemellan oförenliga påståenden.¹³⁴ Detta är också i linje med ett i litteraturen förekommande ändamål med den rättsdogmatiska metoden: att framställa rättsordningen som ett koherent system av huvudregler och undantag.¹³⁵

Systematiserandet framhålls också, om inte annat av rättsvetenskapen själv, som ett viktigt allmänvetenskapligt villkor.¹³⁶ Wilhelmsson anser till exempel att systematiseringen är ett nödvändigt villkor för att kunna klassificera rättsvetenskapen som just vetenskap.¹³⁷ Hellner menar att den rättsvetenskapliga uppgiften kan betecknas som att generellt och abstrakt behandla samma typ av problem som domstolarna har

134. Alchourrón och Bulygin, *Normative systems*, s. 3.

135. Peczenik, A. (1995), *Juridikens teori och metod: en introduktion till allmän rättslära*, s. 44. Peczenik, A. (2005), *Juridikens allmänna läror*. Svensk juristtidning, s. 249 och Arvidsson, *Aktieägaravtal*, s. 35.

136. Sandgren, C. (2004), *Om teoribildning och rättsvetenskap*. Juridisk Tidskrift vid Stockholms universitet, s. 322 ff.

137. Wilhelmsson, T. (1985), *Den nordiska rättsgemenskapen och rättskälleläran*. Tidskrift for Rettsvitenskap, s. 195.

att behandla konkret.¹³⁸ Andra uttryck för den systematiska verksamheten återfinns hos Samuelsson, som skriver att vi kommer »att finna systematiken i doktrinen och att det som där systematiseras är praxis i tolkningsfrågor» samt att domstolarna ständigt har det konkreta fall (av tolkning) som är uppe till bedömning för ögonen medan rättsvetenskapens perspektiv är abstrakt.¹³⁹

Att systematisera rättsligt material måste emellertid skiljas från att genom rättsliga ställningstaganden i abstrakta situationer lösa typer av rättsliga problem. I litteraturen ställs det annars ibland upp två skilda juridiska verksamheter: en konkret och en abstrakt. Till exempel sägs att domarens verksamhet går ut på att identifiera rättsnormer och tillämpa dessa i det enskilda fallet (konkreta frågor), medan rättsvetenskapsmannen ska hitta rättsnormer att tillämpa i en typ av fall (abstrakta frågor).¹⁴⁰

Trots skillnaden är målet med respektive verksamhet detsamma: att finna lösningar på juridiska problem.¹⁴¹ Lösningarna fås genom en undersökning av innehållet i rättskällorna i syfte att ange vilken eller vilka rättsverkningar som föreligger givet vissa rättsfakta.¹⁴² Det är i den bemärkelsen därför ingen skillnad mellan att rättstillämparen i det enskilda fallet konstaterar att vitesbeloppet ska betalas givet åberopade och bevisade (eller i förekommande fall presumerade) rättsfakta och att det i denna avhandling konstateras att vitesbeloppet ska betalas givet en typ av rättsfakta.

Fokus får därför inte hamna på ett konstruerat motsatsförhållande mellan abstrakt och konkret. Alla typer av lösningar på juridiska pro-

138. Hellner, J. (1969), *Syften och uppgifter för rättsvetenskaplig forskning*. Festskrift til professor, dr. jur. & phil. Alf Ross 10. juni 1969, s. 207.

139. Samuelsson, *Tolkning och utfyllning*, s. 218 f.

140. Adestam, *Den dokumentvillkorade garantin*, s. 16.

141. Alchourrón och Bulygin, *Normative systems*, s. 10.

142. Arvidsson, *Aktieägaravtal*, s. 49.

blem är abstrakta, även om graden av abstraktion skiljer sig mellan domarens och rättsvetenskapsmannens. Att kalla enskilda ställningstaganden konkreta är därmed missvisande, särskilt om en konkret verksamhet skulle sakna krav på systematisering. Ett sådant krav förekommer tvärtom i många rättsliga verksamheter utanför den rättsvetenskapliga. De högsta dömande instanserna måste till exempel som en del av arbetet att skapa rätt ta systematiska hänsyn för att undvika motsättningar inom det normativa systemet. En annan sak är att inslaget av systematisering är större inom rättsvetenskapen än vad den är hos underrätter, men inte nödvändigtvis så vid en jämförelse med Högsta domstolens prejudikatbildande verksamhet.

2.2.6 Villkoren för tillämpning av ekonomisk teori

Beskrivningen av hur ekonomisk teori tillämpas sker till största delen utifrån avtalsparternas perspektiv. Något kommer också att sägas om rättstillämparens användning. Respektive tillämpning kräver sitt eget förhållningssätt. För avtalsparterna är relationen mellan juridik och ekonomi relativt okomplicerad. Juridiken sätter förvisso gränserna genom att tillerkänna avtalsparterna en omfattande, men inte obegränsad avtalsfrihet, men några konkurrenssituationer uppstår i övrigt inte. Istället kan parterna fritt använda ekonomiska rön för att därigenom skapa incitament att agera på ett visst sätt.

För rättstillämparen, som ska avgöra en tvist, är situationen annorlunda. Rättskällorna tillhandahåller svar på vilka rättsliga positioner som föreligger givet vissa rättsfakta. Men de ger inga svar på vilka konsekvenser ett visst vitesbelopp har för sannolikheten för avtalsbrott eller vilken påverkan en viss riskfördelning har för parternas sammanlagda nytta. Sådana frågor kräver tillämpning av ekonomisk teori för att kunna besvaras.

För att förklara tillämpningen av ekonomisk teori från ett rättstillämparperspektiv har jag valt att utgå från Arvidssons uppdelning av

frågor mellan det *epistemiska* och det *rättspolitiska* rummet.¹⁴³ En fråga om innehållet i gällande rätt befinner sig i det epistemiska rummet om det är möjligt att ha kunskap om hur gällande rätt besvarar den. En sådan fråga är en *epistemisk fråga*. Övriga frågor rörande innehållet i gällande rätt befinner sig i det rättspolitiska rummet och är *rättspolitiska frågor*.

Rättspolitiska frågor kan i sin tur delas upp i två sorter. Den ena består av frågor huruvida man bör förändra innehållet i gällande rätt medan den andra består av frågor hur man bör lösa situationer som inte har något svar. Dessa kallas också för *starka* respektive *svaga rättspolitiska frågor*.

Svaga rättspolitiska frågor är, trots att de befinner sig i det rättspolitiska rummet, rättsfrågor. Det gör att rättstillämparen i någon mån är bunden av rättsnormer när hon besvarar dem. Rättstillämparen får till exempel inte döma i strid mot gällande rätt. Det kan också hävdas – i vart fall i förmögenhetsrättsliga sammanhang – att rättstillämparen bör låta sig vägledas av de kommersiella grundvärden som förekommer inom rättsområdet.¹⁴⁴

Oavsett graden av frånvaro av rättsnormer kan rättstillämparen lösa frågor som faller under det rättspolitiska rummet på två sätt: antingen låter hon bli att döma eller dömer hon med stöd av utomrättsliga skäl. Att inte döma i ett mål skulle strida mot förbudet mot *déni de justice*, att en rättstillämpare inte får avstå från att döma eftersom det inte går att

143. A. a. s. 38 ff.

144. Att den svenska avtals- och köprätten innehåller sådana influenser påstås av till exempel av Runesson, E. M. (1996), *Rekonstruktion av ofullständiga avtal: särskilt om köplagens reglering av risken för ökade prestationskostnader*, s. 37, Lehrberg, B. (2006), *Avtalsrättens grundelement*, s. 59 och Flodgren, B. (2016), *Civilrätten i ett framtidsperspektiv* i Svensk Juristtidning 100 år, s. 24.

hitta någon tillämplig rättsnorm.¹⁴⁵ Återstående alternativ är att avgöra målet på utomrättsliga grunder, vilket här innebär att rättsverkningarna fastställs genom andra överväganden än sådana som kan återföras på uttolkningar av rättskällorna.

Detta sätt att avgöra tvisten är i sig förenligt med gällande rätt enligt tidigare nämnda erkänningsregeln och den tillhörande diskretionära beslutskompetensen.¹⁴⁶ Denna kompetens innebär i sig inte något svar på hur frågan bör lösas, utan säger bara att möjligheter finns att använda material som inte utgör någon rättskälla. Ett normativt ställningstagande får istället bli vilka utomrättsliga skäl som rättstillämparen genom sin diskretionära beslutskompetens bör tillämpa. Här kan ett antal olika bör-lösningar föreslås. Jag har valt att fylla luckan med den regel som maximerar summan av parternas nytta (om en sådan finns).

Att förespråka användningen av regler som maximerar summan av parternas nytta är i en kommersiell miljö knappast kontroversiellt. Ur ett rättskälleperspektiv görs ingen skillnad mellan denna applicering eller applicering av annat utomrättsligt material. Samtidigt är det uppenbart att det inom förmögenhetsrätten är betydligt mer accepterat att tillämpa nyttomaximerande utomrättsliga regler än om den enskilda tvisten hade avgjorts av landskapslagarna eller kanonisk rätt. Detta beror på en mängd faktorer, men en bidragande orsak är att den dispositiva rätten innehåller just sådana hänsynstaganden. På så sätt passar tillämpningen av detta utomrättsliga material väl ihop med innehållet i den dispositiva rätten.

Detta slags användning av ekonomisk teori inom ramen för den rättsdogmatiska studien ska emellertid inte överdrivas. En rättspositivistisk syn erkänner förvisso förekomster av luckor i rättsordningen.

¹⁴⁵. Adestam, *Den dokumentvillkorade garantin*, s. 15 samt Dahlman, *Rätt och rättfärdigande*, s. 31 f., där kallat förbudet mot *non liquet*.

¹⁴⁶. Se fotnot nr 126 ovan.

Men dessa behöver för den sakens skull inte vara ett visst (högt) antal, eftersom en talrik förekomst av luckor snarare kan antyda en bristfällig undersökning av rättskällorna.¹⁴⁷ För avhandlingens del finns strikt talat endast en sådan tydlig lucka, den i relationen mellan avtalsvitet och skadestånd enligt den dispositiva rätten. Det är också enbart i denna lucka som ekonomisk teori kommer att användas för att ge svar på svaga rättspolitiska frågor.

2.3 EKONOMISK TEORI OCH ANALYS

2.3.1 Rättsekonomi

Rättsekonomi är en disciplin där man utifrån ekonomisk teori analyserar effekterna av skrivna eller oskrivna normer såsom rättsnormer eller avtalsnormer. Följande exempel är belysande.

Economics generally provides a behavioral theory to predict how people respond to laws.¹⁴⁸

Economic analysis of law seeks to identify the effects of legal rules on the behaviour of relevant actors and to determine whether these effects are socially desirable.¹⁴⁹

¹⁴⁷ Lindskog, S. (2010), *Recension: Fredric Korling, Rådgivningsansvar – särskilt avseende finansiell rådgivning och investeringsrådgivning (ak. avh.)*, Jure Förlag, 2010, 743 s. Juridisk Tidskrift vid Stockholms universitet, s. 220, skriver att »framhållandet av försiktighet och återhållsamhet som den gode juristens dygder gynnar bara den svage juristens möjligheter att dölja sin oförmåga».

¹⁴⁸ Cooter, R. och Ulen, T. (2016), *Law and Economics*, s. 3 f.

¹⁴⁹ Shavell, S. och Polinsky, A. M. (2008), *Economic analysis of law* i The New Palgrave Dictionary of Economics.

Retsøkonomien bruger retsvidenskabens regler og resultater til at beregne nytte og efficiens i økonomiske analyser, hvor det normale analyseniveau, markedet, erstattes af regler som analyseniveau.¹⁵⁰

Uppkomsten av rättsekonomin brukar anges till tidigt 1960-tal och två artiklar, av Coase respektive Calabresi.¹⁵¹ I början av 1970-talet publicerades den mycket inflytelserika artikeln av Calabresi och Melamed *Property Rules, Liability Rules and Inalienability*, i vilken författarna studerar olika rättsområden utifrån ett ekonomiskt perspektiv. Detta var en metod för analys av rättsregler, vilken inte tidigare hade använts för dessa rättsområden.¹⁵² Ekonomisk analys hade dessförinnan varit förbehållen konkurrenslagstiftningen, särskilt effekten av *trusts* i amerikansk rätt.¹⁵³

Rättsekonomin har varit och är fortfarande ett område dominerat av amerikanska framställningar (med utgångspunkt i amerikanska förhållanden). Såvitt gäller svenska mer omfattande framställningar finns ett antal, vilka har rättsekonomi som huvudämne. Dessa gör emellertid,

150. Nielsen, R. och Tvarnø, C. D. (2017), *Retskilder og retsteorier*, s. 430.

151. Coase, R. H. (1960), *The Problem of Social Cost*. Journal of Law and Economics, s. 1 ff. och Calabresi, G. (1961), *Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts*. The Yale Law Journal, s. 499 ff. Artiklarnas betydelse framhålls alltså, se till exempel Cooter och Ulen, *Law and Economics*, s. 1, fotnot nr 2: »The modern field is said to have begun with the publication of two landmark articles.«

152. Calabresi, G. och Melamed, A. D. (1972), *Property Rules, Liability Rules and Inalienability: One View of the Cathedral*. Harvard Law Review, s. 1089 ff. Artikeln är per den 11 juni 2019 citerad av 5 789 andra artiklar.

153. Cooter och Ulen, *Law and Economics*, s. 1 och Posner, R. A. (1975), *Economic Approach to Law*. Texas Law Review, s. 757 f.

på grund av deras inriktning och målgrupp, inte några fördjupande analyser eller metodologiska ställningstaganden i förhållandet mellan rättsvetenskap och ekonomi.¹⁵⁴

Mer relevant för en jämförelse med avhandlingens syn på användningen av ekonomisk teori är rättsvetenskapliga framställningar där författarna applicerar en ekonomisk analys på utvalda rättsområden. I denna kategori återfinns ett antal avhandlingar: Samuelssons *Information och ansvar: om börsbolagens ansvar för bristfällig informationsgivning på aktiemarknaden* från 1991, Runessons *Rekonstruktion av ofullständiga avtal: särskilt om köplagens reglering av risken för ökade prestationskostnader* från 1996, Domeijs *Läkemedelspatent: patent på läkemedel i Europa ur ett rättsvetenskapligt och rättsekonomiskt perspektiv* från 1998, Söderströms *Sound banking* från 2017 samt Sjöbergs *Reglering av banker* från 2018.

Samuelssons avhandling, som behandlar börsbolagens ansvar för bristfällig informationsgivning på aktiemarknadens sekundärmarknadssegment, genomförs delvis med användning av ekonomiska forskningsrön.¹⁵⁵ Ekonomisk teori används bland annat för ett tillämpat skadebegrepp, där argument som ekonomisk teori kan erbjuda har »utnyttjats fritt där analysen av uppkomna juridiska problem berikats«, samtidigt som användningen måste förenas med ett stort mått av försiktighet. Anledningen till den försiktiga hållningen är att uppfattningar som just

154. Exempel på sådana framställningar är Werin, L. (1979), *Rättsekonomi: en lärobok i nationalekonomi för jurister*, Skogh, G. och Lane, J.-E. (2000), *Äganderätten i Sverige: en lärobok i rättsekonomi* och Dahlman, C., Glader, M., och Reidhav, D. (2005), *Rättsekonomi: en introduktion*. Utöver dessa kan också nämnas Bergström, C. och Samuelsson, P. (2015), *Aktiebolagets grundproblem* som genomgående använder ekonomisk teori om intresse motsättningar för att på så sätt analysera associationsrättsliga frågor.

155. Samuelsson, P. (1991), *Information och ansvar: om börsbolagens ansvar för bristfällig informationsgivning på aktiemarknaden*, s. 17.

nu har allmän uppslutning riskerar att konservera ett föråldrat paradig i takt med att nya forskningsrön blir kända.¹⁵⁶

Runesson tar som utgångspunkt att det under ett avtals löptid kommer att inträffa nyttominskande omständigheter. Syftet med hans avhandling är att med bakgrund i gällande svensk rätt bidra till tidigare gjorda försök att hantera konsekvenserna av dessa omständigheter och det med hänsyn tagen till »samhällsnyttans princip». Detta sker genom en av honom kallad metod – rekonstruktionsmodellen – att utifrån de nyttominskande omständigheterna formulera kriterier som ska styra domarens rättskänsla. Dessa framförs som den egna uppfattningen: »Resonemangen i dessa delar sker till stor del *de sententia ferenda*, med vilket uttryck här avses min uppfattning om vilka rättsliga avgöranden som bör träffas när gällande rätt är oklar.»¹⁵⁷

Rekonstruktionsmodellen är hos Runesson en »förhandlingsbaserad tankemodell, där avtalsparterna enbart tänks vara intresserade av att maximera transaktionens sammanlagda värde *ex ante* och tänks vara helt ointresserade av frågan hur detta värdetillskott skall fördelas dem emellan».¹⁵⁸ Rekonstruktionsmodellen används sedan som en utfyllande rättsnorm, där dess riskallokering ska jämföras med den som följer av lagregler och principer som utvecklats i praxis utanför det lagreglerade området.

Integrationen av ekonomisk teori görs genom att se på vilket sätt effektivitet – vilket är det Runesson eftersträvar – kan uppnås, där ekonomisk teori också kan visa att det sätt vilket vi (genom lagstiftning eller genom andra rättskällor) försöker nå detta mål kan ersättas med ett bättre sätt, till exempel genom att målet nås med förbrukande av mindre resurser. Med rekonstruktionsmodellen skapas regler som innebär att

156. A. a. s. 29.

157. Runesson, *Rekonstruktion av ofullständiga avtal*, s. 32 f.

158. A. a. s. 34.

det utfyllda avtalet inte kan ersättas med ett annat avtalsinnehåll som innebär att åtminstone en part fick det bättre medan samtidigt ingen annan avtalspart fick det sämre. Runesson menar att detta kan ske genom att överge *Pareto*-kriteriet och ersätta det »med ett anspråk på att istället uppnå en nettoförbättring».¹⁵⁹

Med stöd av effektivitet och värdemaximering konstrueras sedan generella regler för riskallokering. Dessa bildar i sin tur underlag för en viss regel – den utfyllande regel som följer av rekonstruktionsmodellen – som föreslås tillämpas i fall där det saknas lagreglering. Appliceringen fortsätter sedan, där den särskilt används i förhållandet mellan köplagens regler och den riskallokering som följer av rekonstruktionsmodellen. Här är syftet uttryckligen att visa avvikelser mellan rekonstruktionsmodellen och köplagens respektive riskallokeringar. Detta gäller särskilt i förhållande till köplagens regler om kontrollansvar.

Domeijs uppfattning är att rättsekonomi inte är något nytt ämne »utan snarare två gamla – ekonomi och juridik – som förmås samverka på ett särskilt nära och fruktbart sätt».¹⁶⁰ Detta sker genom användning av rättsekonomi, vilken beskrivs som en »rättsvetenskaplig inriktning där särskild vikt läggs vid en systematisk och på tvärvetenskaplig grund baserad teleologisk tolkning». En ekonomisk tolkning av rättsläget »kan användas dels för att öka förståelsen för rättsreglerna, dvs. förklara var-

159. A. a. s. 41 utan att hänvisa till *Kaldor-Hicks*-kriteriet. Runessons version av *Kaldor-Hicks* skiljer sig emellertid delvis från det vedertagna, där Runesson anser att »Kaldor-Hicks-kriteriet är avsett för beslutsfattande i ett makroperspektiv, men skiljer sig i övrigt föga från *pareto*-effektivitet», a. a. s. 39, not nr 71.

160. Domeij, B. (1998), *Läkemedelspatent: patent på läkemedel i Europa ur ett rättsvetenskapligt och rättsekonomiskt perspektiv*, s. 19 f. Jfr emellertid Nielsen och Tvarnø, *Retskilder og retsteorier*, s. 431, som skriver att rättsekonomi är »en økonomisk disiplin og ikke, som nogle måske kunne forestille sig, et udtryk for integration mellem jura og økonomi».

för de ser ut som de gör. Dels [sic!] för att undersöka om det finns ineffektiviteter med hänsyn till regelverkets övergripande målsättning». ¹⁶¹ Domeijs normativa utgångspunkt är målsättningen med patenträtten, att främja värdet av den samlade produktionen och det är mot denna bakgrund olika former av ineffektiva lösningar ska identifieras. ¹⁶²

Söderström beskriver *law and economics* enligt följande.

Law and economics, also called economic analysis of law, is the part of economics that analyses the interaction between law and economics. Law and economics is used to predict effects of legal standards and to normatively make recommendations to lawmakers and legal practitioners. ¹⁶³

Hennes egen användning avviker emellertid något från ovanstående och mer vedertagna. Hon ska istället använda argument från ekonomisk teori för att avkoda det rättsliga materialet. Styrningen av banksektorn vilar till stor del på ekonomiska skäl, och hennes analys och användning av rättsekonomi siktar på »economic considerations as reasons for regulation«. Där ekonomisk teori tillhandahåller argument för en specifik reglering kommer dessa argument att analyseras med utgångspunkt i det rättsliga materialet. Genom att på detta sätt abstrahera och applicera ekonomiska argument kan det rättsliga materialet struktureras och förstås på nya sätt. ¹⁶⁴

Även Sjöbergs avhandling fokuserar på regleringen av banker. Framställningen är en undersökning som kombinerar rättsvetenskap med ekonomi. Valet att använda ekonomisk metod framstår enligt Sjöberg i stort sett som självklart, och att det förefaller uteslutet att med ett normativt perspektiv analysera hur banker bör regleras utan att använda

161. Domeij, *Läkemedelspatent*, s. 19 f.

162. A. a. s. 22.

163. Söderström, R. (2017), *Sound banking*, s. 39.

164. A. a. s. 42.

ekonomiska resonemang.¹⁶⁵ En generell nackdel som brukar framföras mot användning av ekonomiska metoder – att deras grundantaganden är orealistiska – har enligt Sjöberg dålig bäring på avhandlingens område. Ett rättsekonomiskt perspektiv kan enligt Sjöberg tillföra mer än andra perspektiv. Att avhandlingen inte är en traditionell rättsvetenskaplig undersökning innebär bland annat att betydande delar av den rättsvetenskapliga metoden – i detta fall de delar som syftar till att bestämma gällande rätt – inte kommer till användning. Avhandlingen är istället underställd andra rättsvetenskapliga krav, som kravet på rationalitet, vilket gör att resonemangen ska vara hållbara och motsägelsefria.

Den metod som används förutsätter att det undersökta området är oreglerat. Metoden är fristående från rättskällor och den gällande rätten och genom metoden konstrueras en modell vars främsta syfte är att få fram förslag till regleringar. Detta skapar vägledning för den som har behov att ta ställning i olika policyfrågor, där de mer konkreta har karaktär av förslag till regleringar. Dessa förslag bygger på bedömningar av samhällsekonomiskt lämpliga ståndpunkter vad gäller regleringens utformning.¹⁶⁶

2.3.2 Allmänt om tillämpningen

2.3.2.1 UTGÅNGSPUNKTER

Av den rättsekonomiska litteraturen – både svensk och internationell – framgår två olika användningar av ekonomisk teori: en *deskriptiv* och en *normativ*.¹⁶⁷ När ekonomisk teori används deskriptivt förklarar och förutsäger den vilka effekter rättsreglerna har och kommer att ha, givet

165. Sjöberg, G. (2018), *Reglering av banker*, s. 33.

166. A. a. s. 36 ff. Sjöberg hänvisar också till Söderström, *Sound banking*, s. 18.

167. Detta framgår till exempel av Coleman, J. L. (1980), *Efficiency, Utility, and Wealth Maximization*. Hofstra Law Review, s. 548 f., Dworkin, R. M. (1980), *Is Wealth*

vissa förutsättningar. När den används normativt beskriver den vad rättens effekter borde vara, och detta utifrån en specifik uppfattning om rättens ändamål.¹⁶⁸

Samma uppdelning mellan deskriptivt och normativt görs i avhandlingen. Det huvudsakliga föremålet för undersökningen är emellertid inte rättsnormerna, även om deras effekter – som en del av den utfyllande rätten – också kommer att analyseras. Istället kommer fokus för tillämpning av ekonomisk teori vara de avtalsnormer som parterna genom avtalsfriheten har kompetens att skapa och som genom principen om avtalsbundenhet blir bindande.

Dessa utgångspunkter innebär att ekonomisk teori kommer att tillämpas för att förklara och förutsäga vilka effekter olika vitesregleringar får. Det vill säga, med ett avtalsvite med ett visst vitesbelopp, kan ekonomisk teori visa hur parten kommer att agera, till exempel i valet mellan fullgörelse och avtalsbrott. I den deskriptiva delen görs inte någon värdering av de olika utfallen eller ageranden från parternas sida. Istället konstateras att ett alternativ ger en viss nytta och därmed ett visst agerande medan ett annat alternativ ger en annan nytta och agerande. Som jämförelsematerial finns dels avtalsviten med olika innehåll i fråga om bland annat vitesbelopp och huvudförpliktelser, dels den dispositiva rätten.

Det andra, normativa steget används därefter för att utvärdera de olika alternativen med utgångspunkt i att parternas sammanlagda nytta

a Value? The Journal of Legal Studies, s. 191 och Polinsky, A. M. (2011), *An introduction to law and economics*, s. xix. Se också Bastidas Venegas, V. (2018), *Rättsekonomi i Juridisk metodlära*, s. 180. Samma uppdelning förekommer även i andra sammanhang, se till exempel Kelsen, *Den rena rättsläran*, s. 17, att den rena rättsläran »försöker besvara frågan vad rätten är och hur den ter sig, men inte frågan hur den bör vara och hur den bör göras«.

168. Shavell, S. (2004), *Foundations of economic analysis of law*, s. 2.

bör maximeras. Med parternas sammanlagda nytta som kriterium innebär det att om ett alternativ väljs framför ett annat är det valda *Kaldor-Hicks*-effektivt i förhållande till det som inte väljs.¹⁶⁹

2.3.2.2 FÖRKLARING AV AVTALSVITETS EFFEKTER

Ändamålet med den deskriptiva tillämpningen av ekonomisk teori är att förklara avtalsvitets påverkan på parternas nytta, och därmed också på deras agerande. Denna påverkan kallas i avhandlingen för *avtalsvitets effekter*. Tillämpningen av ekonomisk teori görs genom att ekonomiska modeller används för att beskriva hur parterna agerar givet vissa förutsättningar, varför de agerar på detta sätt samt vad som sker om förutsättningarna ändras.¹⁷⁰

Redogörelsen för effekterna är hela tiden knuten till parternas nytta av att använda vitet på ett visst sätt. Framställningen görs också till stor del mot bakgrund av de dispositiva rättsnormer som annars hade reglerat parternas mellanhavanden och vilken nytta parterna hade fått av dessa. Detta bygger på att dispositiv rätt har vissa effekter, till exempel i fråga om parternas agerande och därmed också på sannolikheten för avtalsbrott. Avtalsvitet förändrar som utgångspunkt dessa.

Det positiva intresset gör att rationella parter idealt sett – i valet mellan fullgörelse och avtalsbrott inklusive skadestånd – agerar så att den sammanlagda nyttan maximeras.¹⁷¹ Med ett vitesbelopp som avviker från det positiva intresset kan parterna komma att agera annorlunda. En viktig del av avhandlingen blir därför att redogöra för på vilket sätt detta sker och vilken nytta – högre eller lägre – parterna istället kan få.

169. För en definition av *Kaldor-Hicks*-kriteriet, se till exempel Dahlman m. fl., *Rättsekonomi: en introduktion*, s. 56. Se även Mas-Colell, A., Winston, M. D., och Green, J. R. (1995), *Microeconomic theory*, s. 313 för en mer teknisk definition.

170. Se till exempel Torsvik, G. (2006), *Människonatur och samhällsstruktur: en kritisk introduktion till ekonomisk teori*, s. 14 ff.

171. Shavell, S. (1980), *Damage Measures for Breach of Contract*. *Bell Journal of Economics*, s. 478 f.

Genom att modellerna också tillhandahåller förklaringar om varför parterna agerar på ett visst sätt, ökar förståelsen för vitets effekter. Möjligheten att förklara varför vitet har vissa effekter innebär också ett lämpligt ställe att visa skillnaden mellan ekonomisk teori och dess förklaringar av vitets effekter och de förklaringar som framkommer av juridisk litteratur. Detta kan exemplifieras med det vanligt förekommande påståendet att ett avtalsvite minskar sannolikheten för avtalsbrott.¹⁷² Ett sådant påstående är förvisso möjligt att göra utan tillämpning av ekonomisk teori (eller någon annan teori över huvud taget), och givet vissa faktiska händelser stämmer det också. Avsaknaden av teori blir emellertid uppenbar när frågan om varför vitet har dessa effekter ska besvaras eller varför påståendet inte stämmer givet andra omständigheter.

För vitet görs även undersökningen om varför i förhållande till den dispositiva rätten. Utan utgångspunkt från den dispositiva rätten går det inte att förklara varför parterna agerar på ett visst sätt med ett på visst sätt utformat vite i avtalet jämfört med hur de agerar utan detsamma. Med utgångspunkt i det kontraktuella skadeståndet kan det emellertid förklaras varför ett lågt exklusivt vite leder till fler avtalsbrott. Detta är måhända en trivial förklaring, eftersom den något förenklat bygger på relationen mellan efterfrågan och pris. Med vitesbeloppet som en prislapp för avtalsbrott kommer – allt annat lika – ett lågt pris göra att efterfrågan på avtalsbrott ökar. På samma sätt kan en höjning av vitesbeloppet och därmed av priset för avtalsbrott förklara att efterfrågan minskar.

172. Fehr, M. (1913), *Om vitesbestämmelser i aftal enligt svensk rätt: en profföreläsning*, s. 6 f., Nordling, E. V. (1913), *Anteckningar efter prof. E. V. Nordlings föreläsningar i svensk civilrätt: allmänna delen*, s. 276, Rodhe, *Obligationsrätt*, s. 585, Olsen, *Ersättningsklausuler*, s. 30, Almén, T., Eklund, R., och Nordström, T. (1997, urspr. publ. 1968), *Lagen om avtal*, s. 139 och Adlercreutz m. fl., *Avtalsrätt I*, s. 340.

Men det finns också andra, mer subtila effekter av vitesbeloppet vilka kan förklaras av de ekonomiska modeller som används. Modellerna kan till exempel förklara varför ersättning enligt det positiva intresset gör att parterna agerar på ett *Kaldor-Hicks*-effektivt (eller i vissa fall *Pareto*-effektivt) sätt i valet mellan fullgörelse och avtalsbrott. De kan förklara varför inte bara vitesbeloppet utan riskfördelningen ihop med parternas respektive inställning till risk påverkar sannolikheten för avtalsbrott. Och de kan också förklara varför olika former av tillitsutgifter har betydelse för sannolikheten för avtalsbrott.

Den sista deskriptiva användningen av ekonomisk teori utgår från frågan »vad händer om...?« Vitets effekter, så som de beskrivs och förklaras, bygger på vissa faktiska händelser. Dessa är i många fall också variabler. Till exempel har det sagts ovan att vitet har en viss effekt på parternas agerande i valet mellan fullgörelse och avtalsbrott. Vad som händer om vitesbeloppet varieras – ökas eller minskas – är, i likhet med vad som sagts ovan, möjligen en självklarhet. Men modellerna kan också användas till mer sofistikerade variationer. Ett exempel på detta är vad som händer (i fråga om parternas val mellan avtalsbrott och fullgörelse) om parternas förhållande till risk förändras eller hur parterna påverkas av att avtalsvitet knuts till olika former av huvudförpliktelser.

Målet är här att kunna formulera *nomotetiska kausalförklaringar*, det vill säga att innan händelse A inträffar – med lika stor säkerhet som vi efter händelsen A inträffat kunde förklara A – kunna förutsäga att A kommer att inträffa.¹⁷³ Detta sätt att förutsäga vitets effekter villkorat av vissa förändringar gör att parterna kan få ytterligare kunskap om vilka de ekonomiska effekterna av vitet är eller kan bli.

En delvis annan tillämpning av ekonomisk teori såvitt gäller vitets effekter, är effekterna av jämkning. Jämkningen får i detta sammanhang två effekter: dels jämkas vitet i det enskilda fallet, dels får jämkningen

173. Torsvik, *Människonatur och samhällsstruktur*, s. 37. En sådan förutsägelse kan också kallas för en *ex ante*-förklaring.

framtida effekter på andra fall. Jämkningsen kommer således att påverka parternas nytta i det enskilda fallet, men kommer inte att påverka hur parterna agerar till exempel i valet mellan fullgörande och avtalsbrott.

I och med att avtalsbrottet redan har skett när frågan om jämkning eventuellt tas upp ligger istället påverkan på ett annat plan. Detta är de framtida effekterna för andra avtal än det specifika avtal som jämkats. På så sätt har jämkningen – särskilt om den genomförs av en prejudikatinstans – en normerande verkan, eftersom den påverkar framtida avtalsparter och gör att dessa måste förhålla sig till rättstillämparens jämkningsmöjligheter.¹⁷⁴

2.3.2.3 NORMATIV TILLÄMPNING

Den tredje och sista användningen av ekonomisk teori är den *normativa tillämpningen*. Tillämpningen sker som en uppföljning av den deskriptiva framställningen. Tyngdpunkten ligger på hur parterna bör använda avtalsvitet samt hur rättstillämparen dels bör besvara svaga rättspolitiska frågor rörande avtalsviten, dels jämkna vitet i syfte att maximera parternas nytta. I jämförelsen mellan två olika alternativ, där nyttan för respektive alternativ är fastställd genom tillämpning av de ekonomiska modellerna, är det alternativ som ger den högsta sammanlagda nyttan också det som kommer att förespråkas. Detta – strävan efter största möjliga nytta – blir därigenom också svaret på varför ett visst avtalsinnehåll förespråkas framför ett annat. Det vill säga, frågan »varför» får sitt svar »därför» givet ett visst effektivitetskriterium. Sambandet beskrivs av Shavell enligt följande.

It should therefore be noticed that normative analysis is *conditional* in nature, in that the legal rule that is best may depend on the social welfare criterion under consideration.¹⁷⁵

174. Posner, R. A. (2014), *Economic analysis of law*, s. 32.

175. Shavell, *Foundations of economic analysis of law*, s. 2.

Att sträva efter största möjliga nytta antyder ett till parterna begränsat *utilitaristiskt* perspektiv. Utilitarismen återfinns i ett antal varianter, men med vissa gemensamma drag. Den beskrivs som en samling moraliska och politiska filosofier för vilka »general utility or social welfare is ultimately the sole ethical value or good to be maximized«. ¹⁷⁶ Utilitarismen tar därmed inte hänsyn till fördelningen mellan parterna. Skulle rättstillämparen i det enskilda fallet tillämpa en regel som minskar en av parternas nytta men ökar den sammanlagda nyttan är detta en regel som en utilitarist skulle förespråka, utan hänsyn till att förändringen inte är *Pareto*-effektiv.

I diskussionen mellan olika normativa ändamål för den ekonomiska analysen förekommer frekvent begrepp som utilitarism, *Pareto*-kriterier, *wealth maximization* och *welfare economics*. Här ska inte gås igenom i detalj hur dessa mål förhåller sig till varandra, utan jag ska bara kort redogöra för deras relation och på vilket sätt detta är relevant för avhandlingen.

En grundläggande distinktion är den mellan välbefindmaximering och välfärdsekonomi.

[T]he standard normative criterion studied in welfare economics is a social welfare function: a function of the utilities of individuals in the population. Total wealth is not a function of the utilities of individuals, so is not, on its face, a social welfare function. ¹⁷⁷

Under sent 1970- och in på 1980-talet pågick en diskussion om huruvida välbefind (*wealth*) kunde utgöra grunden för normativa uttalanden. ¹⁷⁸

176. Riley, J. (2008), *Utilitarianism and economic theory* i The New Palgrave Dictionary of Economics. Simmonds, *Central issues in jurisprudence*, s. 17 ff. använder en liknande formulering.

177. Shavell, *Foundations of economic analysis of law*, s. 668.

178. Se Posner, R. A. (1979), *Utilitarianism, Economics, and Legal Theory*. The Journal of Legal Studies, s. 103 ff., Dworkin, *Is Wealth a Value?*, s. 191 ff., Kronman, A. T. (1980),

Frågan blir då varför det är viktigt att hålla isär dessa två företeelser, det vill säga varför är en social välfärdsfunktion »bättre« än välbästandsmaximering? Under *welfare economics* görs utvärderingen av olika alternativ i två steg. Först (1) klarläggs nyttan hos varje enskild individ för de olika alternativen och därefter (2) sammanställs dessa nyttor enligt en viss funktion.¹⁷⁹

En individs nytta kan bestå av en mängd olika faktorer och det finns i teorin ingen gräns för vad som där kan ingå så länge utgångspunkten är individen och hennes uppfattning.¹⁸⁰ Nyttan av respektive faktor kopplas ihop till ett tal, där ett enkelt samband föreligger: ju högre nytta, desto högre värde. Samma sak gäller för en förväntad nytta.¹⁸¹

En viktig del av *welfare economics* är hur de olika individernas nytta sammanställs enligt (2) ovan. Hur detta sker beror på vilket perspektiv man väljer, det vill säga vilken social välfärdsfunktion som används. Användningen av *welfare economics* säger i sig ingenting om på vilket sätt detta ska ske, utan den säger bara att det ska ske på något sätt.¹⁸²

Wealth Maximization as a Normative Principle. The Journal of Legal Studies, s. 227 ff. samt Posner, R. A. (1980), *The Ethical and Political Basis of the Efficiency Norm in Common Law Adjudication*. Hofstra Law Review, s. 487 ff.

179. Shavell, *Foundations of economic analysis of law*, s. 595 f. samt Kaplow, L. och Shavell, S. (2000), *Fairness versus welfare*. Harvard Law Review, s. 977.

180. Kaplow och Shavell, *Fairness versus welfare*, s. 980, skriver att »[t]he only limit on what is included in wellbeing is to be found in the minds of individuals themselves, not in the minds of analysts«.

181. I Savage, L. J. (1954), *The foundations of statistics* lanseras ett sätt att hantera förväntad subjektiv nytta.

182. Se Kaplow och Shavell, *Fairness versus welfare*, s. 987 f.: »Various methods of aggregation are possible. For example, under the utilitarian approach, social welfare is taken to be the sum of individuals' utilities. Alternatively, the well-being of worse-off individuals might be given additional weight, as under the approach associated with John Rawls, wherein social welfare corresponds to the utility of the worst-off individuals«.

Shavell tar ett exempel på användningen av olika sociala välfärdsfunktioner. Ett samhälle består av två individer, A och B, som båda har en nytta på 100. Om en viss social välfärdsfunktion f_1 säger att den sociala välfärden är summan av de båda individernas nytta blir denna $100 + 100 = 200$. I detta fall spelar det med andra ord ingen roll hur nyttan är fördelad mellan A och B. Summan kommer alltid att bli 200.

Men den sociala välfärden kan beräknas på andra sätt. Om en social välfärdsfunktion f_2 istället säger att den sammanlagda nyttan är summan av kvadratroten av de båda individernas nytta blir resultatet annorlunda. Summan blir i det fallet $(100)^{1/2} + (100)^{1/2} = 10 + 10 = 20$. Detta tillstånd kallas nedan för x_1 . Här spelar fördelningen av nyttan roll för summan av individernas nytta. Om ett annat tillstånd x_2 innebär att A har 50 och B 150 skulle summan av nyttan enligt f_2 uppgå till ca 19,5 och om A hade haft all nytta (tillstånd x_3) skulle summan bli ca 14,1. Givet de sociala välfärdsfunktionerna f_1 respektive f_2 kommer summan av nyttan i tillstånd x_1 att vara högre än i tillstånd x_2 , vars nytta i sin tur är högre än nyttan i x_3 .

2.4 RATIONELLT AGERANDE

2.4.1 Utgångspunkter

Syftet med genomgången nedan är att visa hur en utvald del av neoklassisk ekonomisk teori – beslutsteori – beskriver individers beteende med utgångspunkt i att aktörerna är rationella.¹⁸³ Att en aktör är rationell kan innebära olika saker. Här, där aktörers handlingar är i fokus, är en handling rationell om den – bland alla andra handlingar som aktören kunde ha valt – bäst leder aktören till målet, oavsett vilket mål aktören

183. Fishburn, P. C. (1970), *Utility theory for decision making*, s. 1: »Decision making serves as the foundation on which utility theory rests.« Se även Fishburn, P. C. (2017), *Utility Theory and Decision Theory* i *The New Palgrave Dictionary of Economics*.

har. Detta kallas ibland för *instrumentell rationalitet*, eftersom handlingar bedöms utefter hur väl de fungerar som instrument och det i sin tur beror på hur nära aktörens mål de leder henne.¹⁸⁴

Den nyttomaximerande aktören är en produkt av den *neoklassiska* nationalekonomin, så som den formades under andra halvan av 1800-talet. Den neoklassiska kan i sin tur kontrasteras med dess föregångare: den *klassiska*. Den klassiska delen av nationalekonomin, representerad bland annat av Smith, Ricardo och Malthus, hade fokus på den samlade produktionen.¹⁸⁵ Smith betonade arbetsfördelning – *division of labour* – som en viktig faktor i hur mervärde skapas.¹⁸⁶ Fokus låg här på arbete, jord och kapital samt hur dessa samverkade. Förvisso fanns en inneboende rationalitet, men den gjordes sällan explicit och dess betydelse begränsades till att aktörerna oavsett typ föredrog mer framför mindre.¹⁸⁷

Den neoklassiska nationalekonomin bygger istället på vissa grundläggande antaganden, där två av dessa är att aktörerna har rationella preferensrelationer. Enligt dessa åsätter aktörerna olika värden på respektive utfall samt strävar efter att maximera sin nytta.¹⁸⁸

Två exempel från litteraturen av rationellt agerande är följande.

184. Torsvik, *Människonatur och samhällsstruktur*, s. 62.

185. Smith, A. (2007, urspr. publ. 1776), *An Inquiry Into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, s. 293.

186. Detta är noterat redan av Platon (2003, urspr. publ. ca 380 f. Kr.), *Skrifter. Bok 3, Staten*, s. 86 f.

187. Arrow, K. J. (1986), *Rationality of Self and Others in an Economic System*. The Journal of Business, s. 388.

188. Bliss, C. (2016), *Distribution Theories: Neoclassical* i The New Palgrave Dictionary of Economics. Se till exempel också Becker, G. S. (1976), *The economic approach to human behavior*, s. 5 och Jevons, W. S. (2013, urspr. publ. 1911), *The Theory of Political Economy*, s. 267.

In the standard view, rational choice is defined to mean the process of determining what options are available and then choosing the most preferred one according to some consistent criterion.¹⁸⁹

En instrumentellt rationell aktör handlar efter ett fast formulär: han kartlägger valalternativen, bildar sig uppfattningar, räknar ut konsekvenserna av olika val och väljer det alternativ som leder till de bästa konsekvenserna med hänsyn till hans intressen.¹⁹⁰

Rational choice används i avhandlingen för att beskriva och förklara hur rationella parter agerar och kommer att agera. Denna utgångspunkt bygger på att aktörerna kan framställa minst två alternativ enligt citatet ovan. Ett exempel är valet att ingå ett visst avtal. Detta är ett val med ett alternativ, men genom att se alternativet att inte ingå ett avtal som det andra alternativet går det att konstruera en situation med mer än ett alternativ.

Det rationella agerandet och huruvida det är ett korrekt återgivande av hur aktörer faktiskt agerar är sedan lång tid omdiskuterat. Kritiken har kommit från olika riktningar, och ska här bara återges i delar. Syftet med genomgången är inte att förkasta de neoklassiska antagandena, utan att istället ge en mer nyanserad bild av dem.

En sådan inriktning är den så kallade beteendekonomin (*behavioural economics*). Denna är i sin tur relaterad till begreppen *bounded rationality* och *New Institutional Economics*, utan att någon vedertagen taxonomi finns. Dess huvuddrag förklaras lättast genom att kontrastera den mot den neoklassiska ekonomins antaganden: »Behavioural economics is concerned with the empirical validity of these neoclassical assumptions

189. Levin, J. och Milgrom, P. (2004), *Introduction to Choice Theory*, s. 1.

190. Torsvik, *Människonatur och samhällsstruktur*, s. 67.

about human behaviour and, where they prove invalid, with discovering the empirical laws that describe behaviour correctly and as accurately as possible.«¹⁹¹

Den beteendekonomiska kritiken mot neoklassisk teori kan i sin tur delas upp i ett antal olika områden, vilka alla har gemensamt att de på olika sätt har bidragit med empiri som i specifika delar vederlägger de antaganden som neoklassisk ekonomi bygger på. Ett exempel på sådant är *bounded rationality*.¹⁹² Denna kan ses som en tidig föregångare till det som sedan utvecklades till vad som idag kallas beteendekonomi, och »takes into account the cognitive limitations of the decision-maker – limitations of both knowledge and computational capacity«.¹⁹³

Begreppets upphovsman, Herbert A. Simon, använde uttrycket för att beteckna avvikelser från rationellt agerande. Grunden till avvikelsen låg enligt Simon i människans oförmåga att i verkliga situationer agera rationellt. Istället för den hyperrationella *economic man* är den av *bounded rationality* begränsade *organization man* »endowed with less powerful analytical and data-processing apparatus«. Detta innebär emellertid inte att den senare agerar irrationellt, utan bara att hon upplever »limits in formulating and solving complex problems and in processing (receiving, storing, retrieving, transmitting) information«.¹⁹⁴

191. Simon, H. A. (2016), *Behavioural Economics* i The New Palgrave Dictionary of Economics, s. 846.

192. Simon, H. A. (1986), *Rationality in Psychology and Economics*. The Journal of Business, s. S209.

193. Simon, H. A. (2018), *Rationality, Bounded* i The New Palgrave Dictionary of Economics, s. 11288.

194. Williamson, O. E. (1981), *The Economics of Organization: The Transaction Cost Approach*. American Journal of Sociology, s. 553 med hänvisning till Simon, H. A. (1967), *Models of man: social and rational: mathematical essays on rational human behavior in a social setting*. Se även Simon, H. A. (1955), *A Behavioral Model of Rational Choice*. The Quarterly Journal of Economics, s. 99 ff.

En annan inriktning inom beteendekonomin är prospektteorin (*prospect theory*) skapad av Kahneman och Tversky under slutet av 70-talet. Precis som andra delar av beteendekonomin visar prospektteorin hur individer i olika sammanhang agerar irrationellt. I fokus ligger individers agerande under osäkerhet, där Kahneman och Tversky genom empiriska studier visar att det faktiska agerandet avviker från hur neoklassisk teori förutsade att individer skulle agera.¹⁹⁵

2.4.2 Val

Hur en aktör väljer kan enligt mikroekonomisk teori och beslutsteori analyseras på två olika sätt, vilka också är beroende av varandra. Det ena fokuserar på aktörens *preferenser*. Dessa preferenser underkastas vissa krav på rationalitet, och sedan analyseras konsekvenserna av preferenserna i förhållande till aktörens agerande. Preferenserna är inget som en utomstående kan se, utan betraktaren kan bara iaktta konsekvenserna av dem i form av hur aktören väljer.

En aktör måste för att vara rationell agera på ett visst sätt i valet mellan olika alternativ. Detta innebär att hennes preferensrelationer måste vara fullständiga och transitiva.¹⁹⁶ En *fullständig* preferensrelation innebär att aktören för alla möjliga par av alternativ har en uppfattning om

195. Kahneman, D. och Tversky, A. (1979), *Prospect Theory: An Analysis of Decision under Risk*. *Econometrica*, s. 263 som inledningsvis skriver bland annat att artikeln »describes several classes of choice problems in which preferences systematically violate the axioms of expected utility theory«. Se även Thaler, R. H. (2018), *Behavioral economics from nuts to 'nudges'*. *Chicago Booth Review*, s. 1. Thaler kallar prospektteorin för det viktigaste tillskottet till beteendekonomi: »The theory is now nearly four decades old and remains the most important theoretical contribution to behavioral economics.«

196. Kreps, D. M. (1990), *A course in microeconomic theory*, s. 23, Mas-Colell m. fl., *Microeconomic theory*, s. 6, Varian, H. R. (2014), *Intermediate microeconomics: a modern approach*, s. 35 och Lindahl, L.-Å. (2017), *Spelteori*, s. 5.

rangordningen mellan dem. Kravet på fullständighet utesluter emellertid inte att aktören är indifferent mellan vissa val. Att en aktör är indifferent är alltså inte samma sak som att aktören inte vet vad hon tycker.¹⁹⁷ Att preferensrelationen måste vara *transitiv* förhindrar att aktören ska »gå i cirklar« på så sätt att hon föredrar x framför y och y framför z men z framför x . En sådan preferensrelation uppfyller alltså inte kravet på transitivitet. En aktör med en sådan preferensrelation skulle därför vara omöjlig att använda i ekonomiska modeller.¹⁹⁸

Preferensrelationer beskrivs ofta i form av nyttofunktioner.¹⁹⁹ En sådan funktion (vanligen benämnd u efter engelskans *utility*) åsätter ett numeriskt värde på varje alternativ på så sätt att funktionen får ett högre värde för det som föredras.²⁰⁰

Det andra sättet har aktörens *val* som utgångspunkt och utifrån dessa dras olika slutsatser. Här finns istället andra krav på rationalitet, vilka ersätter kravet på rationella preferenser. Detta angreppssätt studerar aktörernas val, vilka är synliga för omvärlden, där den efterföljande framställningen bygger på dessa och inte på sådant – preferenser – som inte syns.²⁰¹ Till exempel kan en domstol se hur en avtalspart har agerat när hon stått i valet mellan fullgörelse och icke-fullgörelse. Denna triviala iakttagelse – att med facit i hand veta hur parten valde – kan inte göras om man enbart utgår från preferenser.

197. Levin och Milgrom, *Introduction to Choice Theory*, s. 4.

198. Torsvik, *Människonatur och samhällsstruktur*, s. 71.

199. Mas-Colell m. fl., *Microeconomic theory*, s. 8 och Varian, *Intermediate microeconomics*, s. 55.

200. En funktion $u : X \rightarrow \mathbb{R}$ är en nyttofunktion för preferensrelationen $\succsim$ om det för alla $x, y \in X$ gäller att $x \succsim y \Leftrightarrow u(x) \geq u(y)$, se Mas-Colell m. fl., *Microeconomic theory*, s. 9. Motsvarande definitioner återfinns hos Levin och Milgrom, *Introduction to Choice Theory*, s. 9 och Lindahl, *Spelteori*, s. 6.

201. Mas-Colell m. fl., *Microeconomic theory*, s. 5.

I avsnitt 2.2.3 ovan har jag gjort en skillnad mellan faktiska och avtalade händelser. Med denna syn kan parternas val av avtalade händelser beskrivas som att dessa händelser, genom utformningen av avtalsklausuler, »köps in» i avtalet. Om man antar att det går en klausul per avtalad händelse, skulle ett enkelt avtal till exempel omfatta två klausuler, leveranstidpunkt och pris, utöver avtalsingressen och sådana standardklausuler som i regel alltid ingår.²⁰² Mer omfattande avtal innebär fler klausuler.

För dessa köp har parterna till sitt förfogande en viss *budget* där varje klausul kostar att köpa in, främst i form av ombudskostnader, det vill säga en variant av transaktionskostnader, men också att de lägger ner tid som annars hade kunnat läggas på andra nyttoökande aktiviteter.

Budgeten fungerar som en första begränsning. Utifrån denna väljer parterna den eller de klausuler som de tror bäst tillgodoser deras preferenser.²⁰³ Budgeten gör också på ett konkret sätt att avtal i allmänhet är ofullständiga, eftersom den sätter gränser för antalet avtalade händelser parten har råd att inkludera.

Den andra begränsningen är av juridisk sort och utgörs av tvingande rättsnormer. Deras inverkan sker till skillnad från budgeten indirekt. Avtal ingås i syfte att öka parternas nytta. Detta sker till exempel genom att styra att rättsverkningarna ska följa av avtalsnormerna, vilka i regel är mer anpassade efter det specifika avtalet och därför antas ge en högre nytta än om rättsverkningarna följt av den dispositiva rätten (eller om den dispositiva rätten saknar de normer som ger den rättsverkan parterna är ute efter).

Men detta förutsätter att avtalet får rättsverkan utefter dess genom tolkning fastställda innehåll och att det bara är genom den avsedda rätts-

202. Edlund, L. (2001), *Boilerplate på svenska*. Svensk Juristtidning, s. 172 ff. är en svensk framställning av sådana klausul typer.

203. Varian, *Intermediate microeconomics*, s. 20.

verkan som nyttoökningen inträffar. Om innehållet i en klausul däremot strider mot innehållet i en tvingande rättsnorm, kommer klausulen inte få verkan enligt sitt innehåll (under förutsättning att den åberopsskyldiga parten åberopar rättsfakta som gör att den tvingande normen är tillämplig). Detta innebär också att något köps in för en viss kostnad men utan att det kommer kunna användas. Nyttan av det blir i det fallet noll och på så sätt är den faktiska nyttan av ett sådant i villkor negativ.

De alternativ en aktör A kan välja mellan kallas nedan gemensamt för mängden X . Elementen i X utgörs av sinsemellan oförenliga alternativ, det vill säga om aktören väljer ett visst alternativ utesluts samtidigt möjligheten att välja något eller några andra alternativ. För de fall elementen i X består av enskilda klausuler, a , b och c , innebär detta att aktören kan välja endast ett av dessa tre alternativ. Om elementen i X däremot består av kombinationer av a , b och c , till exempel ab , bc , abc , ad och bd är det istället kombinationerna som är oförenliga. Aktören måste då istället välja endast en kombination.

Mot bakgrund av de olika alternativen skapas en *beslutsstruktur*.²⁰⁴ Formellt består den av två delar, där den första delen utgörs av en samling B av alla alternativ i mängden X i form av möjliga kombinationer.²⁰⁵ Den andra delen är en *beslutsregel*, vilken ger ett eller fler valda element ur B och detta mot bakgrund av aktörens preferenser.

För att mer konkret beskriva hur en beslutsstruktur fungerar antas X bestå av sådana klausuler som en part kan »köpa in« i avtalet. Klausulerna är fyra stycken: w , x , y och z . De kan kombineras på ett antal olika sätt. De fyra möjliga kombinationerna i detta exempel är följande.

$$(2.1) \quad B_1 = \{x, y\}, B_2 = \{w, x, y\}, B_3 = \{w, y, z\}, B_4 = \{y, z\}$$

204. Mas-Colell m. fl., *Microeconomic theory*, s. 9 f. För en motsvarande framställning av förhållandet mellan val, preferenser och nytta, Kreps, *Microeconomic theory*, s. 26 ff. och Varian, *Intermediate microeconomics*, s. 118 ff. För svenska förhållanden finns till exempel Lindahl, *Spelteori*, s. 5 ff. vars framställning har ett liknande upplägg.

205. Mas-Colell m. fl., *Microeconomic theory*, s. 10.

Som exempel på hur en beslutsregel fungerar kan tas att X består av dessa fyra klausuler, men att de alternativ som aktören faktiskt kan välja mellan, med hänsyn till tvingande rättsnormer och budget, är $B_1 = \{x, y\}$ och $B_2 = \{w, x, y\}$. En viss beslutsregel (som i litteraturen brukar kallas C) kan till exempel säga att ställd inför B_1 kommer aktören att välja x , medan ställd inför B_2 kommer hon att välja x och w .²⁰⁶

Beslutsregeln anger för varje kombination av möjliga klausuler vilka klausuler aktören kommer att välja, medan dess normativa del visar att samma val är det som också bör väljas, givet att aktören är en rationell nyttomaximerare.

Ta som exempel att w är en hävningsklausul, x en klausul som säger när leverans ska ske, y en klausul som beräknar priset och z en sekretessklausul. Begränsningen av aktörernas alternativ kan utgöras av budgeten, vilken gör att aktören inte har resurser att arbeta fram och konkretisera samtliga fyra klausuler i ett och samma avtal. Men det kan också handla om att vissa klausuler – till exempel alltför långtgående sekretessklausuler – strider mot innehållet i tvingande gällande rätt, och därför (i vart fall indirekt) inte är möjliga att välja.

Med användning av ovanstående beslutsregel C kan de olika klausulerna väljas enligt följande. Om aktörens alternativ är B_1 kommer hon att välja x i valet mellan x och y , det vill säga i valet mellan en klausul som säger när leverans ska ske och en klausul som beräknar priset kommer hon att välja den förra medan rättsverkningarna av den senare faktiska händelsen följer av den dispositiva rätten. Om istället hon har en annan budget och kan välja mellan fler klausuler, till exempel B_2 och w , x och y , kommer hon att välja både w och x .

Även för detta slags analys återfinns vissa krav, som om de uppfylls konstituerar ett rationellt agerande. För att kunna använda beslutsstrukturer på detta sätt krävs att man kan förvänta sig att beslutsfattaren

206. Formellt skrivs dessa $C(\{x, y\}) = \{x\}$ respektive $C(\{w, x, y\}) = \{w, x\}$.

väljer med vissa krav på konsistens.²⁰⁷ Med klausulerna i B_1 , det vill säga x och y som möjliga alternativ och med beslutsregeln C antar vi att aktören väljer x . Om aktören ska vara rationell gäller att om alternativet istället varit B_2 , det vill säga w , x , och y får inte förekomsten av w göra att aktören med samma beslutsregel nu istället väljer x och y .²⁰⁸ Detta sammanfattas enligt följande i litteraturen: »If x is revealed at least as good as y , then y cannot be revealed preferred to x .«²⁰⁹

2.4.3 Val under osäkerhet

Ovan har A valt mellan olika klausuler och det mot bakgrund av att hon med säkerhet vet nyttan av dessa. I verkligheten sker emellertid de flesta val under olika former av osäkerhet, vilket gör att teorin måste justeras för att omfatta också dessa situationer.²¹⁰

Jag återkommer här till det tidigare problemet som A står inför: att med en begränsad budget välja vilka faktiska händelser hon ska göra till avtalade händelser. Den osäkerhet som nu inkluderas kommer från de osäkerhetsfaktorer som nämndes inledningsvis i kapitel 1. De två första beror på tidsfaktorn. Vissa avtal löper under en viss tid. Parterna kan inte vid avtalets ingående förutsäga alla händelser som kan komma att inträffa under avtalsförhållandet. De kan inte heller på förhand kalkylera nyttan av de händelser som faktiskt inträffar och som omfattas av

207. Mas-Colell m. fl., *Microeconomic theory*, s. 10 f.

208. Eng: *the weak axiom of revealed preference*, ursprungligen formulerat av Samuelson, P. A. (1938), *A Note on the Pure Theory of Consumer's Behaviour*. *Economica*, s. 65: »In words this means that if an individual selects batch one over batch two, he does not at the same time select two over one.«

209. Mas-Colell m. fl., *Microeconomic theory*, s. 11.

210. En av få juridiska framställningar som kort berör val under osäkerhet är Wilhelmssen, T.-L. (1995), *Avtalelovens § 36 og økonomisk effektivitet*. *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, s. 36 ff.

avtalsförhållandet. De kan till exempel beräknat en viss nytta av en avtalad händelse, men där det visar sig att den faktiska nyttan när händelsen inträffade var betydligt lägre (eller högre) än beräknat.

Den tredje osäkerheten utgörs av okunskapen om innehållet i gällande rätt. Eftersom rättsläget i många fall framstår som osäkert – bland annat på grund av tidsbrist, ovilja eller oförmåga att med säkerhet utreda rättsnormernas innehåll (om de ens existerar) – eller oklart måste aktören fatta beslut under osäkerhet. A inkluderar till exempel klausulen k i avtalet i tron att den har vissa rättsverkningar. Möjligheten att A har missuppfattat innehållet eller att innehållet är osäkert är omöjlig att undvika. Vidare förekommer ytterligare osäkerheter hur rättstillämparen i det enskilda fallet uppfattar innehållet i den gällande rätten och den där till hörande diskretionära beslutskompetensen. Osäkerheten kan därför leda till att nyttan av k inte blev den A hade räknat med.

Mot bakgrund av osäkerhetsfaktorerna kan A:s valsituation beskrivas på i huvudsak två olika sätt.²¹¹ Det första bygger på osäkra faktorer, men där osäkerheten (risken) ges av objektivet verifierbara eller utifrån givna sannolikheter.²¹² Dessa situationer kallas i litteraturen för ett *lotteri* där den förväntade nyttan är en så kallad *von Neumann-Morgenstern-nytta* (nedan förkortad vNM-nytta).²¹³

211. Kreps, D. M. (1988), *Notes on the theory of choice*, s. 31 ff. och Levin, J. (2006), *Choice under Uncertainty*, s. 6 f. och 26 ff. Båda dessa hänvisar också till Anscombe och Aumanns variant, Anscombe, F. J. och Aumann, R. J. (1963), *A Definition of Subjective Probability*. The Annals of Mathematical Statistics, s. 199 ff.

212. Denna definition av risk var vedertagen redan på 1700-talet, vilket framgår av Bernoulli, D. (1954, urspr. publ. 1738), *Exposition of a New Theory on the Measurement of Risk*. Econometrica, s. 23 (ursprungligen med titeln *Specimen Theoriae Novae de Mensura Sortis* i *Commentarii Academiae Scientiarum Imperialis Petropolitanae*). Tidskriften och Bernoullis artikel har i sin tur gett namn åt *S:t Petersburg-paradoxen*, vilken betraktas som en av de första beskrivningarna av förväntad nytta.

213. I von Neumann, J. och Morgenstern, O. (1944), *Theory of games and economic behavior*, s. 26 presenteras de fyra axiom som ligger till grund för parternas agerande i

Framställningar av hur vNM-nytta fungerar följer liknande upplägg, här förlagt till en avtalskontext. Det första är förekomsten av en viss mängd konsekvenser. Dessa är kopplade till nyttan av avtalsförhållandet i dess helhet. Detta antas kunna ge fyra olika nyttor: 20, 50, 70 respektive 90, nedan kallade u_1 , u_2 , u_3 och u_4 . Dessa nyttor utgör tillsammans mängden Z . Vidare finns det två avtal, h_1 och h_2 , med olika innehåll. Det objektiva eller verifierbara inslaget i detta fall är att A vet om vilken sannolikhetsfördelning mellan de olika nyttorna som respektive avtal har. En sådan kan till exempel vara att avtal h_1 ger sannolikheten p_{h_1} , vilken innebär p_1 för u_1 är 0,4; $p_2(u_2) = 0,3$; $p_3(u_3) = 0,2$ samt $p_4(u_4) = 0,1$.²¹⁴ Avtal h_2 har istället en sannolikhetsfördelning p_{h_2} om 0,3; 0,3; 0,2 samt 0,2. Den förväntade nyttan för respektive avtal blir därmed:

$$(2.2) \quad \text{Avtal } h_1: 8 + 15 + 14 + 9 = 46.$$

$$(2.3) \quad \text{Avtal } h_2: 6 + 21 + 14 + 18 = 59.$$

A väljer här mellan två olika sannolikhetsfördelningar, vilka representeras av respektive avtal. Tillsammans utgör avtalen sannolikhetsfördelningarna över Z .²¹⁵

Detta är emellertid inte en speciellt realistiskt situation av ett avtalsingående. Valet ovan är för A trivialt. Hon kommer välja avtal h_2 eftersom det ger en högre förväntad nytta än avtal h_1 . Eftersom vi kan se detta val kan vi också säga att hennes preferensrelation är $h_2 > h_1$, samt att denna ger att det som föredras ger den högsta förväntade nyttan. Samma val hade den rationella aktören B, C och så vidare också gjort.

syfte att maximera den förväntade nyttan. »The [von Neumann-Morgenstern] model views uncertainty as objective, in the sense that there is a given qualification of how likely the various outcomes are, given in the form of a probability distribution.«, Kreps, *Notes on the theory of choice*, s. 32.

214. Summan av dessa sannolikheter är alltså 1.

215. I litteraturen skrivs detta som: »...set P of probability measures or probability distributions on Z «, Kreps, *Notes on the theory of choice*, s. 32.

Detta skulle i sin tur innebära att alla avtal – i vart fall i en viss given situation – hade sett likadana ut, eftersom varje rationell aktör hade utifrån de givna sannolikhetsfördelningarna agerat på samma sätt som när A valde h_2 framför h_1 .²¹⁶

Mot bakgrund av detta behövs en modell där A saknar en sådan objektiv sannolikhetsfördelning över Z . Detta löses genom att säga att A istället har en *subjektiv sannolikhetsfördelning* (där B, C och så vidare har sina egna subjektiva sannolikhetsfördelningar). Alla dessa aktörer kommer på så sätt att som utgångspunkt ha olika uppfattningar om den förväntade nyttan med avtal h_1 respektive h_2 . Detta kommer också att speglas i hur de väljer, där vissa aktörer föredrar det ena avtalet framför det andra medan andra aktörer har en motsatt preferensrelation.

Grunden för synen på hur dessa val görs lades under tidigt 1900-tal.²¹⁷ Här ska kort redogöras för en teori om *subjektiv sannolikhet*, så som den lanserades 1954 av L. J. Savage i *The foundations of statistics*.²¹⁸ Teorin utgår från aktörens perspektiv och hennes uppfattning om sannolikheten för olika händelser. Den teori som Savage utvecklade bygger på två förutsättningar.²¹⁹

- (2.4) En mängd konsekvenser, gemensamt kallade Z .
- (2.5) En mängd naturtillstånd (eng: *states of nature* eller *states of the world*) kallade S .

²¹⁶ Mas-Colell m. fl., *Microeconomic theory*, s. 168 skriver att »[t]he assumption that uncertain prospects are offered to us with known objective probabilities (...) is rarely descriptive of reality«.

²¹⁷ Fishburn, P. C. (1986), *The Axioms of Subjective Probability*. Statistical Science, s. 335 nämner ett antal av dessa.

²¹⁸ Savage, *The foundations of statistics*, s. 8. Även Fishburn, *Utility theory for decision making*, s. 191 ff.

²¹⁹ Detta avsnitt är en sammanfattning av Kreps, *Notes on the theory of choice*, s. 33 ff. och Levin och Milgrom, *Introduction to Choice Theory*, s. 26 ff.

Ett element i mängden S kallas för s , där S förklaras enligt följande.

Each $s \in S$ is a compilation of all characteristics/factors about which [A] is uncertain and which are relevant to the consequences that will ensue from his choice. The set S is to be an exhaustive list of mutually exclusive states – some one s is/will be the state.²²⁰

Problemet för A är att hon inte längre på förhand kan se vilka konsekvenser de olika valen hon står inför kommer att innebära.²²¹ Utan att gå in alltför mycket på detaljer söker Savage ett sätt att förklara A:s preferensrelation genom dels en sannolikhetsfördelning, dels en nyttofunktion.²²² För att konkretisera detta kan A:s agerande i fallet med subjektiv nytta förklaras genom användning av numeriska värden. A sägs här välja mellan två alternativ, h_1 och h_2 , men utan att veta respektive avtals sannolikhetsfördelning av nyttan.

Avtalen skiljer sig åt på så sätt att avtal h_1 är ett enkelt, förhållandevis kort och mallbaserat avtal och därför billigt att ta fram. Avtal h_2 är istället ett mer omfattande avtal, innehållande fler klausuler men kostar

220. Kreps, *Notes on the theory of choice*, s. 34.

221. Kreps, *Microeconomic theory*, s. 100.

222. Nyttofunktionen säger att om h_1 föredras framför h_2 kommer den förväntade nyttan av h_1 givet A:s subjektiva sannolikhetsfördelning π över S vara strikt större än den förväntade nyttan av h_2 . Formellt gäller att (1) det existerar en sannolikhetsfördelning π över S samt att (2) det finns en nyttofunktion $u : X \rightarrow R$ att $h_1 \succ h_2$ om och endast om $\sum_{s \in S} u(h_1(s))\pi(s) > \sum_{s \in S} u(h_2(s))\pi(s)$. De båda villkoren framgår bland annat av Fishburn, *Utility theory for decision making*, s. 191 och Levin, *Choice under Uncertainty*, s. 27. Detta leder till följande slutsats i Kreps, *Microeconomic theory*, s. 100 (kursivering i originalet). Kreps använder x istället för z som används ovan: »This is just like von Neumann-Morgenstern expected utility, except that the probabilities of the various prizes are obtained by a two-step process: Probabilities are *subjectively* assessed for the various states of nature. The probability of getting a particular prize x if [contract] h is chosen is just the sum of the probabilities of those states $s \in S$ such that $h(s)=x$.«

också mer att formulera. Den högre kostnaden beror dels på omfattningen av avtalet, dels av att klausulerna antas vara mer avancerade och inte lika mallbaserade som i h_1 .

Avtalet som A väljer ska användas i en viss transaktion med ett antal osäkra faktorer. A:s nytta med avtalet är beroende av dessa faktorer. Som tidigare beskrivs de olika utfallen av avtalet genom dess konsekvenser i form av nytta, vilka i detta fall antas vara fyra stycken: 80, 70, 30 och 20. Dessa kallas för z_1 , z_2 , z_3 respektive z_4 . Tillsammans utgör de mängden Z . Faktorer som påverkar nyttan är dels kostnaden att skriva avtalet, vilken är högre för h_2 än för h_1 , dels faktorer som A inte med säkerhet kan formulera. Nyttan med avtalet är antingen hög eller låg, där z_1 respektive z_2 (det vill säga 80 eller 70) innebär hög nytta och z_3 respektive z_4 (30 eller 20) innebär låg nytta.

För att Savage's teori ska fungera krävs att följande tre villkor är uppfyllda.²²³

- (2.6) Både nyttan given av en nyttofunktion och förväntningarna i form av en sannolikhetsfördelning är subjektiva i bemärkelserna att de bygger på A:s egen uppfattning.
- (2.7) Nyttan och förväntningarna är oberoende av varandra. Nyttan av en viss konsekvens är alltså inte beroende av i vilket naturtillstånd konsekvensen inträffar. Vidare är inte konsekvensen i ett visst naturtillstånd beroende av sannolikheten för detta tillstånd.
- (2.8) Sannolikheten att ett visst tillstånd ska inträffa är oberoende av vilket avtal A väljer och nyttan av en specifik konsekvens är oberoende av vilket avtal A väljer.

För att dessa tre villkor ska vara uppfyllda krävs tre olika naturtillstånd enligt följande.

223. Kreps, *Notes on the theory of choice*, s. 34 f.

(2.9) s_1 = hög nytta oavsett vilket avtal som A väljer.

(2.10) s_2 = hög nytta enbart under förutsättning att A väljer h_2 .

(2.11) s_3 = låg nytta oavsett vilket avtal A väljer.

Detta gör att den förväntade nyttan med respektive avtal och mot bakgrund av vilket s som inträffar är följande.

(2.12) Avtal $h_1 \rightarrow h_1(s_1) = 80; h_1(s_2) = 30; h_1(s_3) = 30$.

(2.13) Avtal $h_2 \rightarrow h_2(s_1) = 70; h_2(s_2) = 50; h_2(s_3) = 20$.

Av dessa följer att villkoren (2.6) – (2.8) är uppfyllda. Detta gäller särskilt det sistnämnda, eftersom den höga respektive låga nyttan kan inträffa oavsett vilket avtal A väljer. A kommer sedan att välja, utefter den subjektiva sannolikhetsfördelningen över elementen i S , det avtal som ger den högsta förväntade nyttan.

3 BEGREPPET AVTALSVITE

3.1 INLEDNING

VAD SOM MENAS med termen avtalsvite är i flera hänseenden oklart. Viss enighet förekommer förvisso, främst att avtalsviten är villkorade av avtalsbrott. Men till följd av brist på klargörande uttalanden i rättskällorna finns en osäkerhet kring vad som i övrigt krävs för att klassificera en viss förpliktelse som ett avtalsvite.

Detta och nästkommande kapitel är ett försök att skingra den råddande osäkerheten. I detta kapitel definieras begreppet *avtalsvitet* och i nästa kapitel definieras begreppet *vitesfordran*. Definitionen av avtalsvitet görs genom att ange vilka egenskaper en avtalsförpliktelse ska ha för att räknas som ett avtalsvite. I kapitel 4 kommer jag – med utgångspunkt i avtalsvitets definition – att redogöra för under vilka villkor avtalsvitets penningförpliktelse aktualiseras.

Kapitel 3 inleds med en genomgång av hur vite och motsvarande termer används i praxis och litteratur. Mot bakgrund av dessa beskrivningar skapar jag en syntes av det etablerade, men skiftande, språkbruket. Syntesen konkretiseras genom en modellklausul med samma formulering som i exempel (1.1) i kapitel 1. Syftet med en sådan modellklausul är att den tillsammans med definitionen av avtalsvite renodlar begreppet i jämförelse med det motsägelsefulla och varierade språkbruk som för närvarande föreligger. Definitionen och det sätt den används på kommer också kunna tillhandahålla svar på frågor som tidigare befunnits svåra att besvara.

3.2 TIDIGARE OCH NUVARANDE UPPFATTNINGAR

Ett problem med framställningar av viten är att många av dem synes ta för givet vad ett vite är, vilket gör att det sällan av framställningen framgår författarens uppfattning. Detta visar i och för sig på spår av en konsekvent användning sedan lång tid, utan direkt lagstöd, låt vara att den ur vissa aspekter är otillräcklig. Innan avtalslagen trädde i kraft och viten därmed kodifierades användes onekligen avtalsvitet. Nehrman skriver till exempel att om skadan i en köprättslig tvist inte så noga kan mätas kan detta undvikas genom att parterna »förelägges ett wist wite«, och det utan att förklara vad han menar med vite.²²⁴ Att han inte gör det bör emellertid tolkas som att det redan på den tiden fanns en vedertagen uppfattning om vitet och dess användning.

Samtidigt framgår av förslaget till Handels Balk från 1815 en osäkerhet kring dess giltighet. Förarbetena skrev att med anledning av att »Lagskiparen, wid Lagens stillatigande i afseende på detta ämne, warit twekande, om sådana förord skulle anses lagligen bindande eller ej, har Commiteen ansett detsamma böra i detta Lagförslag upptagas«. Man ansåg vidare att ett förbud emot viten...

...ej kunde sammanstå med den frihet, contraherande personer böra äga, att bestämma sådana wilkor wid lofliga aftal, hwarigenom den ene kan försäkra sig om uppfyllandet af den andres förbindelse (...); så har Committen funnit wicens stadgande emellan enskilde böra tillåtas.²²⁵

Under perioden som den tidigare 36 § avtalslagen var i kraft fanns i och för sig en legaldefinition, men avseende tiden före avtalslagens tillkomst och efter ändringen 1976 saknas en sådan. Inte heller Högsta domstolen

224. Nehrman, *Inledning til then svenska iurisprudentiam civilem*, s. 282.

225. 1815 års förslag till Handels Balk, s. 138.

har uttalat sig om hur begreppet mer precist ska förstås. Närmast kommer uttalandet i NJA 2018 s. 834, »Vitesundantaget i ansvarsförsäkringen«, där domstolen förklarade att »[m]ed vite avses i kontraktsrättsliga sammanhang en i förväg avtalad ersättning för skada«. ²²⁶ I NJA 2010 s. 629, »Temarör och den borttappade huvudnyckeln«, hade Högsta domstolen dessförinnan redogjort för olika ändamål med avtalsvite utan att heller här mer precist ange vad ett avtalsvite är. ²²⁷

Anledningen till att tydliga definitioner saknas kan bara spekuleras i, men en trolig orsak är att det finns en ungefärlig men samtidigt på många sätt otillräcklig bild i både praxis och doktrin. Tillsammans med den praktiska juridiska verksamhetens uppfattning av avtalsvitet fungerar detta i regel, och det är först vid en fördjupad analys som svårigheter uppstår. Till exempel framgår inte av det etablerade språkbruket om vitet per definition är ovillkorat av skada hos den som gör vitet gällande. Det framgår inte om det är ovillkorat av vårdslöshet hos parten som begår avtalsbrott. Och det framgår inte heller vilken relation som avtalsvitets båda förpliktelser – huvudförpliknelsen och vitesförpliknelsen – har i förhållande till varandra.

Den vedertagna bilden i främst litteratur, men även praxis, ger att ett avtalsvite består av en (1) penningförpliktelse (2) villkorad av avtalsbrott. Tillsammans kan (1) och (2) formuleras till följande modellklausul, i ett avtal mellan A och B (där det antas att punkten 7 innehåller en avtalsförpliktelse av något slag).

- (3.1) Om A bryter mot punkt 7 i avtalet ska A betala 100 000 kr till B.

226. »Vitesundantaget i ansvarsförsäkringen«, p. 13 med hänvisning till »Temarör och den borttappade huvudnyckeln«, p. 10 ff. Domstolen i 2018 års beslut går även där igenom olika syften med avtalsvitet, vilka samtliga är hämtade från 2010 års fall. Se avsnitt 3.4.1 angående kravet på skada.

227. »Temarör och den borttappade huvudnyckeln«, p. 10.

I det genomgångna materialet används termen avtalsvite (eller de förekommande motsvarigheterna vitesklausul, vitesbestämmelse, vitesavtal etc.) delvis på ett annat sätt än i avhandlingen. Termen har i avhandlingen en begränsad innebörd, medan den i litteraturen används för att beskriva både det som här kallas avtalsvite och vitesfordran.

Som konkreta exempel från litteraturen kan tas följande.

- (3.2) Vitet är ett i förväg bestämt normerat skadestånd.²²⁸
- (3.3) Eftersom det kan vara svårt att beräkna skadeståndet vid försenad fullgörelse kan parterna i förväg komma överens om en schablon. Sådana bestämmelser kallas avtalsviten (eng. liquidated damages).²²⁹

Dessa är exempel på formuleringar som innehåller både villkor (1) och (2). (3.2) använder »normerat skadestånd«, vilket – oavsett vilken betydelse detta uttryck ges i fråga om krav på skada – är en avtalad avtalsbrottspåföljd och således villkorad av avtalsbrott. Skyldigheten att betala skadestånd är en penningförpliktelse, vilket gör att även villkor (1) är uppfyllt. Motsvarande gäller för (3.3). Här framgår villkor (2) genom att man talar om försenad fullgörelse, det vill säga ett avtalsbrott. Villkor (1) framgår av att det är en schabloniserad ersättning (skadestånd), det vill säga även här en penningförpliktelse.

I litteraturen förekommer både villkor (1) och (2) sedan länge. Såvitt gäller villkor (2) framgår detta redan av tidigare nämnda Nehrman 1729

228. Adlercreutz m. fl., *Avtalsrätt I*, s. 340.

229. Ramberg och Ramberg, *Allmän avtalsrätt*, s. 279.

och upprepas sedan under 1800-talet.²³⁰ Villkoret återfinns också i framställningar såväl från 1900-talet som in på 2000-talet.²³¹ Ett motsvarande villkor återfinns också i framställningar övriga nordiska länder.²³²

Förpliktelsen i modellklausulen är en *penningförpliktelse*.²³³ Förpliktelsetypen kunde tidigare, i vart fall under perioden som den gamla 36 § avtalslagen gällde, innebära både en penningförpliktelse som en naturaförpliktelse, »vite i penningar eller annat«. Med införandet av den nuvarande 36 § togs både definitionen av vite samt de speciella jämningsreglerna för avtalsviten bort. Enligt Generalklausulutredningen skulle inte heller någon del av den gamla bestämmelsen överföras till den nya utan jämkningen av avtalsviten skulle i fortsättningen ske enligt 36 §.²³⁴

Sett till tiden före respektive efter den gamla 36 § förekommer både uppfattningen att avtalsvitet enbart kan vara en penningförpliktelse

230. Nehrman, *Inledning til then swenska iurisprudentiam civilem*, s. 282, 1815 års förslag till Handels Balk, s. 69, 1826 års Förslag till Allmän Civillag, s. 148, Schrevelius, *Förmögenhetsrätten*, s. 685 och Olivecrona, *Förmögenhets rätt efter professor K. Olivecronas föreläsningar*, s. 686 f.

231. Fehr, *Om vitesbestämmelser*, s. 1 och 10 f., Almén och Eklund, *Kommentar till köplagen (1960)*, s. 319, Rodhe, *Obligationsrätt*, s. 584, Lavin, *Vitesföreläggandets adressat*, s. 6, Olsen, *Ersättningsklausuler*, s. 22, Almén m. fl., *Lagen om avtal*, s. 139, Arvidsson, *Indirekt handlingsstyrande kontraktsklausuler*, s. 36, Ramberg och Herre, *Allmän köprätt*, s. 321, Adlercreutz m. fl., *Avtalsrätt I*, s. 340, Ramberg, C. (2017), *Swedish Case Note on the Penalty Clause Decisions by the UK Supreme Court*. *European Review of Private Law*, s. 245 och Maunsbach, *Avtalsviten*, s. 201.

232. Serlachius, *Lärobok i obligationsrätten*, s. 17, Hernberg, *Till frågan om avtalsvitets konstruktion*, s. 415, Ussing och Vinding Kruse, *Obligationsretten*, s. 163, Taxell, *Avtal och rättsskydd*, s. 441, Arnholm, *Privatrett*, s. 320 f., Augdahl, *Norsk obligasjonsrett*, s. 292, Theilgaard m. fl., *Købeloven: med kommentarer*, s. 493, Bryde Andersen och Lookofsky, *Lærebog i obligationsret 1. Ydelsen, beføjelser*, s. 428 och Klami-Wetterstein, *Avtalsvite och dess funktioner i det avtalsrättsliga systemet – några anmärkningar från ett finskt perspektiv*, s. 147, fotnot nr 2.

233. För definitionen av penningförpliktelse, se Lindskog, *Betalning*, s. 65.

234. SOU 1974:83, s. 124 ff.

som att den kan vara av annan typ. Vissa menar att penningförpliktelsen förvisso är vanligast, men att fullgörande av avtalsvitet också kan ske på annat sätt.²³⁵ De som förespråkar den snävare varianten är främst nutida framställningar.²³⁶

Som framgår av villkor (1) ovan har jag valt den snävare varianten. Anledningen är den tillämpning av ekonomisk teori och analys som kommer att göras i avhandlingen. Tillämpningen kräver att vitesbeloppet kan användas i en nyttofunktion, en användning som hade varit besvärlig om det handlat om exempelvis naturaförpliktelser. Även jämförelsen med ersättning enligt det positiva intresset, vilket är en viktig del av förklaringen av vitets effekter, förutsätter att vitesbeloppet kan jämföras med den ersättning som annars skulle utgå. Att jämföra nyttominskningen av att betala skadestånd med nyttominskningen att fullgöra olika former av naturaförpliktelser skulle innebära alltför stora osäkerhetsfaktorer för att vara användbar.

Från 1900-talet och framåt har det i vissa framställningar förekommit en uppdelning mellan olika klausul typer, beroende på hur klausulens belopp förhåller sig till den på förhand uppskattade skadan. Till exempel gjorde Generalklausulutredningen en sådan distinktion. Detta framgår redan av rubriken »Viten, standardiserade skadestånd m.m.«²³⁷ Utredningen talar sedan om »avgränsningen av vite från vissa andra former

235. Schrevelius, *Förmögenhetsrätten*, s. 685 f., Fehr, *Om vitesbestämmelser*, s. 3 och 10 f., Rodhe, *Obligationsrätt*, s. 584, not nr 1 och Almén m. fl., *Lagen om avtal*, s. 139 där Schrevelius och Fehrs framställningar är äldre än avtalslagen. Se även Hakulinen, *Obligationsrätt. 1, Allmänna läror*, s. 199 för en liknande uppfattning i finsk rätt.

236. Ett undantag är Olivecrona, *Förmögenhets rätt efter professor K. Olivecronas föreläsningar*, s. 687 från 1862. Annars använder Olsen, *Ersättningsklausuler*, s. 22, Arvidsson, *Indirekt handlingsstyrande kontraktsklausuler*, s. 36, Adlercreutz m. fl., *Avtalsrätt I*, s. 340 och Ramberg och Ramberg, *Allmän avtalsrätt*, s. 279 den snävare varianten.

237. SOU 1974:83, s. 169 ff.

av i förväg bestämd ersättningsskyldighet» med hänvisning till förarbetena till avtalslagen.²³⁸ Dessa förarbeten talar dock inte om andra former av i förväg bestämd ersättningsskyldighet, utan om något som liknar en friköpsklausul, med tillägg att denna klausultyp inte utgör ett vite.

Därefter konstaterade utredningen att det saknades skäl »att dra någon skarp gräns mellan å ena sidan vite, som antas ha till uppgift att utgöra en påföljd med penal karaktär, och å andra sidan villkor som har till syfte att ge en part en normaliserad ersättning för ett särskilt slag av förlust».²³⁹ Att det saknas skäl att göra skillnad i vissa hänseenden hindrar emellertid inte att domstolen vid jämkning »kan behöva beakta om beloppet närmast utgör ett vite, som kan antas ha till väsentlig uppgift att förekomma det handlingssätt som medfört att vitet utgår, eller en normaliserad ersättning för förlust». Detta återkommer utredningen till, när den talar om »typiska viten» respektive »den i förväg bestämda ersättningen» samt att den senare »inte har karaktär av vite i egentlig mening utan i stället utgör en normaliserad ersättning för förlust».²⁴⁰

Samma distinktion gjordes av departementschefen i den efterföljande propositionen, som talar om »vitesklausuler och andra slag av villkor som står vitesklausulerna nära». De förra omnämns också i propositionen som »vitesklausuler i strikt mening» medan de senare utgör villkor »som föreskriver att en avtalspart som inte fullgör sina åtaganden skall erlägga ett på förhand bestämt belopp som skadestånd».²⁴¹

Inspirationen till uppdelning mellan vite och villkor i syfte att ge en normaliserad ersättning hämtades från förarbetena till avtalslagen.²⁴² I dessa omnämns vite, att »en person utfäster sig att till en annan gälda

238. A. a. s. 169 med hänvisning till NJA II 1915, s. 272.

239. SOU 1974:83, s. 170.

240. A. a. s. 170 f.

241. Proposition 1975/76:81 med förslag om ändring i lagen (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område, m. m., s. 141.

242. SOU 1974:83, s. 170 med hänvisning till NJA II 1915, s. 269 f. samt en äldre upplaga av Alméns kommentar till avtalslagen.

visst vite för den händelse han skulle underlåta att fullgöra en honom åliggande förpliktelse» och att det ojämförligt vanligaste är att vitet bestäms till ett visst belopp i pengar. Den huvudsakliga förklaringen till att viten används i så stor utsträckning »torde vara den, att man vill på förhand fixera storleken av det skadestånd, som skall utgå i händelse av kontraktsbrott, och därigenom undgå en långvarig och osäker process angående omfattningen av liden skada». Men, påpekade man, vitesut-fästelser har även en annan uppgift, att när höga viten stipuleras för fall av kontraktsbrott, tjäna som ett kraftigt påtryckningsmedel för en parts vederbörliga kontraktuella uppfyllelse samt att en och samma vitesbestämmelse ofta tillgodoser båda syften.²⁴³

Högsta domstolen har i ett nyligen meddelat avgörande gjort vissa uttalanden om avtalsviten, normerade skadestånd samt straffskadestånd. Bland annat konstaterade domstolen att med vite i kontraktsrättsliga sammanhang avses »en i förväg avtalad ersättning för skada» samt att »det utgör ett på förhand normerat skadestånd».²⁴⁴ Man tog också senare i domskälen böter och straffskadestånd som typexempel på »sådant som inte har eller behöver ha en koppling till en verklig skada». Det framgår emellertid inte hur vitet förhåller sig till de båda typexemplen. Domstolen talar vidare om vite som ett på förhand normerat skadestånd samtidigt som den säger att vitet kan göra att ersättningen överstiger en faktiskt liden skada.²⁴⁵

Sammantaget ser jag ingen anledning att med avhandlingens definition av vite göra någon skillnad mellan olika klausultyper mot bakgrund av det kontraktuella beloppets relation till en förtida uppskattning av

243. NJA II 1915, s. 269 f.

244. »Vitesundantaget i ansvarsförsäkringen», p. 13 med hänvisning till »Temarör och den borttappade huvudnyckeln», p. 10 ff.

245. »Vitesundantaget i ansvarsförsäkringen», p. 25 f. Se avsnitt 3.4.1 nedan för en analys av domstolens formuleringar.

skadan eller ett särskilt angivet syfte med klausulen. En sådan distinktion hade istället lett till stora tillämpningsproblem, och ett närmande till någon form av begreppsjurisprudens (i dess negativa bemärkelse). Att inte göra skillnad är också i linje med det som med ett fåtal undantag framgår av litteraturen, och också i linje med förarbetena till avtalslagen.²⁴⁶

3.3 AVTALSVITETS KONSTITUERANDE VILLKOR

Syftet med min definition av avtalsvitete är att klargöra vilka egenskaper en specifik avtalsförpliktelse ska ha för att räknas som ett avtalsvite. Om det av förpliktelsens egenskaper framgår att kraven är uppfyllda får avtalsförpliktelsen en viss status angiven på temat » x räknas som y i kontexten c », där x är en avtalsförpliktelse, y är ett avtalsvite och c är avhandlingen.²⁴⁷

Dessa villkor kallas i avhandlingen gemensamt för *avtalsvitets konstituerande villkor*. Som utgångspunkt för definitionen har jag modellklausulen i (3.1) och de båda villkoren (1) och (2) som följer av denna. Men som påpekats inledningsvis är de båda villkoren otillräckliga för att ge en fullständig och för avhandlingen användbar bild av avtalsvitete. För att skapa en mer användbar definition krävs mer precisa villkor. Samtidigt får kopplingen till modellklausulen inte försvinna, eftersom denna utgör länken till avtalsvitets praktiska användning.

Föremålet för definitionen är en specifik avtalsförpliktelse, *f*. Om *f* genom vederbörlig tolkning eller utfyllning uppfyller villkoren nedan

246. Ett undantag är von Post, C.-R. (1999), *Studier kring 36 § avtalslagen med inriktning på rent kommersiella förhållanden*, s. 198 f.

247. Searle, J. R. (1969), *Speech acts: an essay in the philosophy of language*, s. 34 f., som talar om » X counts as Y in context C ».

räknas den som ett avtalsvite.²⁴⁸ För att *f* ska räknas som ett avtalsvite krävs att följande kumulativa villkor är uppfyllda.

- (3.4) *f* är enbart en penningförpliktelse,
- (3.5) subjektet eller subjekten i *f* framgår, och
- (3.6) *f* aktualiseras om och endast om subjektet eller subjekten i *f* överträder *h*.²⁴⁹

Villkor (3.4) – (3.6) är tillsammans tillräckliga och vart och ett nödvändigt villkor för att en förpliktelse ska räknas som ett avtalsvite. Av att *f* enligt villkor (3.4) ska vara en penningförpliktelse följer vidare ett antal egenskaper. En förpliktelse är en rättslig position. Av detta följer att *f* innehåller ett *subjekt*, ett *objekt* samt ett *föremål* i form av en handling eller underlåtenhet.²⁵⁰ Handlingen utgörs här av en betalning. Genom betalningen frigör sig gäldenären från förpliktelsen genom att tillhandahålla borgenären pengar i en viss mängd.²⁵¹ Att handlingens deontiska status är påbjuden följer av själva förpliktelsebegreppet.

Jag har medvetet valt att inte göra de konstituerande villkoren beroende av att de enbart ska framgå av tolkning av avtalet. Detta är gjort mot bakgrund av tvingande bestämmelser som förekommer i viss lagstiftning, både nationell och gemenskapsrättslig.²⁵² Som exempel kan tas den tvingande rätt till ersättning som återfinns i ellagens 10 kapitel om

248. Eftersom det handlar om en förpliktelse, hade möjligen ett mer rättvisande namn varit *vitesförpliktelse*. Men med ett nytt begrepp riskerar definitionen att avlägsna sig från den allmänna uppfattningen om ett avtalsvite. I sådana fall är det bättre att använda en vedertagen term, och stipulativt definiera den. Att tala om avtalsvitets förpliktelse är därför en tautologi.

249. Av beteckningen *f* respektive *h* antas följa att $f \neq h$.

250. Adestam, *Den dokumentvillkorade garantin*, s. 38.

251. Lindskog, *Betalning*, s. 65.

252. Se Sisula-Tulokas, L. (2013), *Schablonkompensation till flygpassagerare – och till oss andra*. Tidskrift utgiven av Juridiska föreningen i Finland, s. 396 ff., Sisula-Tulokas, *EU-rättens schablonkompensation till flygpassagerare*, s. 206 ff. och Sisula-Tulokas, *En »ny« påföljd i nordisk avtalsrättslig lagstiftning?*, s. 305 ff. för redogörelser av denna ersättningsform.

avbrottsersättning. Ersättningsformen kräver förekomsten av ett avtal, i detta fall ett avtal för leverans av el. Leveransen av el utgör en avtalsförpliktelse, med föremål, subjekt (elleverantören) och objekt (elanvändaren). Ett avbrott i denna leverans innebär överträdelse av förpliktelsen. Lagen anger vid sådana avbrott på förhand givna beloppsersättningar, från leverantör till beställare. Ersättningen är en funktion av avbrottets längd. Att denna ersättningsskyldighet den följer av tvingande utfyllande rätt saknar betydelse för om den räknas som ett avtalsvite. Vidare är det elleverantören som är subjektet i penningförpliktelsen och det är också leverantören som ska överträda huvudförpliktelsen för att den villkorade penningförpliktelsen ska uppkomma. Med dessa tre villkor uppfyllda följer att också dessa tvingande på förhand angivna ersättningar ska räknas som avtalsviten.²⁵³

3.4 ÖVRIGA KONSEKVENSER AV AVTALSVITETS DEFINITION

3.4.1 Skada och vårdslöshet

Av avtalsvite konstiterande villkor framgår att klassificeringen som avtalsvite inte är villkorad av att överträdelsen av huvudförpliktelsen ska ha orsakat någon skada eller att överträdelsen ska haft sin grund i vårdslöshet. Detta innebär att om en förpliktelse är villkorad av skada eller vårdslöshet för att aktualiseras kan den inte räknas som ett avtalsvite.

253. Samma gäller också för de olika gemenskapsrättsliga förordningar (med tvingande regler) som ger resenärer viss ersättning vid försening. Se också 15 och 16 §§ i lag (2015:953) om kollektivtrafikresenärers rättigheter för en liknande tvingande ersättning.

Detta är i sig i linje med förekommande åsikter i litteraturen.²⁵⁴ Samtidigt framgår det inte av någon modellklausul eller liknande hur vitesklausulen i litteraturen får detta innehåll. Slutsatsen måste därför bli att innehållet följer av tillämpningen av en dispositiv utfyllande rättsnorm, vilken fyller ut klausulen. Klausulen får därmed ett innehåll på den oreglerade punkten, och den utfyllande normen anger att vitesklausulens penningförpliktelse inte är villkorad av att överträdelsen har orsakat skada. Motsvarande norm med motsvarande rättsverkan kan appliceras i förhållande till vårdslöshet. Att normen är dispositiv innebär också att den kan sättas ur spel genom att vitesklausulen ges ett innehåll på den aktuella punkten.

För svenskt vidkommande skrev redan Almén att »[v]itesutfästelsen medför ju alltid köparen förmånen att slippa förebringa bevisning rörande skadans existens och belopp« samt att »säljaren icke genom förebringande av bevisning därom, att köparen i själva verket ej lidit någon skada eller att skadans belopp är lägre än vitet, kan vinna befrielse från dettas utgivande, är allmänt erkänt».²⁵⁵ Rodhe menar att vitet inte ska »falla för bevisning om att skadan understiger vitesbeloppet« samt att inte heller »kan det, såsom ibland gjorts gällande, vara en generell för-

254. Se till exempel Olsen, *Ersättningsklausuler*, s. 130, som också hänvisar till ett liknande rättsläge i övriga nordiska länder samt Tyskland samt PECL art. 9:509 och DCFR, III.-3:712. Se också Zimmermann, *Art 9:509: Agreed Payment for Non-performance*, s. 1539 ff.

255. Almén och Eklund, *Kommentar till köplagen (1960)*, s. 319 f. Se även de diskussioner återgivna i *Juridiska Föreningens förhandlingar år 1916*. (1918), Tidskrift utgiven av Juridiska föreningen i Finland, s. 59, som skriver att »den, som vill utfå summan, visserligen måste ådagalägga, att det villkor inträffat, varav dennas erläggande enligt avtalet är betingat, men däremot icke behöver prästera utredning om intressets, skadans storlek«.

utsättning för utdömande av vite att åtminstone någon skada uppstått.²⁵⁶ Olsen anser att ersättningsklausuler, till skillnad från skadestånd, »innehåller som regel inget krav på att skada skall ha uppstått» och att fråga då uppstår »om kravet på skada enligt allmänna regler utfyller klausulen vid domstolsbedömningen». Efter en genomgång kommer Olsen till slutsatsen att »mycket lite tyder på att krav på faktisk skada utgör en självständig ansvarsförutsättning».²⁵⁷

Inte heller vad gäller vårdslöshet finns det något krav enligt litteraturen, även om detta inte är lika väldokumenterat som för skada. Serlachius skriver att det är tillräckligt för ansvar att ett avtalsbrott har uppkommit.²⁵⁸ Fehr skriver att vitet ska utges »oberoende av subjektiv skuld hos den förpliktade».²⁵⁹

Almén menar att om vitet är knutet till en huvudförbindelse, »vars icke-uppfyllelse endast under förutsättning av skuld (culpa) hos den förpliktade ådrager denne ersättningsskyldighet ligger det onekligen ganska nära till hands att uppfatta densamma såsom ett eftergivande av berörda fordran».²⁶⁰ Olsen hänvisar till Almén och konstaterar också att utifrån det undersökta rättsfalls materialet (i detta fall notisfall) finns inget fall där man direkt tar ställning till om gäldenären varit vårdslös och utdömt ansvar i enlighet därmed.²⁶¹

256. Rodhe, *Obligationsrätt*, s. 595.

257. Olsen, *Ersättningsklausuler*, s. 130 f. Se även NJA 2012 s. 597, »Den försenade kraftverksgeneratorn». Även om omständigheterna i målet var speciella framgick det att vitet inte var villkorat av skada.

258. Serlachius, *Lärobok i obligationsrätten*, s. 21. Se även Hernberg, *Till frågan om avtalsvites konstruktion*, s. 417.

259. Fehr, *Om vitesbestämmelser*, s. 21.

260. Almén och Eklund, *Kommentar till köplagen (1960)*, s. 314. Se även Hagerup, F. (1884), *Om kjøb og salg: forelæsninger, holdt ved Kristiania universitet*, s. 125 för en liknande uppfattning.

261. Olsen, *Ersättningsklausuler*, s. 180.

Av respektive författares version av vitesklausuler framgår ingenting om kravet på skada eller vårdslöshet, vare sig att detta krävs eller inte krävs. Att vitet inte är villkorat av något av dessa måste därför följa av den dispositiva rätten. Ser man till uttalandena ovan förekommer också formuleringar som talar i den riktningen. Almén skriver till exempel att vitesutfästelsen »medför ju alltid«, Rodhe använder »en generell förutsättning« och Olsen använder »som regel« samt hänvisar till allmänna regler för att fylla ut klausulen. Dessa formuleringar bör tolkas som att de återger huvudregler i den dispositiva rätten. Den del av vitesklausulen som inte reglerar ett krav på skada eller vårdslöshet fylls ut och på så sätt får klausulen det innehåll som framgår av framställningarna.

Som framgått tidigare av kapitlet har jag valt ett annat förhållnings-sätt i förhållande till skada och vårdslöshet. Genom villkor (3.6) avgränsas avtalsvitet till att bara vara villkorat av överträdelse av huvudförpliktelsen. Om en förpliktelse innehåller andra villkor för att aktualiseras räknas den således inte som ett avtalsvite. Definitionen gör att den dispositiva rätten aldrig kommer tillämpas, eftersom ett avtalsinnehåll redan framgår av definitionen.

Det är också på detta sätt som uttalandena i litteraturen ovan måste förstås. De definitioner eller exempel som respektive författare gör anger inget innehåll såvitt gäller krav på skada eller krav på vårdslöshet. Eftersom avtalsnormerna inte har något innehåll är rättstillämparen fri (och i vissa fall också skyldig) att tillämpa den dispositiva rätten, för att därigenom ge klausulen ett innehåll. Denna möjlighet stängs med avhandlingens definition.

Avslutningsvis ska nämnas Högsta domstolens formuleringar i NJA 2018 s. 834, »Vitesundantaget i ansvarsförsäkringen«. Avgörandet är delvis svårtolkat, särskilt huruvida domstolen uttalar sig om vad som gäller enligt dispositiv rätt eller om den uttalar sig om vad som gäller enligt det enskilda avtalet i avgörandet.

Med anledning av att termerna inte definieras i villkoren, fick det enligt Högsta domstolen antas att de avsetts ha det innehåll som följer

av ordens gängse betydelse och innehållet i gällande rätt. Därmed avses med vite i kontraktsrättsliga sammanhang »en i förväg avtalad ersättning för skada» samt att »det utgör ett på förhand normerat skadestånd».²⁶² Av detta följer av fallet enligt domstolen att någon ersättning inte ska utgå i form av en i förväg bestämd ersättning för skada.²⁶³

Domstolen tog böter och straffskadestånd som typexempel på »sådant som inte har eller behöver ha en koppling till en verklig skada». Det framgår emellertid inte hur vitet förhåller sig till de båda typexemplen. Domstolen talar vidare om vite som ett på förhand normerat skadestånd samtidigt som den säger att vitet kan göra att ersättningen överstiger en faktiskt liden skada.²⁶⁴

Med dessa uttalanden synes Högsta domstolen dels ställa upp ett krav på skada – en i förväg avtalad ersättning för skada – dels göra skillnad mellan straffskadestånd och vite. Båda uttalanden strider mot den allmänna uppfattningen i litteraturen, och detta oavsett att domstolen själv påstår att man redogör för detta. Varifrån domstolen fått att vitet är en i förväg ersättning för skada framgår inte heller. Hade domstolen ersatt skada med avtalsbrott, hade detta varit i linje med den allmänna uppfattningen. Uttalandena ses därför i detta sammanhang, på grund av den avvikelse från det vedertagna det skulle innebära, som en anomali.

På motsvarande sätt saknar distinktionen som görs mellan straffskadestånd och vite belägg, och hänvisning till någon källa görs inte heller här. Istället framstår de som en återanvändning av aldrig aktuell uppdelning mellan olika former av på förhand avtalad ekonomisk ersättning för avtalsbrott. Av de skäl som framgår av avsnitt 3.2 ovan gör avhandlingens definition ingen sådan uppdelning.

262. »Vitesundantaget i ansvarsförsäkringen», p. 13 med hänvisning till »Temarör och den borttappade huvudnyckeln», p. 10 ff.

263. »Vitesundantaget i ansvarsförsäkringen», p. 14.

264. A. a. p. 25 f.

3.4.2 Subjektivt rekvisit i relationen mellan avtalsvitet och dess huvudförpliktelse

En fråga som återkommande har diskuterats i litteraturen är avtalsvitets subjektiva rekvisit (om ett sådant finns) i förhållande till dess huvudförpliktelse. Med subjektivt rekvisit menas här detsamma som inom straffrätten, att det finns ett syfte bakom en gärning, till exempel uppsåt eller oaksamhet. Ett krav på vårdslöshet finns som huvudregel för den dispositiva rättens skadeståndsskyldighet enligt det positiva intresset, det vill säga den ersättningsform som i avsaknad av vitet hade aktualiserats. I regel har den skadelidande bevisbördan för att motparten har varit vårdslös, vilket gör att om vårdslöshet inte kan styrkas uppkommer inte heller någon skadeståndsskyldighet.²⁶⁵

Frågan är om ett likadant krav kan ställas på relationen mellan vitesförpliktelsen och huvudförpliktelsen. Detta innebär, enligt förespråkarna för kravet, att eftersom skadestånd enligt den dispositiva rätten kräver att avtalsbrottet grundas på vårdslöshet föreligger som huvudregel samma krav för ett vite.

Närvaro eller frånvaro av ett sådant krav aktualiseras främst i förhållande till distinktionen mellan omsorgsförpliktelser och resultatförpliktelser. Uppdelningen mellan dessa beror på hur förpliktelsens föremål är formulerat och har betydelse för i vilken mån vårdslöshet krävs för avtalsbrott respektive om den krävs för skadestånd.²⁶⁶ Vid *omsorgsförpliktelser* sker ingen fristående culpabedömning i frågan om skadestånd, utan denna görs redan vid bedömningen av ett eventuellt avtalsbrott. Vårdslösheten är vid en omsorgsförpliktelse ett nödvändigt villkor för

265. Heuman, *Bevisbördan och beviskrav i tvistemål*, s. 316, med reservationen att det inte är ovanligt att bevisbördan kastas om.

266. Se till exempel Rodhe, *Obligationsrätt*, s. 20, Heidbrink, J. (2005), *Logistikavtalet: allmän kontrakttsrätt i transporträttslig miljö*, s. 78 ff., Munukka, J. (2007), *Kontraktuell lojalitetsplikt*, s. 140 och Adestam, *Den dokumentvillkorade garantin*, s. 42 ff. Från praxis kan nämnas NJA 2013 s. 1174, »Golvattan i S:t Koriakos kyrka», p. 10.

både avtalsbrott och skadeståndsskyldighet. För *resultatförpliktelser* är vårdslöshet däremot inte ett nödvändigt villkor för avtalsbrott. Däremot är det ett nödvändigt villkor för skadeståndsskyldighet. Med ett krav på subjektivt rekvisit skulle det innebära att om *h* är en resultatförpliktelse, som överträds utan vårdslöshet, skulle vitesbeloppet inte utgå.

Tolkning av klausulen ger sällan något. Här kan tänkas ett antal varianter av subjektivt rekvisit, till exempel culpaansvar, presumtionsansvar, kontrollansvar eller strikt ansvar. Med *culpaansvar* menas i allmänhet att det föreligger ett krav på vårdslöshet för att ansvar ska aktualiseras.²⁶⁷ Skadelidande har bevisbördan för de omständigheter som konstituerar vårdslöshet. Med *presumtionsansvar* menas att skadevållaren blir skadeståndsskyldig om han inte visar att han är fri från vållande till skadan.²⁶⁸ *Kontrollansvaret* – främst så som det framgår av köplagen – är mer omfattande än presumtionsansvaret. Här uppkommer skadeståndsskyldighet om den skadevållande inte kan visa att händelsen berodde på ett hinder utanför hennes kontroll som inte skäligen kunde förutses, undvikas eller övervinnas.²⁶⁹ Enligt *det strikta ansvaret* uppstår rätten till ersättning genom skadan, utan att det frågas om gäldenären eller någon för vilken hon svarar har varit vållande.²⁷⁰ Vidare saknas de möjligheter att exculpera sig eller att visa att händelsen låg utanför ens kontroll som finns för presumtionsansvaret och kontrollansvaret.

Relationen har diskuterats i både svensk och nordisk doktrin, dock utan att nå någon enighet.²⁷¹ I den svenska litteraturen är uppfattningen att ansvaret är strikt. I övriga nordiska länder anser man tvärtom, med

267. Ramberg och Ramberg, *Allmän avtalsrätt*, s. 262.

268. Bengtsson, B., Ullman, H., och Unger, S. (2019), *Allehanda om skadestånd i avtalsförhållanden*, s. 26.

269. Sandvik, *Finns det en allmän avtalsrättslig princip om kontrollansvar? Rättsutvecklingen i Finland*, s. 373 f. som också uttalar sig om svenska förhållanden.

270. Hellner, J. och Radetzki, M. (2014), *Skadeståndsrätt*, s. 162 ff. och Bengtsson, B. (2007), *Allmänna principer om kontraktsansvar?* i Festskrift till Lars Gorton, s. 25.

271. Serlachius, *Lärobok i obligationsrätten*, s. 21.

vissa undantag, det vill säga att det finns ett culpa-ansvar. Till exempel skriver Serlachius att även om vitet är straffbart »förutsätter inträdet af skyldighet för gäldenären att gälda vitet icke, att den i hufvudförbindelsen bestämda prestationens uteblifvande eller icke-behöriga fullgörande kan tillgodoräknas gäldenären såsom subjektiv skuld» utan att det är tillräckligt att detta (det vill säga avtalsbrottet) av honom vållats. Almén ifrågasätter att om »någon vid vite förbundit sig att å utsatt tid fullgöra en leverans (...) äger den betydelsen, att vitet skulle vara förverkat oberoende af anledningen till dröjsmålet». Om en vitesbestämmelse är knuten till en huvudförpliktelse, vars överträdelse kräver vårdslöshet, ligger det enligt Almén »onekligen ganska nära till hands att uppfatta densamma såsom ett eftergivande av berörda fordran».²⁷²

Fehr menar att vitet ska utges »oberoende af subjektiv skuld hos den förpliktade».²⁷³ Winroth skriver att om någon vid vite har åtagit sig att fullgöra något vid en på ett eller sätt bestämd tid, »vitesbestämmelsen kan mot honom göras gällande, så snart tiden försuttits och han ej till sin ursäkt må kunna styrka, att det inträffade har sin orsak i medkontrahentens förhållande eller sådan omständighet, som i vitesavtalet uttryckligen angivits skola skydda mot dess tillämpande».²⁷⁴

Rodhe anser att det är möjligt att vid dröjsmål en »vitesbestämmelse innebär en skärpning så att vitesansvaret alltid är rent strikt, även om skadeståndsansvaret i motsvarande situation skulle förutsätta vållande»

272. Almén och Eklund, *Kommentar till köplagen (1960)*, s. 314. Uttalandena är oförändrade i förhållande till 1906 års upplaga.

273. Fehr, *Om vitesbestämmelser*, s. 21. Fehr hänvisar till 1906 års upplaga av Alméns köplagskommentar. Denna är emellertid i dessa delar identisk med 1960 års upplaga.

274. Winroth, A. O. och Lamm, K. (1917), *Köp av lös egendom: efterlämnat manuskript*, s. 120.

men att författaren inte känner något avgörande där ståndpunkten godtagits eller förkastats.²⁷⁵ Hakulinen skriver att det inte kan »ifrågakomma att det skulle åligga borgenären att leda i bevis gäldenärens vållande» samt att »man framför allt i fråga om köpeavtal (speciesköp) kunna utgå ifrån att gäldenären genom vitesutfästelse avsett att avstå från åberopandet av alla andra hinder än de som bero av övermäktig tilldragelse eller av borgenären».²⁷⁶

Taxell ansåg att det föreligger ett strikt ansvar mellan vitet och huvudförpliktelsen. Detta grundas på en avtalsklausul och om denna inte anger speciella förutsättningar, under vilka dess förpliktelse uppstår, bör man enligt Taxell inte konstruera sådana med ledning av de regler som gäller när en avtalsklausul inte finns. Om en gäldenär vill göra undantag från det strikta ansvaret går det att avtala om detta, men om så inte har skett »är skyldigheten att betala avtalsvite oberoende av gäldenärens vållande och av hans medhjälparens fel och försummelser. I den meningen bestämmer avtalsvitet inte endast ersättningens belopp, den har även relevans för frågan om ersättningsskyldighetens förutsättningar».²⁷⁷

Olsen menar att såvitt gäller köp och arbetsbeting är möjligheterna till ansvarsfrihet vid dröjsmål så gott som obefintliga, och att leverantörens bristande vårdslöshet i huvudsak har tillmätts betydelse i några situationer rörande arbetsbeting.²⁷⁸ Vad gäller andra förpliktelse typer är hennes uppfattning att allmänna ansvarsförutsättningar för skadestånd, såsom krav på culpa vid vissa förpliktelser, inte fyller ut avtalet.²⁷⁹

Förespråkarna av ett culpa-ansvar menar å sin sida att om ett krav på vårdslöshet finns för skadestånd enligt den dispositiva rätten finns ett

275. Rodhe, *Obligationsrätt*, s. 594.

276. Hakulinen, *Obligationsrätt. 1, Allmänna läror*, s. 201.

277. Taxell, *Avtal och rättsskydd*, s. 443.

278. Olsen, *Ersättningsklausuler*, s. 202. Se också Palmgren, G. och Olsson, C. (1975), *Juridiken i affärslivet*, s. 123 och Hakulinen, *Obligationsrätt. 1, Allmänna läror*

279. Olsen, *Ersättningsklausuler*, s. 211.

motsvarande krav också i förhållande mellan avtalsvitet och dess huvudförpliktelse. Till exempel skriver Lassen att när vitet går ut på att säkra en positiv förpliktelse, »maa Formodningen i Almindelighed være for, at Pligten til at erlægge *Konventionalboden er betinget af, at den paagældende Ikke-Opfyldelse* er en saadan, som efter almindelige Regler, dersom der forvoldes Skade, *paadrager Skyldneren Ansvar*« men att vitet också kan tolkas till att utgöra en garanti mot icke-uppfyllelse.²⁸⁰

Denna uppfattning upprepas i senare framställningar. Ussing anser att det i allmänhet får antas att borgenären »kun kan kræve boden, hvis misligholdelsen var egnet til at pådrage skyldneren erstatningsansvar«,²⁸¹ Arnholm menar att det finns en presumtion för att vitesklausulen är »slik å forstå at boten bare skal betales hvis det foreligger et mislighold som efter sin art kunne gi kreditor rett til erstatning, prisavslag eller hevning efter de vanlige regler« men att »det skal ikke meget til for å snu presumsjonen«. ²⁸² Theilgaard m. fl. skriver att en vitesklausul »i almindelighed ikke ændrer ansvarsgrundlaget. Bodan forfalder derfor **kun, hvis** der dels foreligger misligholdelse, dels foreligger et ansvarsgrundlag efter kbl. §§ 23 eller 24«. De tillägger att om säljaren i samband med en vitesklausul »påtager sig en garanti for rigtig opfyldelse, som i sig selv giver ansvarsgrundlag for misligholdelsen, men en sådan garanti kan næppe stiltiende indlægges i alle pønaltipulationer«. ²⁸³

Gomards uppfattning är att ett »aftale om konventionalbod forstås i almindelighed således, at kreditor kun kan kræve boden betalt i tilfælde af en misligholdelse, der er ansvarspådragende for debitor«. ²⁸⁴ Bryde-

280. Lassen, J. och Ussing, H. (1931), *Lærebog i obligationsrettens specielle del*, s. 296 f. Med garanti får antas att Lassen menar att det föreligger strikt ansvar. Se även Ussing, *Dansk obligationsret. Almindelig del*, s. 187 för en liknande uppfattning.

281. Ussing och Vinding Kruse, *Obligationsretten*, s. 164.

282. Arnholm, *Privatrett*, s. 321.

283. Theilgaard m. fl., *Købeloven: med kommentarer*, s. 493.

284. Gomard och Iversen, *Obligationsret*, s. 317.

Andersen och Lookofsky anser att när det gäller straffande viten, »synes der at være dækning i domspraksis for et almindeligt krav om culpa som betingelse for at lade vilkårets retsvirkning komme til anvendelse. Om det gælder »de vilkår, der alene tilsigter at afskære en vanskelig *tabsopgørelse*, må formodningen være for, at konventionalboden forfalder, blot den relevante misligholdelse foreligger, men uden hensyntagen til, om der foreligger subjektiv skyld fra debtors side».²⁸⁵

De författare, främst danska och norska, som förespråkar ett culpaansvar i relationen mellan avtalsvitet och dess och huvudförpliktelse återger en dispositiv huvudregel. Detta framgår av påpekandena att parterna har möjlighet att i vitesklausulen införa ett strikt ansvar, liknande en garanti. Taxells uttalande får istället förstås som att det finns en (i sig dispositiv) regel vars rättsverkan är att utfyllande dispositiva regler avtalas bort, trots att en sådan verkan inte framgår av avtalsklausulens lydelse.

Taxells uppfattning är emellertid inte självklar. Den dispositiva rättens uppgift är tvärtom att fylla ut avtalsvillkor om de inte har något innehåll på en viss punkt. Det framgår inte heller varför en oreglerad fråga i ett avtalsvite just i detta fall inte ska fyllas ut, eftersom utfyllning onekligen sker i andra fall. Istället är det ett vanligt sätt att tolka eller att fylla ut ett avtal, att göra det med stöd av innehållet i den dispositiva rätten.²⁸⁶ En möjlig lösning skulle vara att frånvaron av reglering innebär en icke-reglering av en viss fråga, och att denna aktiva åtgärd gör att avtalet inte har en lucka på denna punkt och att den dispositiva rätten därmed inte blir tillämplig.

För avhandlingens del har jag också i denna del valt att genom min definition av avtalsvitet lösa detta problem. Avtalsvitet är enbart villkorat av att dess subjekt överträder huvudförpliktelsen. Av detta följer att

285. Bryde Andersen och Lookofsky, *Lærebog i obligationsret 1. Ydelsen, beføjelser*, s. 429 f.

286. Se till exempel »Det Andra Bolaget», p. 23.

en förpliktelse som är villkorad av skada eller vårdslöshet inte räknas som ett avtalsvite. I linje med detta bör en motsvarande verkan av definitionen följa såvitt gäller frånvaron av ett subjektivt rekvisit i relationen mellan avtalsvitet och dess huvudförpliktelse. Eftersom detta är villkorat enbart av överträdelse av huvudförpliktelsen skulle ett krav på vårdslöshet i förhållande till vitesförpliktelsen innebära – precis som exemplifieras av Theilgaard – att vitesförpliktelsen är villkorat av något mer än överträdelse av huvudförpliktelsen.²⁸⁷ Eftersom ett culpa-ansvar, av dess förespråkare, följer av den dispositiva rätten, är det också möjligt att parterna genom avtalet och avhandlingen genom definitionen sätter tillämpningen av denna dispositiva rättsregel ur spel. I linje med det är min uppfattning att förhållandet mellan avtalsvitet och dess huvudförpliktelse är strikt.

3.5 EXEMPELKLAUSULER

I detta avslutande avsnitt ska visas på vilket sätt olika egenskaper har eller inte har betydelse för huruvida en viss förpliktelse ska räknas som ett avtalsvite. Om inte annat anges i exemplen är A och B parter i det avtal där klausulen förekommer. Första exemplet är följande klausul från AB 04, 5 kap. 3 §.

- (3.7) För varje påbörjad vecka varmed entreprenören överskrider kontraktstiden eller den ändrade tid för färdigställandet som skall gälla enligt kapitel 4 § 2 eller 3, skall han betala vite enligt kontraktshandlingarna. Vite kan även avtalas för överskri-

287. Theilgaard m. fl., *Köbeloven: med kommentarer*, s. 493. Se också Arvidsson, *Avtals efterverkan*, s. 28, not nr 42 som skriver att vitesklausuler även kan »vara utformade på ett sådant sätt att de är villkorade av mer än avtalsbrott, exempelvis oaktsamhet». En sådan klausul räknas således inte som ett avtalsvite i avhandlingen.

dande av den tid som bestämts för utförande av viss del av entreprenaden. Om vite avtalats är beställaren därutöver inte berättigad till skadestånd för förseningen.

Förpliktelsen i första meningen uppfyller kraven för att räknas som ett avtalsvite. Den är en penningförpliktelse, och är villkorad av överträdelse av en huvudförpliktelse, att färdigställa något inom en viss tid (kontraktstiden eller en ändrad tid för färdigställande). Överträder subjektet (entreprenören) denna huvudförpliktelse ska det betala (det vill säga den förpliktelse som följer av klausulen är en penningförpliktelse) det belopp som framgår av avtalet.

Därutöver innehåller klausulen två ytterligare meningar. Den första anger att vite kan avtalas även för andra delar av entreprenaden. Den andra meningen reglerar förhållandet mellan avtalsnormer och skadestånd enligt den dispositiva rätten. Detta förhållande har emellertid inget att göra med hur avtalsvitet är villkorat. Därför påverkar dessa meningar inte heller huruvida förpliktelsen räknas som ett avtalsvite.

Nästa exempel är följande klausul.

(3.8) Om A bryter mot punkten 7 ska A betala 100 000 kr till C.

Förpliktelsen skiljer sig från modellklausulens genom att förpliktelsens objekt inte är part i avtalet. Men den uppfyller ändå samtliga av avtalsviteets konstituerande villkor, och den räknas därför som ett avtalsvite. De konstituerande villkoren innehåller inte någon begränsning i denna del. Således saknar det betydelse om objektet är eller inte är part i avtalet.²⁸⁸

Däremot uppfyller följande inte villkoren för att räknas som ett avtalsvite.

288. Se avtalet i NJA 2015 s. 741, »Partneravtalet«, för ett liknande exempel, där det inte framgår av domen huruvida det bolag som var förpliktelsens objekt också var part i avtalet.

- (3.9) Om A bryter mot punkt 7 i avtalet ska C betala 100 000 kr till B.

Förpliktelsen i (3.9) innehåller en egenskap som är oförenlig med (3.6), det vill säga att subjektet i (3.9) inte är samma part som överträder avtalsvitets huvudförpliktelse.²⁸⁹

På samma sätt är inte heller följande ett avtalsvite.

- (3.10) Om A bryter mot punkt 7 i avtalet ska A få 100 000 kr av B.

Eftersom *f* är en penningförpliktelse följer att förpliktelsens subjekt i och med överträdelsen har en skyldighet mot förpliktelsens objekt att företa en värdeöverföring, i detta fall 100 000 kr. I (3.10) är förpliktelsens subjekt inte den som är skyldig att företa värdeöverföringen, och den uppfyller därmed inte villkor (3.4) och (3.6) lästa tillsammans.

Däremot innehåller följande klausul ett avtalsvite.

- (3.11) Om A bryter mot punkt 7 i avtalet ska A och B betala 100 000 kr till C.

I detta fall är det subjekten i penningförpliktelsen *f* som ska betala vitesbeloppet. Villkor (3.5) och (3.6) anger ingen gräns för antalet subjekt, så länge dessa framgår av avtalet och någon eller något av dem överträder huvudförpliktelsen, vilket gör att (3.11) räknas som ett avtalsvite.

Nästa exempel är följande klausul.

289. Detta gör också att ett vanligt exempel på en vitesklausul, se till exempel Olsen, *Ersättningsklausuler*, s. 13, taget från Shakespeares Köpmannen i Venedig, inte räknas som ett avtalsvite. Här är Bassanio och Shylock avtalsparter, men om Bassanio inte uppfyller sina förpliktelser enligt det låneavtalet han ingått med Shylock, är det Antonio som till Shylock, med den senares ord ska betala »an equal pound of your fair flesh, to be cut off and taken in what part of your body pleaseth me«, Shakespeare, W., Wilson, J. D., och Quiller-Couch, A., *The works of Shakespeare. The merchant of Venice*, akt I, scen III.

- (3.12) Om A bryter mot den kontraktuella lojalitetsplikten ska A utge 100 000 kr till B.

De konstituerande villkoren ställer inte upp något krav på att ett avtalsvites huvudförpliktelse måste följa av avtalsnormerna. Den kontraktuella lojalitetsplikten, som är en avtalsförpliktelse som kan följa både av avtalsnormer eller utfyllnadsnormer, utgör därmed en sådan förpliktelse som kan utgöra en huvudförpliktelse till ett avtalsvite. Det hade i detta avseende därför inte gjort någon skillnad om den kontraktuella lojalitetsplikten hade bytts mot »17 § köplagen« eller »avtalet«.

Avslutningsvis ska tas några exempel på hur avtalsvitet förhåller sig till förpliktelser som är villkorade av skada eller vårdslöshet (eller båda dessa i förening). Anta att avtalet innehåller följande klausul.

- (3.13) Om A bryter mot punkt 7 och överträdelsen orsakar B skada ska A betala 100 000 kr till B.

(3.13) räknas inte som ett avtalsvite, eftersom dess penningförpliktelse är villkorad av något annat än att subjektet eller subjekten överträder dess huvudförpliktelse. Däremot är den likafullt giltig, och om dess villkor är uppfyllda uppkommer – oavsett att den inte räknas som ett avtalsvite – en penningförpliktelse att utge 100 000 kr.

Däremot behöver förpliktelsens krav på skada inte följa av klausulens lydelse. Anta att avtalet istället innehåller denna klausul.

- (3.14) Om A bryter mot punkt 7 ska A betala 100 000 kr till B.

(3.14) är identisk med modellklausulen för avtalsvitet. Enligt lydelsen är dess penningförpliktelse inte villkorad av skada. Men lydelsen är bara ett tolkningsdatum av flera. Skulle en tolkning, till exempel genom att hänsyn tas till den gemensamma partsavsikten, leda till att ett krav på skada tolkas in i (3.14) räknas den inte som ett avtalsvite.²⁹⁰ På samma

290. Arvidsson, *Aktieägaravtal*, s. 191 kallar den gemensamma partsavsikten för »det i svensk avtalsrätt överordnade tolkningstemat«.

sätt, men mer långsökt, skulle (3.13), om den genom tolkning inte innehåller något krav på skada, räknas som ett avtalsvite. Någon tillämpning av innehållet i den dispositiva rätten, vilken säger att ett avtalsvite inte innehåller något sådant krav, görs inte heller eftersom förpliktelsen får ett innehåll genom tolkning och således utesluter tillämpningen av dispositiv rätt.

4 VITESFORDRANS UPPKOMST

4.1 INLEDNING

I FÖREGÅENDE KAPITEL gick jag igenom vilka egenskaper en förpliktelse ska ha för att räknas som ett avtalsvite. I detta kapitel ska jag gå igenom vad som krävs för att avtalsvitet ska bli ovillkorat, att det *aktualiseras*. Med aktualiseras menas att samtliga villkor i en villkorad förpliktelse är uppfyllda.²⁹¹ Att avtalsvitet aktualiseras kallas i avhandlingen för att det uppkommer en *vitesfordran*.²⁹²

En uppkommen vitesfordran är per definition giltig och verksam enligt sitt innehåll. Emellertid uppstår ibland situationen att huvudförpliktelsen överträds, men där det trots det inte uppkommer någon vitesfordran. En sådan grupp händelser är ansvarsfrihetsgrunder, varför jag kommer gå igenom olika former av sådana förknippade med avtalsviten.

4.2 VITESFORDRANS VILLKOR

Hur ett avtalsvite aktualiseras är en annan fråga än vilka egenskaper en förpliktelse ska ha för att räknas som ett avtalsvite. När ett avtalsvite

291. Adestam, J. (2014), *Den dokumentvillkorade garantin*, s. 38.

292. Användningen av termen fordran görs i enlighet med den gängse, att det är en kravrätt, sådan att den »svarar mot skyldigheter som utgör föremål för självständiga civilrättsliga sanktioner», se Adestam, J. och Arvidsson, N. (2014), *Kommentar till lag (1936:81) om skuldebrev*, avsnitt 1.3.3.1 med hänvisning till Hagström, V. (2011), *Obligationsrätt*, s. 25. Med användningen av fordran följer också användningen av *borgenär* respektive *gäldenär*, här med prefixet *vites-*.

aktualiseras innebär rättsverkan en handlingsföreskrift, att vitesgäldenären är skyldig att betala vitesbeloppet. Denna skyldighet infrias genom att gäldenären tillhandahåller borgenären pengar i den mängd som framgår av avtalsvitet.²⁹³

Jag utgår här från ett avtal innehållande i vart fall en förpliktelse *f* som räknas som ett avtalsvite samt en huvudförpliktelse *h*. Avtalsvitet formuleras enligt tidigare modellklausul, det vill säga »Om A bryter mot punkt 7 i avtalet ska A betala 100 000 kr till B«.

Med dessa förutsättningar uppkommer en vitesfordran om och endast om följande villkor är uppfyllda.

- (4.1) Subjektet i *f* överträder *h* och
- (4.2) avtalsvitet får verkan enligt dess lydelse eller jämkas till ett belopp större än noll.

Något uttryckligt krav på huvudförpliktelsens giltighet förekommer som synes inte. Detta återfinns istället implicit i (4.1), i och med att en ogiltig förpliktelse inte går att överträda. Här ska inte i detalj gås in på under vilka förutsättningar ett avtalsbrott uppkommer. Istället använder jag Taxells definition, »att en för avtalet gällande handlingsnorm har åsidosatts«. Detta exemplifierar han med att »[a]vtalsbrottet kan bestå däri att part underlåtit att handla trots normens direktiv eller att han handlat på ett annat sätt än normen påbjuder«.²⁹⁴

Vanligast vid överträdelse av avtalsvitet huvudförpliktelsen lär vara att vitesbeloppet är identiskt med vitesfordrans belopp. Men vitesbeloppet kan jämkas enligt 36 § avtalslagen.²⁹⁵ Vid jämkning kommer vitesfordran att avvika från vitesbeloppet. Avvikelsen påverkar emeller-

293. Se Lindskog, S. (2018), *Betalning: om kongruent infriande av penningsskulder och andra betalningsrättsliga frågor*, s. 65 för denna uppfattning om betalningsskyldighetens innebörd och upphörande.

294. Taxell, L. E. (1972), *Avtal och rättsskydd*, s. 8.

295. Se kapitel 9 nedan.

tid som huvudregel inte om en vitesfordran uppkommer. Det spelar således ingen roll om ett vitesbelopp på 100 000 kr jämkas till 50 000 eller till 150 000 kr, det har fortfarande uppkommit en vitesfordran. Om vitesbeloppet däremot jämkas till noll uppkommer ingen vitesfordran (och ingen annan fordran heller). Om vitesbeloppet lämnas utan avseende (också med stöd av 36 §) återstår delar av avtalsvitet, men inte dess belopp. Beloppets storlek får istället fastställas enligt den dispositiva rätten. Om så sker och beloppet är större än noll uppkommer en fordran men denna är ingen vitesfordran.

4.3 INFRIANDE AV VITESFORDRAN

En fråga som har behandlats sparsamt i både praxis och litteratur är konsekvenserna av att vitesfordran inte infrias. Infriande sker genom att vitesbeloppet eller det belopp som följer av en jämkning betalas. Genom betalningen har vitesgäldenären frigjort sig från den penningförpliktelse som uppkomsten av vitesfordran skapade. Medan tidpunkten för fullgörande av *h* i regel framgår redan av avtalsnormerna gäller det motsatta för avtalsvitet, där det i allmänhet inte anges någon fullgörandetidpunkt. Om A överträder avtalsvitet och rättsverkningarna av överträdelsen inte framgår av avtalsnormerna kan B yrka påföljder från den dispositiva rätten, till exempel krav på fullgörelse och ränta samt skadestånd. B har med andra ord rätt att kräva att A fullgör inte bara huvudförpliktelsen utan också avtalsvitet.²⁹⁶

Av 5 § skuldebrevslagen framgår att om någon förfallotid inte är avtalad är gäldenären skyldig att infria skuldebrevet när borgenären så kräver. Enligt samma paragraf har gäldenären också rätt att betala så snart han vill. Om detta tillämpas på avtalsvitet följer att skyldigheten att betala vitesbeloppet uppstår när borgenären kräver betalning.

296. Att uppkomsten av en vitesfordran inte påverkar vitesborgenärens rätt till fullgörelse av huvudförpliktelsen framgår av kapitel 8 nedan.

Överträdelse av avtalsvitet – det vill säga att vitesbeloppet inte betalas vid en tidpunkt som framgår av avtalet eller när B kräver det – utgör ett avtalsbrott. Avtalsbrottet aktualiserar som huvudregel olika avtalsbrottspåföljder. Dessa kan vara både avtalade och sådana som följer av den dispositiva rätten. Om avtalsnormerna inte reglerar konsekvenserna av överträdelsen kommer rättsverkningarna att följa av den dispositiva rätten. Överträdelsen aktualiserar därför inte samma avtalsbrottspåföljd som överträdelsen av *h* gjorde, utan det uppstår vid överträdelse av avtalsvitet som huvudregel en rätt till fullgörelse samt ränta respektive en skadeståndsskyldighet enligt det positiva intresset.

Skyldigheten att betala ränta vid överträdelse av en penningförpliktelse är enligt litteraturen en resultatförpliktelse. Detta skulle innebära att skadeståndsskyldighet vid överträdelse förutsätter vårdslöshet. I fråga om penningförpliktelser gäller emellertid ett undantag, att skadeståndsskyldigheten och skyldigheten att utge ränta är strikt.²⁹⁷ Vidare gäller att skyldigheten att betala ränta inte utesluter tillämpning av andra avtalsbrottspåföljder, till exempel skadestånd. Skulle gäldenärens avtalsbrott leda till en högre skada än vad som täcks av räntan är gäldenären därför skyldig att ersätta den del av skadan som överstiger räntan. Motsvarande strikta ansvar bör i avsaknad av auktoritativa uttalanden gälla även för avtalsviten. Betalar inte gäldenären vitesbeloppet vid anfordran har borgenären därför, förutom att gäldenären ska betala vitesbeloppet, rätt till både ränta och skadestånd.

297. Adestam och Arvidsson, *Kommentar till lag (1936:81) om skuldebrev*, avsnitt 2.2.2.3 och 2.3.1 med hänvisning till Marks von Würtemberg, E. och Sterzel, F. (1953), *Lagen om skuldebrev jämte dithörande författningar*, s. 54 och Walin, G. och Herre, J. (2011), *Lagen om skuldebrev m.m.: en kommentar*, s. 81.

4.4 ANSVARSFRIHETSGRUNDER

4.4.1 Omöjlighet

Enligt föregående kapitel är relationen mellan avtalsvitet och dess huvudförpliktelse strikt. En angränsande fråga är om det strikta ansvaret påverkar att en part inte är skyldig att fullgöra en omöjlig förpliktelse. Det vill säga, kan det strikta ansvaret innebära att om den omöjliga förpliktelsen inte fullgörs måste parten betala vite?²⁹⁸ Lärnan om omöjlighet har sitt ursprung i den romerska rätten. I sin nutida form innebär den att en objektiv omöjlighet att fullgöra avtalet medför att avtalet är en nullitet, och således befriar den annars förpliktade både från skyldighet att fullgöra och skyldighet att betala skadestånd vid bristande fullgörelse.²⁹⁹ Hellner anser att omöjlighetsläran så som den traditionellt formulerats numera inte torde spela någon roll i svensk rätt, men att detta samtidigt inte innebär att omöjlighet aldrig kan medföra befrielse från ansvar.³⁰⁰

Ramberg och Ramberg påpekar att det är självklart att ingen kan förpliktas att *in natura* uppfylla något som inte går att uppfylla. Detta omfattar emellertid bara kravet på fullgörelse. Den som utfäster omöjliga förpliktelser kan däremot bli skadeståndsskyldig om motparten

298. Se till exempel *Juridiska Föreningens förhandlingar år 1916*. (1918), Tidskrift utgiven av Juridiska föreningen i Finland, s. 56 för en tidig diskussion om frågan, »att om huvudförbindelsen blir omöjlig, gäldenären bör anses befriad från vitets erläggande i de fall, då omöjligheten befriar honom från huvudförbindelsens uppfyllande. Detta nat. vis alldeles oberoende av vitets belopp».

299. Hellner, J., Hager, R., och Persson, A. H. (2016), *Speciell avtalsrätt II: kontraktsrätt. H. 2, Allmänna ämnen*, s. 61 och Ramberg, J. och Ramberg, C. (2019), *Allmän avtalsrätt*, s. 237.

300. Hellner m. fl., *Kontraktsrätt: allmänna ämnen*, s. 61. Här får man förstå Hellner att han menar att ansvarsfriheten följer av andra grunder än läran om objektiv omöjlighet.

med fog kunde räkna med den utlovade prestationen. De menar också att det skapar förvirring att i modern avtalsrätt redovisa omöjlighetsläran som en självständig allmän avtalsrättslig princip, eftersom den inte behövs för att »förklara det självklara förhållandet att något som är omöjligt att uppfylla inte behöver uppfyllas» samtidigt som den inte kan förklara varför man i vissa fall befrias från skyldigheten att utföra en förpliktelse utan att behöva betala ersättning.³⁰¹

Detta kan emellertid förklaras genom distinktionen mellan omöjlighet och objektiv omöjlighet. Distinktionen är kopplad till vad motparten med fog kunnat räkna med. Om motparten med fog kunnat räkna med att den utlovade prestationen var möjlig att utföra och således är i god tro föreligger *omöjlighet*. Om motparten inte med fog kunnat räkna med att prestationen var möjlig att utföra och således är i ond tro föreligger *objektiv omöjlighet*. Borgenären kan inte i något av dessa fall ställa krav på fullgörelse, men vid omöjlighet kan skadeståndsskyldighet uppkomma vid överträdelse. Motsatt gäller vid objektiv omöjlighet, där ingen skadeståndsskyldighet kan uppkomma.

Vitets påverkan på en eventuell skyldighet att fullgöra vid olika former av omöjlighet har diskuterats under lång tid i litteraturen. Serlachius skriver till exempel att »[b]eror uteblifvandet på öfvermäktig tilldragelse eller borgenärens eget tillgörande, förfaller vitet icke».³⁰² Här kan också nämnas uttalanden som gjordes mot bakgrund av 24 § i den gamla köplagen, vilken sade att säljaren under vissa förutsättningar

301. Ramberg och Ramberg, *Allmän avtalsrätt*, s. 237, som också nämner köp av ken-taurer eller kykloper som de »klassiska exemplen» på förpliktelser som vare sig går att uppfylla eller skapar en skadeståndsskyldighet, eftersom motparten inte med fog kan ta dessa på allvar.

302. Serlachius, J. (1902), *Lärobok i obligationsrättens allmänna del enligt finsk rätt*, s. 21.

inte var skyldig att betala skadestånd vid dröjsmål.³⁰³ Almén menar angående bestämmelsen att det torde kunna påstås, »att säljaren är ersättningsskyldig så snart dröjsmålet icke har sin grund i objektiv omöjlighet».³⁰⁴ Mot bakgrund av det synes det honom »obilligt och i ingalunda överensstämmelse med allmänna regler för viljeförklarings tolkning» om förekomsten av ett avtalsvite skulle göra säljaren ansvarig även i sådana undantagsfall som de i § 24 uppräknade.³⁰⁵

Fehr anser att det kunde tänkas att vitesavtalet avsåg att skapa en ovillkorlig förpliktelse att utge vitet, men att en sådan avsikt *in dubio* inte torde kunna tillerkännas kontrahenterna, utan att det – med hänvisning till Almén – ligger nära till hands att anta att vitet inte ska utges vid objektiv omöjlighet.³⁰⁶ Olsen förordar, efter en utförlig diskussion om bland annat olika förpliktelse typer, »ansvarsfrihet åtminstone vid omöjlighet och force majeure».³⁰⁷

Den uppdelning som görs bland annat av Ramberg och Ramberg mellan skyldighet att vid avtalsbrott fullgöra respektive bli skadeståndsskyldig samt hur dessa förhåller sig till god respektive ond tro framgår

303. Bestämmelsen löd i helhet: »Är köpet att hänföra till leveransavtal, och uppstår skada genom dröjsmål å säljarens sida, varde, ändå att dröjsmålet ej kan tillräknas säljaren såsom försummelse, skadan av honom ersatt, utan så är att han på grund av förbehåll vid köpet är från ersättningsskyldighet befriad, eller ock möjligheten att fullgöra avtalet må anses utesluten i följd av omständighet, som ej bort av säljaren vid köpets avslutande tagas i beräkning, såsom förstörelse av allt gods av det slag eller det parti köpet avser, eller krig, införselsförbud eller därmed jämförlig händelse.»

304. Se även Regeringens proposition 1988/89:76. Ny köplag, s. 42 f. angående försättningen för säljarens skadestånd vid leveransavtal.

305. Almén, T. och Eklund, R. (1960), *Om köp och byte av lös egendom: kommentar till lagen den 20 juni 1905*, s. 315.

306. Fehr, M. (1913), *Om vitesbestämmelser i aftal enligt svensk rätt: en profföreläsning*, s. 21. Fehr hänvisar till 1906 års upplaga av Alméns köplagskommentar. Denna är emellertid i dessa delar identisk med 1960 års upplaga.

307. Olsen, L. (1986), *Ersättningsklausuler: vite och andra avtalade ersättningar vid kontraktsbrott*, s. 211.

också av NJA 1989 s. 614, »Den objektivt omöjliga efterlevandepensionen«. Parterna hade ingått ett avtal om underhåll med anledning av deras kommande skilsmässa, enligt vilket hustrun skulle få hälften av mannens efterlevandepension. När det framgick att avtalet i den delen aldrig hade kunnat förverkligas fullt ut, eftersom det stred mot de för försäkringen gällande villkoren, stämde hustrun mannen och yrkade att han skulle teckna och med årliga premiebetalningar betala en oåterkallelig pensionsförsäkring som tillförsäkrade hustrun en årlig efterlevandepension om ett visst belopp.

Hustruns talan ogillades. Enligt allmänna kontraktsrättsliga grundsatser följer att den förpliktade normalt är skyldig att utge skadestånd beräknat efter det positiva kontraktsintresset när det redan vid avtalets ingående förelåg hinder mot fullföljande av avtalet, förutsatt att den förpliktade visat försumlighet genom att inte pröva sina möjligheter att fullfölja avtalet. Därefter sade domstolen emellertid följande.

Att det förhåller sig på det sättet torde bero på att en löftesmottagare, som i god tro utgått från att ett avtal skall fullföljas, bör kompenseras för den händelse det senare visar sig att avtalet inte kunde genomföras. Detta skäl kan inte åberopas om löftesmottagaren redan vid avtalsslutet var i ond tro i den meningen att han hade bort förstå att avtalet aldrig kunde genomföras.³⁰⁸

Uttalandet kan relateras både till Ramberg och Rambergs återgivna uttalande som till avtalsviten. Föreligger en objektiv omöjlighet, det vill

308. NJA 1989 s. 614, »Den objektivt omöjliga efterlevandepensionen« på sidan 620 f. Domstolen tar också som exempel på hur parterna borde ha agerat, att vid undersökningen av möjligheten att realisera deras överenskommelse var av vikt att mannen borde ha kontrollerat detta samt att »[hustrun] hade bort göra motsvarande kontroll innan hon lade fram förslaget om andel i efterlevandepensionen. Det kan nämligen hållas för visst att [hustrun] vid en förfrågan hos SPP utan vidare skulle ha fått upplysningar om vad som allmänt gällde enligt försäkringsvillkoren i fråga om möjligheten att tillerkänna frånskild make till en försäkrad andel i efterlevandepensionen«.

säga motparten är i ond tro, finns ingen skyldighet till fullgörelse *in natura* eller skyldighet att utge skadestånd. Men föreligger istället god tro hos löftesmottagaren, att avtalet ska kunna fullgöras, blir löftesgivaren skadeståndsskyldig enligt det positiva intresset vid bristande uppfyllelse. Uppkomsten av denna skadeståndsskyldighet är inte villkorad av förekomsten av ett vite knutet till den omöjliga förpliktelsen, och vitet bör därför utgå enligt samma grunder som om huvudförpliktelsen inte varit omöjlig.

Om det istället föreligger ond tro hos löftesmottagaren i fråga om möjligheterna till fullgörelse – vilket rimligen gäller för köp av levande kentaure eller kykloper för att ta samma exempel som Ramberg och Ramberg – föreligger vare sig skyldighet att fullgöra *in natura* eller skyldighet att betala skadestånd enligt det positiva intresset vid bristande uppfyllelse. I sådana fall föreligger inte heller någon skyldighet att betala avtalsvite, och det oavsett överträdelse av en huvudförpliktelse att leverera en kyklop eller kentaure.

Detta är också i linje med Alméns uppfattning, att avtalsvitet inte kan skapa en skadeståndsskyldighet som på grund av objektiv omöjlighet (enligt den då gällande köplagen) inte finns. Således gäller att eftersom det vid en objektiv omöjlig förpliktelse inte föreligger någon skadeståndsskyldighet vid bristande uppfyllelse föreligger inte heller någon skyldighet att utge avtalsvitet.

4.4.2 Force majeure och hardship

Force majeure är i likhet med objektiv omöjlighet en allmän ansvarsfrihetsgrund. Denna kan emellertid härledas från olika källor, och någon skillnad görs inte alltid i fråga om ursprung. Ansvarsfriheten kan till exempel framgå av avtalsnormerna, vilka i sådana fall räknar upp ett antal faktiska händelser.³⁰⁹ Om en eller flera sådana händelser inträffar upphör

309. Bryde Andersen, M. (2015), *Praktisk aftaleret*, s. 421 ff.

(tillfälligt) skyldigheten att fullgöra.³¹⁰ En vanlig sådan formulering är att en avtalspart inte är ansvarig för skada som beror på krigshändelse, strejk, blockad, lockout, bojkott eller eldsvåda. Dessa exempel brukar också kompletteras med formuleringen »annan liknande omständighet utanför parternas kontroll».³¹¹

Eventuella tillämpningsproblem uppstår främst vid kvalificeringen av en händelse för att avgöra om den är sådan att skyldigheten att fullgöra upphör. På samma sätt som vid omöjlighet påverkar inte avtalsvitet den eliminerade skyldigheten att fullgöra.³¹²

En tillhörande fråga är i vilken mån en part – utan att det framgår av avtalsnormerna – befrias från skyldigheten att fullgöra vid faktiska händelser som konstituerar *force majeure*. Detta kräver med andra ord någon form av (tvingande) utfyllande norm. Enligt en allmän avtalsrättslig princip existerar en sådan tvingande norm, men i linje med vad som sagts ovan finns inget som tyder på att avtalsvitet skulle ha någon påverkan på tillämpningen av den.

Hardship är en klausultyp som innebär att avtalsparterna under vissa förutsättningar inte behöver fullgöra, samtidigt som den skiljer sig delvis från vad som gäller vid *force majeure*.³¹³ Vid *force majeure* försvinner

310. Hagstrøm, *Obligasjonsrett*, s. 335.

311. Se till exempel Unidroit art. 7.1.7 för formuleringen av en *force majeure*-klausul i en internationell kontext. Se också Herre, J. och Ramberg, J. (2016), *Köplagen (26 oktober 2018, Zeteo)*, kommentaren till 27 §, avsnitt 7.7.3, som definierar *force majeure* som en »utifrån kommande händelse av allmänt omfattande verkan» med hänvisning till bland annat Runesson, E. M. (1996), *Rekonstruktion av ofullständiga avtal: särskilt om köplagens reglering av risken för ökade prestationskostnader*, s. 235 ff. och Sandvik, B. (2004), *Säljarens kontrollansvar: skadeståndsansvarets grund och omfattning enligt köplagen och CISG*, s. 100 ff.

312. Olsen, *Ersättningsklausuler*, s. 174 ff. Se också Winroth, A. O. och Lamm, K. (1917), *Köp av lös egendom: efterlämnat manuskript*, s. 120 för en äldre framställning.

313. Se också Bruserud, H. (2010), *Hardshipklausuler*, s. 126 ff., för en redogörelse av relationen mellan *hardship*-klausuler och *sole remedy*-klausuler samt för den allmänna relationen mellan avtalsnormer och utfyllnadsnormer som reglerar samma sak.

alternativt skjuts en avtalspart skyldighet att fullgöra upp. Vid *hardship*, som i regel är händelser av mindre allvarlig natur, har parterna istället enligt klausulen en skyldighet att omförhandla avtalet.

Hardship definieras enligt följande i UNIDROIT, artikel 6.2.2.

There is hardship where the occurrence of events fundamentally alters the equilibrium of the contract either because the cost of a party's performance has increased or because the value of the performance a party receives has diminished, and

(a) the events occur or become known to the disadvantaged party after the conclusion of the contract;

(b) the events could not reasonably have been taken into account by the disadvantaged party at the time of the conclusion of the contract;

(c) the events are beyond the control of the disadvantaged party; and

(d) the risk of the events was not assumed by the disadvantaged party.

Rättsverkan av denna regel är att den missgynnade parten har rätt att kräva *omförhandling* av avtalet.³¹⁴ Såvitt gäller avtalsvitets har det inte heller här någon påverkan på en eventuell skyldighet att omförhandla ett avtal. Detta är också i linje med tidigare påpekanden om avtalsvitets begränsande påverkan.

314. Se till exempel Unidroit, art. 6.2.3. Grönfors, K. och Dotevall, R. (2016), *Avtalslagen: en kommentar*, s. 61, skriver att om en skyldighet att omförhandla »säkert ska kunna fullföljas krävs särskilda bestämmelser i avtalet«.

5 TILL AVTALSVITET LIKNADE KLAUSULTYPER

5.1 INLEDNING

DEFINITIONEN AV AVTALSVITET medför ofrånkomligen att andra klausultyper inte räknas som avtalsviten, trots vissa likheter. I detta kapitel ska några av dessa klausultyper kort beskrivas, och likheter och skillnader i förhållande till avtalsviten belysas. Klausultyperna är skadeståndsklausuler, förverkandeklausuler, friköpsklausuler och prissättningsklausuler.³¹⁵ Varje klausultyp konstitueras av vissa villkor, vilka utgör medlemskapskriterier för respektive klausultyp.

Penningförpliktelsen i skadeståndsklausulen respektive prissättningsklausulen är villkorade av vissa handlingar. Handlingen i en skadeståndsklausul är otillåten, medan den i en prissättningsklausul är till-

315. Omnämmandet av en eller flera av dessa klausultyper görs bland annat av Fehr, M. (1913), *Om vitesbestämmelser i aftal enligt svensk rätt: en profföreläsning*, s. 22 f., Almén, T. och Eklund, R. (1960), *Om köp och byte av lös egendom: kommentar till lagen den 20 juni 1905*, s. 320, Rodhe, K. (1956), *Obligationsrätt*, s. 584, Almén, T., Eklund, R., och Nordström, T. (1997, urspr. publ. 1968), *Lagen om avtal*, s. 143, Gorton, L. och Samuelsson, P. (2005), *Kontraktuella viten* i Festskrift för Ingemar Ståhl, s. 76 f., Arvidsson, N. (2011), *Högsta domstolen och den aktiebolagsrättsliga separationsprincipen*. Juridisk tidskrift vid Stockholms universitet, s. 64, Samuelsson, P. (2011), *Entreprenadavtal: särskilt om ändrade förhållanden*, s. 228 och Arvidsson, N. (2016), *Avtals efterverkan vid utträden ur varaktiga flerparsavtal*. Juridisk Tidskrift vid Stockholms universitet, s. 22. Även SOU 1974:83. Generalklausul i förmögenhetsrätten, s. 170 påpekar likheten mellan avtalsviten och förverkandeklausulen.

låten. Förverkandeklausulen kännetecknas av att en enligt avtalet otillåten handling eliminerar en existerande penningförpliktelse medan friköpsklausulen innebär en kompetens att genom en betalning förändra gällande rättsliga positioner.³¹⁶

Klausultyperna är indelade i två grupper utefter indelningsgrunden »överträdelse av huvudförpliktelsen«. Skadeståndsklausuler och förverkandeklausuler bildar den ena undergruppen och prissättningsklausuler och friköpsklausuler den andra.³¹⁷ Som exempel på hur indelningsgrunden mellan skadeståndsklausuler och prissättningsklausuler fungerar kan tas följande klausul i ett avtal mellan A och B.

(5.1) Om A utför handlingen x ska A betala 100 000 kr till B.

Det avgörande för indelningen är vilken deontisk status x har: tillåten eller otillåten. (5.1) kan i sin tur delas upp enligt följande.³¹⁸

(5.2) A får inte begå handlingen x . Om A begår handlingen x ska A betala 100 000 kr till B.

316. Se till exempel Arvidsson, N. (2010), *Aktieägaravtal: särskilt om besluts- och överlåtelsebindningar*, s. 50 och Adestam, J. (2014), *Den dokumentvillkorade garantin*, s. 46 f. Kompetens kallas *power* av Hohfeld, se Hohfeld, W. N. (1913), *Some fundamental legal conception as applied in judicial reasoning*. The Yale Law Journal, s. 44.

317. Undergrupperna är valda med utgångspunkt i de klausultyper som tas upp i detta kapitel. De fyra stycken är därför inte en uttömmande lista, till exempel finns hävningsklausuler som en annan avtalad avtalsbrottspåföljd, men dessa tas inte upp här. Se till exempel Taxell, L. E. (1972), *Avtal och rättsskydd*, s. 438 f. för en redogörelse för hävningsklausuler.

318. Dessa exempel är inspirerade av Lindskog, S. (2011), *Aktieägaravtal – kommentarer med anledning av en avhandling*. Svensk Juristtidning, s. 284, not nr 83. Han menar där att avtalsbrott är ett »tillåtet handlande med vissa ekonomiska konsekvenser». Ett uttalande på samma tema återfinns också i Lindskog, S. (2015), *Jämning i kommersiella avtalsförhållanden i Aftaleloven 100 år*. Baggrund, status, utfordringar, fremtid, s. 327.

- (5.3) A får begå handlingen x . Om A begår handlingen x ska A betala 100 000 kr till B.

De ekonomiska konsekvenserna, isolerade till följderna av respektive klausul, av att A begår handlingen x är som synes identiska.³¹⁹ Skillnaden ligger istället i huruvida handlingen x är tillåten eller inte.

Om x är förbjuden är betalningsskyldigheten på 100 000 kr som utförandet av x skapar en rättsverkan av en avtalad avtalsbrottspåföljd. Dess tillämplighet är med andra ord villkorad av avtalsbrott, vilket som huvudregel aktualiserar andra, på avtalsförhållandet tillämpliga avtalsbrottspåföljder från den dispositiva rätten. Någon motsvarighet saknas om x är en tillåten handling.

5.2 KLAUSULTYPER VILLKORADE AV AVTALSBROTT

5.2.1 Skadeståndsklausuler

Någon vedertagen uppfattning av vad som utgör en skadeståndsklausul eller skadeståndsförpliktelse finns inte.³²⁰ Ett av få uttalanden som behandlar klausultypen är följande, då i fråga om en bestämmelse i ett partneravtal.

Klart är att bestämmelsen utgör en skadeståndsregel endast om den vederbörligen tolkad innebär att skada utgör ett nödvändigt villkor för att ersättningsskyldigheten ska aktualiseras. Förutsätter inte bestämmelsen skada som ett rättsgrundande faktum är det alltså inte en

319. För betydelsen av formuleringen av olika alternativ och hur det påverkar aktörerna, se till exempel Tversky, A. och Kahneman, D. (1981), *The Framing of Decisions and the Psychology of Choice*. Science, s. 453.

320. Jag kommer nedan att använda skadeståndsklausul synonymt med skadeståndsförpliktelse.

skadeståndutfästelse. I stället kan det då handla om ett *avtalsvite* eller en *friköpsklausul*.³²¹

Här framgår en tänkbar indelningsgrund, att skadeståndsförpliktelsen är villkorad av en ren förmögenhetsskada, och det är också så jag väljer att definiera den.³²² Detta innebär att en skadeståndsförpliktelses två första konstitutiva villkor är samma som för avtalsvitet. Skillnaden är istället att dess penningförpliktelse dels är villkorad av att överträdelse av huvudförpliktelsen har skett, dels att överträdelsen har orsakat skada. Skada utgör således ett nödvändigt villkor för att *f* ska aktualiseras. Detta innebär att villkor (3.6) i kapitel 3 ska ersättas med följande.

- (5.4) *f* aktualiseras endast om subjektet eller subjekten i *f* överträder *h* och överträdelsen medför en ren förmögenhetsskada för objektet.

Precis som med avtalsvitet behöver inte detta villkor framgå av klausulens lydelse. En skadeståndsklausul skulle således kunna se ut enligt följande.

- (5.5) Om A bryter mot punkten 7 ska A betala 100 000 kr till B.

Här framgår inte kravet på skada explicit, men om det genom tolkning följer att förpliktelsen är villkorad även av skada, uppfyller den kraven för att räknas som en skadeståndsförpliktelse.

Vad gäller villkoren för att en motsvarighet till vitesfordran ska uppkomma måste dessa justeras med hänsyn till det ytterligare villkoret i en skadeståndsförpliktelse. Det räcker därför inte med att en överträdelse har skett, utan den måste också ha orsakat en skada. Således gäller följande för att skadeståndsförpliktelsen ska aktualiseras i ett avtal mellan A och B, där *h* är skadeståndsförpliktelsens huvudförpliktelse.

321. Arvidsson, *Avtals efterverkan*, s. 22.

322. Precis som i övrigt i avhandlingen menas med *skada* sådan ren förmögenhetsskada som framgår av 1 kap. 2 § skadeståndslagen.

- (5.6) A överträder *h*,
- (5.7) överträdelsen orsakar B en skada, samt
- (5.8) skadeståndsklausulens betalningsförpliktelse får verkan enligt dess lydelse eller jämkas till ett belopp större än noll.

Något krav på huvudförpliktelsens giltighet förekommer i likhet med vitesfordran inte. Detta återfinns istället implicit i (5.6), i och med att en ogiltig förpliktelse inte går att överträda. Huruvida avtalsparten överträder eller uppfyller huvudförpliktelsen får precis som med vitesfordran avgöras enligt vedertagna tillvägagångssätt.

Såvitt gäller avtalsvitet följer av dess definition att det inte är villkorat av skada eller vårdslöshet. En förpliktelse som till exempel kräver vårdslöshet för att aktualiseras räknas därför inte som ett avtalsvite. Skadeståndsförpliktelsen saknar ett motsvarande krav. Detta gör att huruvida en viss förpliktelse är villkorad av vårdslöshet eller inte saknar betydelse för om den ska räknas som en skadeståndsförpliktelse.

Om den bevisade skadan är 50 000 kr är frågan om ersättningen ska utgå med detta belopp eller med klausulens belopp om 100 000 kr. Motsvarande fråga uppkommer om den bevisade skadan är 200 000 kr med samma skadeståndsbelopp.

I detta fall gäller avtalsfrihet, vilket gör att parterna själva kan komma överens om hur den ekonomiska skadan förhåller sig till det avtalade beloppet. Men om så inte görs, och eftersom inget innehåll i den delen följer av definitionen, öppnas för tillämpning av innehållet i den dispositiva rätten. Med den läsning av uttalanden i litteratur och praxis som gjordes i avsnitt 3.5 ovan, följer att författarna återgav rättsverkan av en dispositiv regel men att denna sätts ur spel genom definitionen av avtalsvitet. Tillämpningen av regeln gjorde att avtalsvitet aktualiseras oavsett om en skada förelåg eller inte.

Med utgångspunkt i likheterna mellan ett avtalsvite och en skadeståndsförpliktelse bör samma sak gälla här. Genom definitionen av den

senare (och den förra) finns inget krav på att skadan har något samband med det avtalade beloppet. Detta innebär att om den bevisade skadan är större än noll (och bevisskyldigheten såvitt gäller avtalsbrott är uppfylld) kommer skadeståndsbeloppet på 100 000 kr att betalas ut. Om skadan däremot överstiger det avtalade beloppet bör den skadelidande, om skadan kan bevisas, få ersättning med hela skadan med avräkning av det som betalats genom skadeståndsklausulen.³²³

5.2.2 Förverkandeklausuler

Förverkandeklausulen beskrivs av Rodhe enligt följande.

Nära besläktad med en [vitesbestämmelse] är en föreskrift att gäldenären vid underlåten uppfyllelse går miste om en prestation, som han eljest skulle haft rätt att fordra av borgenären, eller att han går miste om en honom eljest tillkommande förmån att slippa prestera till denne. I sådana fall talar man i allmänhet icke om en vitesbestämmelse utan om en förverkandebestämmelse.³²⁴

Skillnaden mellan klausultyperna beskrivs av Rodhe som en formuleringsfråga, »i det att varje förverkandebestämmelse kan omskrivas till en vitesbestämmelse i gängse mening, därigenom att gäldenären åtager sig en prestationsskyldighet exakt motsvarande den förmån varifrån han avstår«. Detta gör enligt Rodhe att det i allmänhet saknas anledning att göra skillnad mellan vites- och förverkandebestämmelser.³²⁵

323. Om skadan är bevisad men mycket låg (eller hög) i jämförelse med skadeståndsbeloppet finns möjlighet att jämka eller åsidosätta dess innehåll enligt 36 § avtalslagen.

324. Rodhe, *Obligationsrätt*, s. 584. Förverkandeklausuler nämns också av Förslag till lag om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område m.m., s. 153 f., som likställer viten med förverkandeklausuler.

325. Rodhe, *Obligationsrätt*, s. 584. Se även Rodhe, K. (1946), *Svensk rättspraxis. Obligationsrätt 1941-1944*. Svensk Juristtidning, s. 41 och Rodhe, K. (1986), *Lärobok i*

En liknande uppfattning av förverkandeklausulen framförs av Olsen, som beskriver den som en klausul innebärande att utfästade part går förlustig en redan utgiven prestation (till exempel handpenning) eller en redan intjänad, men ännu inte av borgenären utgiven prestation och att sättet för betalning är en möjlighet att underlätta gränsdragningen mellan olika klausultyper. Hon tillägger att förverkandeklausulen ofta är kombinerad med överlämnandet av en handpenning.³²⁶

Ett typiskt scenario med en förverkandeklausul ser ut enligt följande, där jag antar att rättsverkningarna i stort följer av avtalsnormerna. A har en skyldighet att fullgöra en viss (natura)förpliktelse, B ska betala ett visst pris vid en viss tidpunkt. Innan denna tidpunkt och före A har fullgjort sina förpliktelser betalar B ett visst belopp till A (oftast kallat förskottsbetalning eller handpenning). Slutlig betalningen sker vid fullgörelse, när B betalar resterande belopp. Om B däremot inte fullgör sina förpliktelser – det vill säga i allmänhet att erlagga resterande betalning i rätt tid och på rätt sätt – kommer det i förskott erlagda beloppet att tillfalla A. Detta kallas också att handpenningen förverkas.

Av förverkandeklausulen framgår således att B ska betala ett visst belopp i förskott, samt att A har en av fullgörelse villkorad skyldighet att avräkna förskottsbeloppet från den slutliga betalningen (och en för B motsvarande rättighet att få avräknat förskottsbeloppet).

Av NJA 1974 s. 526, »Handpenningsavtalet och det negativa intresset«, följer att ett förverkande kan tolkas in i avtalet, om en sådan konsekvens inte framgår av avtalets lydelse. Handpenningsavtalet i fallet innehöll inte »någon föreskrift om att den lämnade handpenningen skulle vara förverkad för den händelse köpet ej genomfördes« men att

obligationsrätt, s. 249. Förverkandeklausuler utifrån finsk rätt behandlas av Taxell, *Avtal och rättsskydd*, s. 465 f.

326. Olsen, L. (1986), *Ersättningsklausuler: vite och andra avtalade ersättningar vid kontraktsbrott*, s. 25.

det »angivna syftet med avtalet skulle emellertid knappast uppnås, om ej handpenningen i sådant fall skulle förverkas».³²⁷

I ett äldre fall, NJA 1941 s. 705, »Det frånträdde silverrävsköpet», hade parterna avtalat om handpenning, som skulle förverkas vid bristande fullgörelse från köparen. Köparen, ett bolag, menade att bestämmelsen skulle ses som en friköpsklausul, det vill säga att den i förväg erlagda handpenningen också var ett belopp köparen kunde betala för att undvika att fullgöra avtalet. Enligt köparen gällde att »vid avtalets träffande överenskomts att bolaget skulle, om det så önskade, äga rätt att frånträda avtalet mot det att [säljaren] finge behålla handpenningen». I och med att beloppet var erlagt ansåg köparen därför att han inte hade någon skyldighet att fullgöra avtalet.

Av hovrättens dom, vilken fastställdes av Högsta domstolen, framgick att åt »kontraktsbestämmelsen om handpenningens förverkande kan icke givas den innebörden att bolaget skulle äga rätt att underlåta fullgöra sina skyldigheter enligt kontraktet mot avstående från handpenningen».³²⁸ Huruvida denna rättsverkan följde av tolkning eller av tillämpning av dispositiv rätt framgår inte uttryckligen, men det framstår som mest troligt att domstolen tolkade avtalet. Det framgår inte heller om denna rättsverkan följer av en allmän tolkningsregel och i så fall vilken. Några mer generella slutsatser går därför inte att dra av avgörandet.

Skyldigheten respektive rätten till avräkning är som tidigare sagts villkorad av fullgörelse från den part som har rätt till avräkning, i detta fall B. Detta gör att A, om B fullgör, har en skyldighet att avräkna förskottsbeloppet från den slutliga betalningen och att B har en rättighet att få avräknat förskottsbeloppet från den slutliga betalningen.

327. NJA 1974 s. 526, »Handpenningsavtalet och det negativa intresset», på s. 532. Adestam, *Den dokumentvillkorade garantin*, s. 61 f. tar fallet som exempel på avtalets funktion eller syfte som tolkningsdatum.

328. NJA 1941 s. 705, »Det frånträdde silverrävsköpet».

Med utebliven fullgörelse elimineras denna rättsliga position. Detta hade också kunnat formuleras som en rättsverkan villkorad av icke-fullgörelse av huvudförpliktelsen. Effekten blir emellertid densamma, att den rättsliga positionen som följde av förskottsbetalningen och förverkandeklausulen elimineras.

Jämförelsen med avtalsvitet ger därför att det är två i grunden skilda förpliktelse typer. Avtalsvitet är en penningförpliktelse villkorad av överträdelse av en avtalsförpliktelse. Vid överträdelse uppkommer en vitesfordran. Vid motsvarande överträdelse med en förverkandeklausul försvinner en fordran. På så sätt uppfyller inte förverkandeklausulen avtalsvites krav på att innehålla en av avtalsbrott villkorad penningförpliktelse, och skillnaden mellan dessa klausultyper blir därför mer än en formuleringsfråga.

5.3 KLAUSULTYPER UTAN KRAV PÅ AVTALSBROTT

5.3.1 Prissättningsklausuler

Prissättningsklausuler är en klausultyp som i likhet med skadeståndsklausuler sällan uppmärksammas. Arvidsson nämner i en kommentar till NJA 2015 s. 741 den som en klausultyp som skiljer sig från skadestånds- och vitesklausuler. Skillnaden mellan dessa är om överträdelse av en avtalsförpliktelse är ett nödvändigt villkor för att aktualisera klausulens penningförpliktelse.

Uppfattas § 10 däremot som en friköpsklausul innehåller Partneravtalet inget förbud i det aktuella hänseendet. Ersättningsbestämmelsen fungerar i så fall som en prissättningsklausul. Parterna är då fria

att ta anställning hos och överföra klienter till en konkurrent, men är i gengäld skyldiga att betala det i § 10 föreskrivna »priset».³²⁹

Det avgörande är med andra ord den deontiska statusen hos den handling som klausulens förpliktelse är villkorad av. Som tidigare nämnts finns två alternativ: om α är tillåten kan det vara en prissättningsklausul medan om α är otillåten kan det vara ett avtalsvite eller skadeståndsklausul.

Huruvida handlingen är tillåten följer i första hand genom tolkning och i andra hand genom utfyllning. I tidigare nämnda NJA 2015 s. 741, utgjordes handlingen av antingen att ta anställning hos och överföra klienter till en konkurrent eller starta en egen verksamhet. För att kunna klassificera klausulen gäller därför att se huruvida handlingen enligt avtalet är otillåten eller inte.³³⁰ Det vill säga, kan klausulen genom tolkning ges ett innehåll att det är ett avtalsbrott att (underförstått att anställningen är avslutad) ta anställning hos annan som bedriver revisions- eller konsultverksamhet eller starta egen verksamhet i Sverige?

Högsta domstolen sade inget om detta. Parterna själva verkade tycka att det var en skadeståndsbestämmelse, vilken således förutsätter att α är otillåten. Även av formuleringen av klausulen, med användning av skadestånd, var det troligen så att parterna uppfattade klausulen som att de handlingar den beskriver är otillåtna.³³¹

En i svensk avtalspraxis ovanlig klausultyp och variant av prissättningsklausuler är en klausul som under vissa villkor av avtalsenligt

329. Arvidsson, *Avtals efterverkan*, s. 22. Noteras bör att jag nedan skiljer mellan friköpsklausuler och prissättningsklausuler på ett sätt som Arvidsson inte gör.

330. Klausulen är återgiven i NJA 2015 s. 741, »Partneravtalet», p. 4. Avgörandet är också rubricerat som »Tolkning av ett avtal med ett stort antal parter».

331. Arvidsson, *Avtals efterverkan*, s. 22.

handlande minskar priset, så kallade *rabattklausuler* eller *bonusklausuler*.³³² Internationellt går de under *incentive/disincentive clauses* (vanligen förkortade I/D) och förekommer bland annat i entreprenadkontrakt rörande större infrastrukturprojekt.³³³ Denna klausultyp innehåller två alternativa fullgörelsetidpunkter, t_1 och t_2 och till dessa två alternativa kontraktssummor, p_1 och p_2 . Tidpunkten t_2 är den »egentliga» fullgörelsetidpunkten och inträffar efter t_1 . Vidare gäller enligt klausulen att $p_1 > p_2$. I en entreprenad skulle det innebära att om entreprenaden är färdigställd vid t_2 är kontraktssumman p_2 , medan om entreprenören är färdig vid t_1 , det vill säga före den »egentliga» fullgörelsetidpunkten, ska beställaren betala den högre kontraktssumman p_1 .

På så sätt utgör detta slags klausul också en prissättning av ett visst handlande, men där (i detta fall) kontraktssumman ökar. En sådan klausul kan i sin tur också kombineras med ett avtalsvite vid till exempel dröjsmål. Därigenom uppstår tre olika kontraktssummor, i och med att vitets aktualiserande gör att $p_2 - \text{vitesbeloppet} = p_3$ ska betalas och det om leverans sker vid tidpunkten t_3 (som är senare än t_2). Den prestatationsskyldige kan därför genom att fullgöra vid t_1 , t_2 eller t_3 välja vilket av p_1 , p_2 eller p_3 hon ska få betalt.³³⁴

332. Samuelsson, *Entreprenadavtal*, s. 269 ff. och Kihlman, J., Munukka, J., och Svensson, O. (2017), *Köplagen: en kommentar*, s. 611 f.

333. Se till exempel Arditi, D., Khisty, C. J., och Yasamis, F. (1997), *Incentive/Disincentive Provisions in Highway Contracts*. Journal of Construction Engineering and Management, s. 302 ff., Jaraiedi, M., Plummer, R. W., och Aber, M. S. (1995), *Incentive/Disincentive Guidelines for Highway Construction Contracts*. Journal of Construction Engineering & Management, s. 112 ff. och El-Gafy, M. och Abdelhamid, T. (2015), *Impact of I/D Contracts Used for Expediting Michigan's Road Construction*. Journal of Construction Engineering & Management, s. 1 ff.

334. Här ska också poängteras att om fullgörelse sker vid p_3 antas detta vara ett avtalsbrott, vilket inte är fallet vid p_1 eller p_2 .

5.3.2 Friköpsklausuler

Friköpsklausuler (i vissa äldre framställningar kallad *mulcta poenitentialis*) nämns i likhet med förverkandeklausulen ofta i samband med framställningar om avtalsviten.³³⁵ Detta trots att dessa sinsemellan uppvisar betydande skillnader, vilket det också finns en bred enighet kring i litteraturen. Friköpsklausulen innehåller ett moment som också förekommer hos förverkandeklausulen, en avtalad betalning i tiden före fullgörelse.³³⁶ Men till skillnad från förverkandeklausulen är betalningen inte obligatorisk. Istället ger betalningen en avtalspart möjlighet att köpa sig fri från de förpliktelser som annars hade följt av avtalet.³³⁷

Ett typiskt händelseförlopp med typiska rättsverkningar är för en friköpsklausul följande.³³⁸ A och B ingår ett avtal vid en viss tidpunkt. Avtalet innehåller en huvudförpliktelse, vilken ska fullgöras vid en viss tidpunkt och på ett visst sätt. I och med att avtalet ingås börjar också en tidsperiod löpa, under vilken den naturaprestationsskyldige A enligt avtalsnormerna har en möjlighet att genom att betala en i avtalet angiven summa till B slippa fullgöra sin hela eller delar av sin förpliktelse. Är det ett avtal som löper över en längre tid kan det också handla om friköp från skyldigheten att fullgöra för resterande avtalstid.

335. Fehr, *Om vitesbestämmelser*, s. 22 f., Almén och Eklund, *Kommentar till köplagen (1960)*, s. 320 f., Almén m. fl., *Lagen om avtal*, s. 143 och Samuelsson, *Entreprenadavtal*, s. 229.

336. Arvidsson, N. och Samuelsson, P. (2018), *Entreprenadavtal mellan näringsidkare och konsument*, s. 80.

337. Fehr, *Om vitesbestämmelser*, s. 22 f., Almén och Eklund, *Kommentar till köplagen (1960)*, s. 320 f., Olsen, *Ersättningsklausuler*, s. 197, Gorton och Samuelsson, *Kontraktuella viten*, s. 75 f., Samuelsson, *Entreprenadavtal*, s. 229 och Arvidsson, *Avtals efterverkan*, s. 22. Flera av dessa hänvisar också till NJA 1911 s. 467, »Läraren och friköpsklausulen«.

338. Även här är de dispositiva normerna få, Rodhe, *Svensk rättspraxis. Obligatorisk rätt 1941-1944*, s. 41.

Friköpsklausulen ger härigenom A en ensidig *kompetens* att förändra de rättsliga positioner som annars hade gällt. Aktualiserande av huvudförpliktelsen är här villkorad av icke-betalning av friköpsbeloppet. Om friköpsbeloppet inte erläggs på sätt som framgår av avtalet kommer avtalet att fungera på samma sätt som om den tidsbegränsade möjligheten inte hade förekommit. I linje med det gäller också att om betalning av friköpsbeloppet sker elimineras huvudförpliktelsen eller återstående delar av den.

Någon egentlig relation mellan friköpsklausulen och avtalsvitets finns inte. Utan stöd i avtalet saknas möjligheter att »omvandla» en friköpsklausul till ett avtalsvite, så att friköpsbeloppet också skulle fungera som vitesbelopp. Om A inte utnyttjar möjligheten att köpa sig fri, och därefter överträder huvudförpliktelsen kommer friköpsbeloppet inte att ha någon betydelse för ett eventuellt skadestånd för avtalsbrott.³³⁹ Även om det tidigare nämnda rättsfallet, »Det frånträdde silverrävsköpet» sannolikt handlade om avtalstolkning, framstår det också idag som osannolikt att den dispositiva rätten skulle innehålla en sådan regel som köparen gjorde gällande. Om avtalet innehåller både en friköpsklausul och ett avtalsvite gäller samma sak, att om friköpsklausulen inte aktualiseras påverkar detta inte uppkomsten av en vitesfordran.

Ett rättsfall som brukar nämnas i samband med friköpsklausuler är NJA 1911 s. 467, »Läraren och friköpsklausulen». Fallet rörde en lärare med en viss avtalad undervisningsskyldighet. Något prejudikatvärde i fråga om friköpsklausulens rättsverkningar har det däremot inte, eftersom klausulens rättsföljd eller funktion inte aktualiseras i den fråga domstolarna skulle besvara. Istället fyller fallet mestadels en exemplifierande funktion.

339. Detta är noterat redan av Fehr, *Om vitesbestämmelser*, s. 23 och Almén m. fl., *Lagen om avtal*, s. 143. Se även det tidigare nämnda rättsfallet »Det frånträdde silverrävsköpet».

I avtalet fanns två klausuler av intresse. Den första var en konkurrensklausul som gällde för två års tid efter avtalets upphörande, och som inskränkte lärarens möjligheter att under denna tid ta vissa anställningar, bland annat inom samma stad. Den andra löd enligt följande.

Från denna inskränkning kan läraren befria sig genom föregående (*vorherige*) betalning af 3,000 mark per år och skola och 1,500 mark per år, om han endast vill arbeta såsom privatlärare utan biträden.

Arbetstagaren bröt mot konkurrensklausulen och blev stämd av arbetsgivaren. Något avtalsvite eller annan avtalad avtalsbrottspåföljd kopplad till överträdelse av konkurrensförbudet saknades, varför skadeståndsberäkningen fick avgöras av dispositiv rätt. Enligt dispositiv rätt skulle arbetstagaren ersätta arbetsgivaren den och det var vidare arbetsgivaren som hade bevisbördan för skadans storlek. Någon skada hade arbetsgivaren emellertid inte visat och mot bakgrund av det ogillades talan.

Denna klausultyp har också fått viss medial uppmärksamhet i samband med fotbollsspelares övergångar mellan olika klubbar. Bland professionella fotbollsspelare är det vanligt att nyckelspelares kontrakt löper under lång tid. Under denna tid är spelarens förpliktelse något förenklat att spela fotboll för sin klubb. Andra klubbar är under kontraktstiden inte förbjudna att försöka köpa spelaren, men den nuvarande klubben har ingen skyldighet att sälja. Dessa nyckelspelare brukar ha en friköpsklausul eller *buyout clause* i sina kontrakt. Denna fungerar på liknande sätt som beskrivits ovan. Genom att betala ett visst i avtalet föreskottat belopp, friköps spelaren från sina avtalsförpliktelser gentemot sin klubb, och är därmed fri att lämna.

Friköpsbeloppen är i regel betydligt än spelarens marknadsvärde. Som exempel kan tas Cristiano Ronaldo, vars kontrakt med Real Madrid påstods innehålla en friköpsklausul på 1 miljard euro. Vid övergången till Juventus sommaren 2018 användes denna emellertid inte,

utan Juventus betalade ca 112 miljoner euro (vilket får antas vara marknadsvärdet).

Av medierapporteringen kring Antoine Griezmanns övergång från Atlético de Madrid till Barcelona framgick att hans friköpsklausul hade olika nivåer, där friköpsbeloppet minskades med tiden. Vid övergången aktualiserades Griezmanns friköpsklausul. Denna innehöll för övergångar före den 1 juli 2019 ett friköpsbelopp på 200 miljoner euro. För övergångar efter den 1 juli var friköpsbeloppet 120 miljoner euro. Atlético de Madrid har inlett en process mot Barcelona, eftersom man menar att övergången skedde innan den 1 juli och att Barcelona därför ska betala det högre beloppet. Griezmanns nya friköpsklausul i avtalet med Barcelona uppgår enligt uppgift till 800 miljoner euro.³⁴⁰

340. »Atlético de Madrid believes that the amount deposited is insufficient to meet its rescission clause, since it is obvious that the commitment of the player and that of Football Club Barcelona was closed before the aforementioned clause was reduced from €200m to €120m [on 1 July]«, <https://www.theguardian.com/football/2019/jul/12/antoine-griezmann-joins-barcelona-from-atletico-madrid-for-120m> (besökt den 14 augusti 2019).

6 REGLER FÖR SKADESTÅNDSBERÄKNING

6.1 INLEDNING

DETTA KAPITEL HANDLAR om två olika ersättningsformer för skada: skadestånd enligt det positiva respektive skadestånd enligt det negativa intresset. Båda dessa återfinns i den utfyllande rätten, men uppvisar sinsemellan betydande olikheter. Ersättning enligt det positiva intresset är villkorad av överträdelse av ett giltigt avtal, medan ersättning enligt det negativa intresset är villkorad av frånvaron av en sådan överträdelse.³⁴¹

Konturerna hos de båda ersättningsformerna har vuxit fram i litteratur (men också delvis i rättspraxis) under en längre tid. I regel har fokus varit på en uppdelning mellan olika slags kostnader, och huruvida dessa tillhör det positiva eller det negativa intresset (eller båda två). För avhandlingens del löser en sådan uppdelning emellertid inte det problem jag vill undersöka i nästkommande kapitel: vilken ersättningsregel som tillämpats i det enskilda fallet. Jag har därför valt ett delvis annat framställningssätt.

Om en skadelidande fått ersättning för förmögenhetsskada följer ersättningen av ett visst slags rättsnormer (eller avtalsnormer om ett avtalsvite finns). Om tillämpningen av dessa normer är villkorad av överträdelse av en giltig förpliktelse, är ersättningen en *kontraktuell ersättning*

341. Denna skillnad mellan det positiva och det negativa intresset beskrevs redan av Jhering: »Das Interesse der ersten Art hat die *Gültigkeit*, das der zweiten die *Ungültigkeit* des Contracts zur Grundlage.», Jhering, R. v. (1861), *Culpa in contrahendo: oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen*. Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts, s. 16.#

och uppgår som huvudregel till det positiva intresset. Om överträdelse av en giltig förpliktelse inte har skett är ersättningen en *utomkontraktuell ersättning* och uppgår som huvudregel till det negativa intresset.

Dessa intressen överlappar till stor del varandra. En viss typ av kostnader kan beroende på omständigheterna ersättas både enligt det positiva som det negativa intresset, vilket gör att det med hänsyn till en utbetalad ersättning sällan går att dra några slutsatser om vilket slags regel som har använts. Ett av målen med kapitlet är mot bakgrund av detta att klargöra förutsättningarna för tillämpning av respektive ersättnings-typ snarare än vilka kostnader som ingår eller inte ingår. Att jag har valt detta angreppssätt är för att kunna fastställa vilket slags regel rättstillämparen har använt i det enskilda fallet. Detta kommer särskilt att betonas i slutet av kapitlet, där jag argumenterar för att ersättning enligt det negativa intresset har tillämpats (och också bör tillämpas) inom fler rättsområden än vad den vedertagna bilden ger.

6.2 U T G Å N G S P U N K T E R

Definitioner av det positiva och negativa intresset förekommer sedan lång tid i den förmögenhetsrättsliga litteraturen och i rättspraxis. I avtalsförhållanden, och särskilt köprättsliga förhållanden, ska skadeståndet som huvudregel ge en avtalspart kompensation för att avtalet inte har fullgjorts på riktigt sätt. Kompensationen ersätter riktig fullgörelse, och bygger på att »det finns ett ekonomiskt intresse på vilket kontraktsbrottet inverkat negativt».³⁴² Skadeståndets primära syfte är inte att bi-

342. Herre, J. (1996), *Ersättningar i köprätten: särskilt om skadeståndsberäkning*, s. 298 f.

behålla avtalsbalansen, utan dess »primära uppgift är att bibehålla borgenären på oförändrad ekonomisk nivå«. ³⁴³ Detta sker genom att skadeståndet försätter »den skadelidande parten i samma ekonomiska situation som om avtalet fullgjorts på riktigt sätt». ³⁴⁴

Anta att en köpare får en nytta på 100 av att äga en vara. Varan kostar 80 för honom att köpa. Detta gör att hans nyttoökning av ett fullgjort avtal är $100 - 80 = 20$. Detta är köparens ekonomiska intresse av avtalet. Skulle säljaren begå avtalsbrott och förutsättningarna för skadestånd är uppfyllda ska säljaren betala ett visst belopp till köparen. Genom betalningen försätts köparen i samma ekonomiska situation som om avtalet fullgjorts på riktigt sätt. För att göra detta ska köparen ha ekonomisk ersättning som gör att hans nytta blir 100. Med en kvantifierbar nytta och beroende på om köparen har betalat i förskott (och således ska ha tillbaka betalningen) eller inte kommer skadeståndet antingen att vara 20 eller $20 + 80 = 100$. ³⁴⁵

343. Taxell, L. E. (1972), *Avtal och rättsskydd*, s. 352.

344. Just denna formulering kommer från Herre, *Ersättningar i köprätten*, s. 303. Liknande definitioner förekommer exempelvis hos Karlgren, H. (1953), *Om skadeståndsskyldighet vid ogiltiga avtal begränsad till det »negativa skadeståndsintresset«* i Avtalsrättsliga spörsmål, s. 10 f., Rodhe, K. (1956), *Obligationsrätt*, s. 479 f., Almén, T. och Eklund, R. (1960), *Om köp och byte av lös egendom: kommentar till lagen den 20 juni 1905*, s. 280, not nr 44, Vahlén, L. (1968), *Fastighetsköp*, s. 138, Arvidsson, N. (2014), *Indirekt handlingsstyrande kontraktsklausuler - om ogiltighet och skadestånd*. Nordisk Tidsskrift for Selskabsret, s. 31, Adlercreutz, A., Gorton, L., och Lindell-Frantz, E. (2016), *Avtalsrätt I*, s. 233, Ramberg, J. och Herre, J. (2016), *Allmän köprätt*, s. 197, Hellner, J., Hager, R., och Persson, A. H. (2016), *Speciell avtalsrätt II: kontraktsrätt. H. 2*, *Allmänna ämnen*, s. 227 samt Ramberg, J. och Ramberg, C. (2019), *Allmän avtalsrätt*, s. 243. I vissa fall används *uppfyllelseintresset* synonymt med det positiva intresset. Högsta domstolen har i ett senare rättsfall använt termen *avtalsintresset*, NJA 2016 s. 107, »Den skadeståndsgrundande emissionsgarantin», p. 31.

345. Jag utgår nedan från att köpeskillingen inte är betald i förskott.

Det är också vanligt att parterna i samband med ett avtalsingående har haft kostnader av olika slag, hänförliga till avtalets fullgörande. Dessa kallas för *tillitsutgifter*, och är investeringar som syftar till att öka nyttan av ett fullgjort avtal jämfört med nyttan av ett fullgjort avtal utan tillitsutgifter.³⁴⁶ Om köparen har haft sådana kostnader ska dessa också ersättas som en del av det positiva intresset. Anta att köparen har haft sådana kostnader på 10, till exempel för ombudsarvode för att formulera ett överlåtelseavtal. Genom dessa kostnader får köparen ett bättre avtal, varför hans nytta av fullgörelse istället är 115. Om priset alltså är 80 innebär det att det positiva intresset i detta fall är $115 - 80 - 10 = 25$.

Liknande definitioner av det positiva intresset återfinns i övriga nordiska länder.³⁴⁷ Även *common law*-systemet använder denna variant, och den återkommer också i ekonomiska framställningar som *expectation interest*, *expectation measure* eller *expectation damages*.³⁴⁸

346. Shavell, S. (2004), *Foundations of economic analysis of law*, s. 355 ff. Detta är noterat också i den rättsvetenskapliga litteraturen, se till exempel Gomard, B. och Iversen, T. (2011), *Obligationsret. D. 2*, s. 257.

347. Munch-Petersen, H. (1898), *Den saakaldte »negative Kontraktsinteresse«*. Ett kritiskt Bidrag. Tidsskrift for rettsvitenskap, s. 28, Brækhus, S. (1947), *En analyse og vurdering av den såkalte negative kontraktinteresse i nordisk kontraktrett*. Tidsskrift for rettsvitenskap, s. 517, Ussing, H. och Vinding Kruse, A. (1961), *Obligationsretten: almindelig del*, s. 142, Taxell, *Avtal och rättsskydd*, s. 351, Serlachius, J. (1902), *Lärobok i obligationsrättens allmänna del enligt finsk rätt*, s. 104, Lassen, J. (1917), *Haandbog i Obligationsretten. Almindelig del*, s. 320, Nørager-Nielsen, J. m. fl. (2008), *Købeloven: med kommentarer*, s. 447, Gomard och Iversen, *Obligationsret*, s. 195 och Hagstrøm, V. (2011), *Obligasjonsrett*, s. 539 f.

348. Williston, S. (1937), *The Law Of Contracts. Volume V.*, § 1338, Fuller, L. L. och Perdue, W. R., Jr. (1936), *The Reliance Interest in Contract Damages: 1*. The Yale Law Journal, s. 52 f., Kessler, F. och Fine, E. (1964), *Culpa in Contrahendo, Bargaining in Good Faith, and Freedom of Contract: A Comparative Study*. Harvard Law Review, s. 405, Barton, J. H. (1972), *The Economic Basis of Damages for Breach of Contract*. The Journal of Legal Studies, s. 278, Shavell, S. (1980), *Damage Measures for Breach of Contract*. Bell Journal of Economics, s. 478, Rogerson, W. P. (1984), *Efficient Reliance and Damage Measures for*

Ersättning enligt det negativa intresset har ett liknande syfte som ersättning enligt det positiva intresset, det vill säga att den skadelidande har rätt till ersättning och att ersättningen beräknas enligt en viss princip.

Definitioner av ersättning enligt det negativa intresset förekommer i två varianter. Den ena innebär att den skadelidande får ersättning som om avtalet aldrig hade ingåtts.³⁴⁹ Den andra är att den skadelidande får ersättning för förlust som han eller hon har drabbats av i tillit till att ett avtal skulle ingås eller, om ett ogiltigt avtal ingås, avtalet vore giltigt.³⁵⁰ Den senare varianten (åter)lanserades av Brækhus i en artikel från 1947 och är också den variant som jag använder i avhandlingen.³⁵¹ Detta är

Breach of Contract. The RAND Journal of Economics, s. 43 och Treitel, G. H. (1988), *Remedies for breach of contract: a comparative account*, s. 83. Se även till exempel artikel 9:302 i PECL: »The general measure of damages is such sum as will put the aggrieved party as nearly as possible into the position in which it would have been if the contract had been duly performed. Such damages cover the loss which the aggrieved party has suffered and the gain of which it has been deprived.«

349. Jhering, *Culpa in contrahendo*, s. 16, Karlgren, H. (1950), *Om handpenningsavtal i samband med köp av fast egendom* i Festskrift tillägnad hans excellens riksmarskalken, juris doktor Birger Ekeberg, s. 304, Vahlén, *Fastighetsköp*, s. 138, Herre, *Ersättningar i köprätten*, s. 304 f., Arvidsson, *Indirekt handlingsstyrande kontraktsklausuler*, s. 31, Hellner m. fl., *Kontraktsrätt: allmänna ämnen*, s. 227 och Adlercreutz m. fl., *Avtalsrätt I*, s. 251.

350. Brækhus, *Den såkalte negative kontraktinteresse*, s. 517, Fleischer, C. A. (1959), *Den negative kontraktsinteresse* i Festskrift til professor dr. juris Carl Jacob Arnholm fra de juridiske studenter ved universitetet i Oslo, s. 42, Augdahl, P. (1978), *Den norske obligasjonsretts almindelige del*, s. 245, Ussing och Vinding Kruse, *Obligationsretten*, s. 156, Herre, *Ersättningar i köprätten*, s. 305, Iversen, T. (2000), *Erstatningsberegning i kontraktsforhold: et bidrag til undersøgelsen af de i dansk ret gældende principper for erstatningsberegning i kontraktsforhold med særlig henblik på ikke-opfyldelse af aftaler om køb, leje og entreprise*, s. 659 ff., Gomard och Iversen, *Obligationsret*, s. 259, Hagstrøm, *Obligasjonsrett*, s. 540 och Bryde Andersen, M. och Lookofsky, J. (2015), *Lærebog i obligationsret 1. Ydelsen, beføjelser*, s. 277.

351. Brækhus, *Den såkalte negative kontraktinteresse*, s. 517.

också den variant som Högsta domstolen använde i NJA 2012 s. 1095, »Överförmyndaren«.³⁵²

Som exempel på hur ersättning enligt det negativa intresset beräknas kan tas samma som ovan. Skillnaden mellan ersättningsformerna är att köparen inte får ersättning för den uteblivna vinsten, utan bara för sina tillitsutgifter. Sådana kan till exempel vara att anlita ett ombud för att formulera ett avtal. Denna kostnad ökar nyttan av ett fullgjort avtal (annars skulle en rationell part inte lägga ner något arbete med tillhörande kostnader), men anses också vara värd noll om avtalet inte ingås eller, om det ingås, avtalet vore giltigt.³⁵³

I exemplet uppgår det negativa intresset till 10. Strikt sett utgör således den uteblivna vinsten den enda skillnaden mellan det positiva och det negativa intresset i båda exemplen. Detta gäller också generellt. Alla kostnader som kan ingå i det negativa intresset kan ingå i det positiva intresset.³⁵⁴ Detta innebär att med enbart hänsyn till olika kostnadsposter är det bara vid ersättning för utebliven vinst av det brutna avtalet som det går att dra någon säker slutsats vilken typ av ersättningsregel – kontraktuell eller utomkontraktuell – som har använts.

För avhandlingens del är skillnaden viktig. Detta beror på att jag i nästkommande kapitel ska undersöka rättsverkningarna av överträdelse av ett avtalsvites ogiltiga huvudförpliktelse. Detta gör att relationen, främst mellan ersättning enligt avtalsvitet och ersättning enligt det negativa intresset, måste klargöras. Det är i en sådan undersökning avgörande huruvida en utbetald ersättning är kontraktuell eller utomkontraktuell, vilket inte alltid är uppenbart av domskälen. Följande distinktion kommer därför att betonas:

352. NJA 2012 s. 1095, »Överförmyndaren«, p. 18.

353. Shavell, *Damage Measures for Breach of Contract*, s. 474.

354. Karlgren, *Om handpenningsavtal*, s. 305 talar om »den med avtalet åsyftade 'positiva vinsten'«.

- (6.1) Ersättning enligt det positiva intresset är ett *kontraktuellt skadestånd* och således villkorat av överträdelse av en giltig förpliktelse.³⁵⁵
- (6.2) Ersättning enligt det negativa intresset är ett *utomkontraktuellt skadestånd* och således villkorat av frånvaron av överträdelse av en giltig förpliktelse.³⁵⁶

Denna uppdelning löser vissa problem som tas upp i litteraturen. Till exempel besvarar den följande exempel från Hellner.

En arrendator köpte en tjur som visade sig vara impotent.³⁵⁷ HD fann att säljaren skulle svara för att tjuren hade normal avelsförmåga. Då så inte var fallet ansågs köparen berättigad att häva köpet och erhålla skadestånd. Han fick ersättning bl.a. för hämtning av tjuren, för misslyckade betäckningar, för två spermaundersökningar och för vård av tjuren. Var detta positivt eller negativt intresse?³⁵⁸

355. Kopplingen mellan det positiva intresset och giltighet är sedan länge vedertagen, se till exempel Karlgren, *Om skadeståndsskyldighet vid ogiltiga avtal*, s. 10 f., Taxell, *Avtal och rättsskydd*, s. 352, Arvidsson, *Indirekt handlingsstyrande kontraktsklausuler*, s. 31 och Maunsbach, L. (2017), *Avtalsrättslig bundenhet av processuella överenskommelser i Modern affärsrätt. En antologi.*, s. 177. Samma uppfattning återfinns i övriga nordiska länder, se till exempel Brækhus, *Den såkalte negative kontraktinteresse*, s. 517 och Ussing, H. (1950), *Aftaler paa formuerettens omraade*, s. 117 f.

356. Kopplingen mellan det negativa intresset, ogiltighet och utomkontraktuell ersättningsform är inte lika vanligt förekommande, men den nämns bland annat av Kleineman, J. (1994), *Avtalsrättsliga formföreskrifter och allmänna skadeståndsrättsliga ansvarsprinciper*. Juridisk Tidskrift vid Stockholms universitet, s. 453 och Flodgren, B. (2015), *The Doctrine of Precontractual Liability i The Nordic Contracts Act. Essays in Celebration of its One Hundreth Anniversary*, s. 114 ff.

357. Köparen påstod att tjuren var steril, något också domstolarna kom fram till.

358. Hellner m. fl., *Kontraktsrätt: allmänna ämnen*, s. 227. Se NJA 1949 s. 680, »Den sterila avelstjuren«. Utöver dessa poster fick köparen ersättning för förlust »på grund

Köparen fick rätt att häva köpet. Hävning är en avtalsbrottspåföljd. För att en sådan ska aktualiseras krävs överträdelse av en giltig förpliktelse. En sådan överträdelse kan på samma gång aktualisera en kontraktuell skadeståndsskyldighet. Med andra ord utgjordes ersättningen av det positiva intresset beräknat utefter att försätta köparen i samma ekonomiska situation som om avtalet hade fullgjorts på rätt sätt, det vill säga något förenklat att köparen hade fått en avelsduglig tjur.³⁵⁹

I andra fall är det svårare att dra några slutsatser. Den ersättning som dömdes ut i en NJA 1974 s. 526, »Handpenningsavtalet och det negativa intresset«, har klassificerats som kontraktuell av vissa och utomkontraktuell av andra.³⁶⁰ I vissa av dessa fall kan ledning fås av de grunder som käranden åberopar, men inte heller där går det alltid att dra några slutsatser.³⁶¹

därav att kor löpt och kalvningen försenats» med 200 kr. Köparen yrkade däremot inte ersättning för utebliven vinst.

359. Tidigare förekom uppfattningen att »den kontrahent, som har både häfningsrätt och rätt till skadestånd, i regel kan välja mellan två olika ståndpunkter i fråga om skadeståndets beräkning, nämligen antingen fordra att blifva försatt i den ställning, hvari han skulle befunnit sig, om aftalet blifvit rätteligen fullgjordt (*det positiva intresset*), eller ock fordra en sådan sakernas ordning, som skulle varit för handen, därest det ifrågavarande aftalet aldrig blifvit ingånget (*det negativa intresset*)«, se Almén, T. (1906), *Om köp och byte af lös egendom: kommentar till lagen den 20 juni 1905. Förra delen, Omfattande §§ 1-41*, s. 341. Uppfattningen återkommer, med viss modifikation i Almén och Eklund, *Kommentar till köplagen (1960)*, s. 325 f., men där efter viss diskussion ändå ersättning enligt det positiva intresset förordas som huvudregel vid skadestånd vid hävning.

360. Kleineman, *Avtalsrättsliga formföreskrifter*, s. 453 anser den vara utomkontraktuell medan Arvidsson, *Indirekt handlingsstyrande kontraktsklausuler*, s. 33 klassificerar den som kontraktuell.

361. NJA 1973 s. 175, »Den ombyggda läkarvillan« och NJA 1994 s. 204, »Ljusne kätting« utgör exempel på när kärandens grunder kan användas för utesluta antingen en kontraktuell eller utomkontraktuell grund.

6.3 DET POSITIVA INTRESSET

6.3.1 Ansvarsförutsättningar

Det positiva intresset utgör sedan lång tid huvudregeln för ersättning vid avtalsbrott, och som ersättningsform förekom den redan i den romerska rätten.³⁶² Den norm som skapar ersättningen innehåller ett antal rekvisit. Dessa är (1) överträdelse av en giltig avtalsförpliktelse och att överträdelsen grundas i (2) vårdslöshet.³⁶³ Överträdelsen ska vidare ha orsakat (3) motparten (4) en ren förmögenhetsskada. Med kravet på orsakat följer också att det ska finnas en (5) adekvat kausalitet mellan överträdelsen och skadan.³⁶⁴

362. Se till exempel Adlercreutz m. fl., *Avtalsrätt I*, s. 232 och Hellner m. fl., *Kontraktsrätt: allmänna ämnen*, s. 227 samt Zimmermann, R. (1996), *The law of obligations: Roman foundations of the civilian tradition*, s. 824 ff.

363. Se till exempel Rodhe, *Obligationsrätt*, s. 528, Herre, J. (2005), *Svensk rättspraxis. Förmögenhetsrätt 1978-2004*. Svensk Juristtidning, s. 733, Gustafsson, J. (2008), *Om culpa-regeln – särskilt inom kontraktsförhållanden*. Juridisk Tidskrift vid Stockholms universitet, s. 17 ff., Hellner m. fl., *Kontraktsrätt: allmänna ämnen*, s. 205 och Bengtsson, B. (2017), *Om allmänna skadeståndsrättsliga principer*. Juridisk Tidskrift vid Stockholms universitet, s. 265 ff. med påpekande att culpa-regeln är en huvudregel, med vissa begränsade undantag. Se också NJA 2012 s. 725, p. 21, NJA 2013 s. 271, »Skadorna på Läckebys arbeten«, p. 8 och NJA 2019 s. 94, »Gamla vägen«, p. 37. Jfr dock en annan uppfattning, företrädd av bland annat Ramberg och Ramberg, *Allmän avtalsrätt*, s. 262 f.

364. Hellner m. fl., *Kontraktsrätt: allmänna ämnen*, s. 225, Bengtsson, *Om allmänna skadeståndsrättsliga principer*, s. 265 och Ramberg och Ramberg, *Allmän avtalsrätt*, s. 266. Jfr emellertid den så kallade *normskyddsläran*, vilken innebär att förutom adekvat kausalitet gäller att skadeståndet omfattar endast de intressen som skyddas av den handlingsnorm som överträtts, se till exempel NJA 2014 s. 272, »BDO«, p. 19 ff. Enligt Bengtsson kan man »nog anta att principen har ringa praktisk betydelse i kontraktsförhållanden«, Bengtsson, *Om allmänna skadeståndsrättsliga principer*, s. 274.

6.3.2 Individualiserade värderingar

Beskrivningar av det positiva intresset är sällan mer omfattande än de exempel som tagits i kapitlets inledning, att den skadelidande ska försättas i samma ekonomiska situation som om avtalet fullgjorts på riktigt sätt. Hur detta praktiskt ska gå till har diskuterats i litteraturen, bland annat genom *differensläran* (eller *differensprincipen*). Denna går något förenklat ut på en jämförelse av skadelidandes förmögenhet som den var efter den skadegörande handlingen och så som den hade varit om händelsen inte hade inträffat.³⁶⁵

Oavsett variant av differensläran besvarar den emellertid inte utifrån vems perspektiv – om det förekommer olika – det positiva intresset ska beräknas. I litteraturen utgår exemplen från att marknadsvärde och avtalspartens individuella värde är identiska. Så behöver givetvis inte vara fallet. Istället kan det personliga värdet – det värde som i likhet med värdet 100 ovan låg till grund för beräkningen av det positiva intresset – avvika från både pris och marknadsvärde. Detta slags värdering kallas nedan för en *individualiserad värdering*.

Anta att en säljare A och en köpare B ingår ett köpeavtal. B:s nytta av att äga den aktuella varan är 100, vilket också är marknadsvärdet. För A kostar den en viss summa att producera, men A vet inte på förhand hur stor den kommer bli.³⁶⁶ Den kan vara antingen 50 eller 150, beroende på omständigheter som delvis ligger utanför hennes kontroll. Priset är 75 och betalas av köparen vid fullgörelse. Skadeståndet beräknas enligt det positiva intresset. Vid låg produktionskostnad kommer båda parter att välja fullgörelse, eftersom detta alternativ ger respektive part den högsta nyttan. Summan av parternas nyttoökning är $25 + 25 = 50$.

365. Se Herre, *Ersättningar i köprätten*, s. 312 ff. för en översikt av både differensprincipen samt debatten om den.

366. Jag antar här också att hon inte heller känner till produktionskostnadens fördelning så som annars är fallet i flertalet modeller, till exempel Shavell, *Damage Measures for Breach of Contract*, s. 472.

Ett fullgjort avtal innebär således en *Pareto*-effektiv förändring jämfört med situationen utan avtal, eftersom minst en av parterna får en högre nytta och ingen får en lägre nytta.

Skulle A:s produktionskostnader istället uppgå till 150 kommer hon att välja avtalsbrott, eftersom hennes nytta vid fullgörelse är $75 - 150 = -75$ och vid avtalsbrott -25 . Den sammanlagda nyttan för parterna vid avtalsbrott blir $25 - 25 = 0$ och vid fullgörelse $(-75) + 25 = -50$. Eftersom den sammanlagda nyttan blir högre vid avtalsbrott än vid fullgörelse givet höga produktionskostnader är avtalsbrott *Kaldor-Hicks*-effektivt (men inte *Pareto*-effektivt) i förhållande till fullgörelse.³⁶⁷

Säg att B istället, på grund av individuella förhållanden hade fått en nytta om 1 000 av vid fullgörelse. Om priset alltjämt är 75 och A:s produktionskostnader 50 kommer ett fullgjort avtal att öka den gemensamma nyttan med $925 + 25 = 950$.

Så länge A fullgör kommer denna nyttoökning alltid att inträffa, och fullgörelse ge en högre sammanlagd nytta än om köparen hade haft den lägre värderingen. Med syftet att rättsordningens innehåll ska ge parterna största möjliga nytta skapar fullgörelse en nytta som är väsentligt högre än om köparen hade värderat fullgörelse till 100. Problem kan emellertid uppstå om A får de högre produktionskostnaderna. Om det positiva intresset ska beräknas på samma sätt som tidigare, det vill säga att B ska – utifrån hans eget perspektiv – försättas i samma situation som om han hade fått den vara som för honom är värd 1 000, skulle det innebära en skadeståndsskyldighet på 925 för A.

Säljaren väljer här mellan två olika förluster, -75 vid fullgörelse och -925 vid avtalsbrott och kommer därför välja att fullgöra avtalet. Fullgörelse ger i detta fall en sammanlagd nytta på $925 + (-75) = 850$ och avtalsbrott en nytta på $925 - 925 = 0$. På så sätt är fullgörelse alltjämt

367. Jag utgår här från att A:s produktionskostnader blir kända för henne innan produktionen startas.

Kaldor-Hicks-effektivt i förhållande till avtalsbrott.³⁶⁸ Problemen för säljaren uppstår om hon på grund av bristande information, opportunist eller liknande missbedömer värdet av fullgörelse för köparen, begår avtalsbrott, och tvingas betala 925 i skadestånd, vilket är ett *Kaldor-Hicks*-ineffektivt utfall jämfört med fullgörelse. Att säljaren agerar på detta sätt kan till exempel bero på att hon antagit att köparens värdering ligger i närheten av varans pris. Det kan också givetvis ifrågasättas – om inte annat av rena rättviseskäl – om A bör bli skadeståndsskyldig i förhållande till B:s värdering om hennes produktionskostnader uppgått till exempelvis 500 (det vill säga göra en förlust på 425 vid fullgörelse jämfört med en förlust på 925 vid avtalsbrott).

Framställningar av det positiva intresset utgår från att detta kan beräknas utan att hänsyn behöver tas till eventuella individuella värderingar. Rodhe använder till exempel uttrycket »i samma ställning som om riktig uppfyllelse skett».³⁶⁹ Karlgren talar i samma termer om »att försättas i samma ställning, som om avtalet blivit uppfyllt».³⁷⁰ Almén förklarar det positiva intresset som »att bli försatt i den ställning, vari han skulle befunnit sig, om avtalet blivit rätteligen fullgjort».³⁷¹ Arvidsson beskriver det som »ett skadestånd, vars storlek är sådan att borgenären såvitt möjligt försätts i samma ekonomiska ställning som om gäldenären hade fullgjort sin primära förpliktelse».³⁷² Ramberg och Ramberg skriver att avtalsbrottspåföljderna »syftar till att sammantagna försätta den part som utsatts för avtalsbrottet i samma ekonomiska läge som hen

368. Hellner m. fl., *Kontraktsrätt: allmänna ämnen*, s. 228 med hänvisning till SOU 1976:66. Köplag. Slutbetänkande av köplagsutredningen, s. 171 därifrån exemplet ursprungligen kommer.

369. Rodhe, *Obligationsrätt*, s. 479 ff.

370. Karlgren, *Om skadeståndsskyldighet vid ogiltiga avtal*, s. 10.

371. Almén och Eklund, *Kommentar till köplagen (1960)*, s. 325.

372. Arvidsson, *Indirekt handlingsstyrande kontraktsklausuler*, s. 31.

skulle ha varit om riktig fullgörelse hade skett (det *positiva kontraktshintresset* eller *förväntansintresset*, eng. the expectation interest).³⁷³

Med en individualiserad bedömning och där säljaren missbedömer värdet av köparens nytta vid fullgörelse finns risk för ett *Kaldor-Hicks*-ineffektivt utfall. Ett sätt att undvika dessa är att använda något slags objektiv uppskattning av det positiva intresset. I sådana fall kan ledning hämtas från köplagens bestämmelser om hur priset bestäms på en vara, om det inte framgår av avtalet. Här antar jag att tillräcklig likhet finns mellan köplagens situation att det saknas ett pris och situationen i exemplet, att det finns ett avtalat pris men där den skadeståndsgrundande värderingen hos (i detta fall) köparen avviker väsentligt från priset. På så sätt kan det i vart fall argumenteras för att köplagens bestämmelser i denna del uttrycker vissa allmänna principer att användas för argument för hur skadeståndet bör beräknas vid individualiserade värderingar.

I köplagen förekommer uppskattningar av priset – i avsaknad av ett avtalat pris eller täckningsköp – i 45 och 69 §§.³⁷⁴ Båda talar om gängse pris. I 45 § görs det som en del av skälighetsbedömningen och i 69 § som en av två termer vid beräkning av en prisskillnad.

När det skäliga priset ska bedömas enligt 45 § är det gängse priset centralt. Av förarbetena framgår att gängse pris utgörs av det pris som säljare i allmänhet tillämpar för samma slags vara under motsvarande omständigheter samt att den prisnivå som ska beaktas är priset i det distributionsled i vilket köpet har ingåtts.³⁷⁵ Om inte heller något gängse

373. Ramberg och Ramberg, *Allmän avtalsrätt*, s. 267 ff.

374. En liknande bestämmelse återfinns också i 36 § konsumenttjänstlagen. Se Arvidsson, N. och Samuelsson, P. (2018), *Entreprenadavtal mellan näringsidkare och konsument*, s. 92 för hur gängse pris tillämpas i konsumententreprenader.

375. Regeringens proposition 1988/89:76. Ny köplag, s. 151. Se även Kihlman, J., Munukka, J., och Svensson, O. (2017), *Köplagen: en kommentar*, s. 451 samt Herre, J. och Ramberg, J. (2016), *Köplagen (26 oktober 2018, Zetee)*, kommentaren till 45 §, avsnitt 10.2.3.

pris eller marknadspris finns får priset bestämmas mer fritt genom en skälighetsbedömning, men att ofta »säljarens kostnader kunna bilda en utgångspunkt för bedömningen».³⁷⁶

Högsta domstolen tar i NJA 2016 s. 1195, »Facebook-auktionen» upp kopplingen mellan gängse pris och marknadsvärdet. Fallet gällde hur prisskillnaden enligt 69 § köplagen skulle beräknas, det vill säga skillnaden mellan avtalat pris och gängse pris. Enligt domstolen var gängse pris i detta fall marknadsvärdet för motsvarande slags varor.³⁷⁷

Mot bakgrund av ovanstående bör skadeståndsberäkning göras i första hand med utgångspunkt i köparens egen uppfattning om värdet av fullgörelse. Om denna väsentligt avviker från ett existerande marknadsvärde bör istället marknadsvärdet ligga till grund för skadeståndsberäkningen. Om det inte finns något marknadsvärde bör bedömningen göras med utgångspunkt i säljarens produktionskostnader med ett påslag motsvarande en normal försäljningsmarginal.³⁷⁸ Mot bakgrund därav kan säljarens produktionskostnader ligga till grund för skadeståndsberäkningen. Tillsammans med det pris som anges i avtalet undviks till stor del de tillämpningssvårigheter som annars kan uppstå vid individualiserade värderingar.³⁷⁹

376. Prop. 1988/89:76, s. 151 f. Se även Norlén, A. (2004), *Oskälighet och 36 § avtalslagen*, s. 352 f. Metoden för att fastställa det skäliga priset, *justum pretium*, kan spåras ända tillbaka till den romerska rätten, Zimmermann, *The law of obligations*, s. 265 f.

377. NJA 2016 s. 1195, »Facebook-auktionen», p. 23.

378. Prop. 1988/89:76, s. 152, Norlén, *Oskälighet och 36 § avtalslagen*, s. 352 samt Kihlman m. fl., *Köplagen: en kommentar*, s. 453.

379. Se även Wickelgren, A. L. (2017), *Cost of Completion versus Diminution of Value Damages for Deliberate Breach: An Economic Analysis*. *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, s. 4 ff. angående den amerikanska skillnaden mellan *cost of completion* och *diminution of value* samt den tillhörande *economic waste*-doktrinen.

6.3.3 Förhållandet till 67 § köplagen

I köplagen förekommer bestämmelser om skadestånd i 27, 40 och 57 §§ såvitt gäller dröjsmål och fel. Vidare återfinns specifika regler om beräkningen av skadeståndet i 67 §. Köplagens regler om beräkningen av skadestånd skiljer sig i två avseenden från ersättning enligt det positiva intresset. Dels finns i köplagen inget generellt krav på vårdslöshet utan istället ett kontrollansvar, dels görs en distinktion mellan direkt och indirekt förlust.

Den gamla köplagen ansågs uttrycka allmänna kontraktsrättsliga principer och den part som ville att lagen skulle tillämpas behövde inte åberopa eventuella likheter med ett köpeavtal.³⁸⁰ Den nuvarande köplagen hade inte samma ambition när den infördes.³⁸¹ En viss förändring kan emellertid skönjas genom Högsta domstolens praxis, där uttalanden likställer köplagens innehåll med allmänna obligationsrättsliga principer.³⁸²

Reglerna för skadestånd för dröjsmål och fel enligt köplagen följer samma mönster. Enligt dessa gäller att köparen har rätt till ersättning för den skada han lider genom säljarens dröjsmål eller genom att varan är felaktig.³⁸³ Säljaren kan emellertid undvika skadeståndsskyldighet genom att visa att dröjsmålet eller felet berodde på hinder utanför hans kontroll (säljarens kontrollansvar).

380. Bengtsson, B., Ullman, H., och Unger, S. (2019), *Allehanda om skadestånd i avtalsförhållanden*, s. 32.

381. SOU 1976:66, s. 160 och prop. 1988/89:76, s. 23 f.

382. Se till exempel NJA 2014 s. 960, »Det Andra Bolaget», p. 24. Jfr emellertid den kritik som framfördes av Arvidsson, N. och Samuelsson, P. (2015), *Entreprenadrättsliga felpåföljder*. Ny Juridik, s. 46 mot Högsta domstolens syn.

383. Motsvarande rätt till ersättning har säljaren för skada han lider genom köparens dröjsmål med betalningen. Jag väljer emellertid här att redogöra för säljarens skadeståndsskyldighet.

Direkta förluster ersätts enligt reglerna om kontrollansvar. Dessa innebär att om säljaren inte uppfyller sina förpliktelser är hon i princip skadeståndsskyldig om hon inte visar att dröjsmålet eller felet berodde på händelser utanför hennes kontroll. Denna konstruktion anses inte uttrycka allmänna principer. Hellner ansåg till exempel att kontrollansvaret har karaktär av undantagslagstiftning.³⁸⁴

Enligt 67 § första stycket omfattar skadestånd på grund av avtalsbrott ersättning för utgifter, prisskillnad, utebliven vinst och annan direkt eller indirekt förlust med anledning av avtalsbrottet. Därefter följer i andra stycket en uttömmande uppräkningslista av vad som utgör indirekta förluster.³⁸⁵ Uppdelningen mellan direkta och indirekta förluster fick omfattande kritik när den infördes.³⁸⁶ Omdömen varierar från »gränsdragningen mellan direkt och indirekt förlust är utomordentligt komplicerad» via »[d]et är inte många förunnat att kunna förstå detta» till att

384. Hellner m. fl., *Kontraktsrätt: allmänna ämnen*, s. 215. Se även Bengtsson, B. (2007), *Allmänna principer om kontraktsansvar?* i Festskrift till Lars Gorton, s. 26. Av Herre, J. (2016), *Köprättens divergerande innehåll* i Svensk Juristtidning 100 år, s. 58 framgår också att detta inte har förändrats under den tid som köplagen varit i kraft.

385. Att uppräkningslistan är uttömmande framgår av Prop. 1988/89:76, s. 199.

386. Till exempel Herre, *Ersättningar i köprätten*, s. 682 ff. och Sandvik, B. (2004), *Säljarens kontrollansvar: skadeståndsansvarets grund och omfattning enligt köplagen och CISG*, s. 350 f.

uppdelningen »mellan direkt och indirekt förlust blir i praktiken oerhört komplicerad«. ³⁸⁷ Kleineman kallar uppdelningen för en »intellektuell härdsmåla«. ³⁸⁸

Vid dröjsmål eller fel och där parten är vårdslös har motparten »alltid rätt till ersättning» enligt 27, 40 och 57 §§. Ersättningen ska då omfatta all skada, det vill säga både direkta som indirekta förluster (av Kihlman kallade direkta och indirekta skador). ³⁸⁹

I köplagen och dess förarbeten används förutom förlust och skada också utgifter och kostnader. Här ska inte göras ett inlägg kring användningen redovisningstekniska termer, utan bara ett kort inlägg kring hur begreppen används i avhandlingen. Ersättning beräknad enligt det positiva intresset ersätter förluster eller skador. Kostnader är däremot ett redovisningstekniskt begrepp – en periodiserad utgift på samma sätt som en intäkt är en periodiserad inkomst – och som sådant ersätts dessa inte. Det finns dock vissa situationer där kostnaden kan bli relevant också för skadeståndet, till exempel vid driftsavbrott, där skadan är skillnaden mellan intäkter och kostnader. Detta innebär att skadan dels kan utgöras av skillnaden mellan utgifter och inkomster, dels av skillnaden mellan kostnader och intäkter och detta beroende på vilket slags skada som aktualiseras.

387. Herre och Ramberg, *Kommentaren till köplagen § 67, avsnitt 15.1.12*, Leffler, T. (1996), *Utgifter, kostnader, utlägg – vad är detta för slags gränsarvar?* Juridisk tidskrift vid Stockholms universitet, s. 1233 och Sandvik, B. (2014), *Finns det en allmän avtalsrättslig princip om kontrollansvar? Rättsutvecklingen i Finland*. Juridisk Tidskrift vid Stockholms universitet, s. 391. Se även Munukka, J. (2017), *36 § avtalslagen som universalverktyg mot friskrivningar och ansvarsbegränsningar* i Stockholm Centre for Commercial Law. Årsbok IX., s. 222.

388. Kleineman, J. (1996), *Indirekt skada och frågan om behovet av en köplagsreform i Festskrift till Jan Ramberg*, s. 315.

389. Kihlman m. fl., *Köplagen: en kommentar*, s. 589 f., där det också framgår att Kihlman är medveten om det inte är självklart att dessa är synonyma.

Om ersättningen omfattar både direkta och indirekta skador innebär det att i praktiken all skada ersätts, och på så sätt föreligger ingen reell skillnad mellan denna tillämpning av 67 § och skadeståndet beräknat enligt den dispositiva rätten. Detta innebär att vid vårdslöshet omfattar skadeståndet både direkta och indirekta skador och förutsättningarna för skadeståndsansvaret och dess omfattning är identiska med skadeståndsberäkningen enligt den dispositiva rätten.

Detta framgår också av kommentarerna till köplagen. Dessa anger ersättning enligt det positiva intresset som huvudregeln vid ersättning enligt 67 §. Detta formuleras som att enligt »67 § 1 st. KöpL skall ersättning vid avtalsbrott utgå enligt det positiva kontraktsintresset».³⁹⁰ En annan kommentar skriver att utgångspunkten för reglerna är att »den skadelidande parten genom skadeståndet skall försättas i samma ekonomiska situation som om avtal har fullgjorts på riktigt sätt (ersättning enligt det positiva kontraktsintresset)».³⁹¹ En tredje variant är att »den skadelidande genom skadeståndet ska försättas i samma situation som om avtalet fullgjorts på riktigt sätt. Den skadelidande ska med andra ord normalt ha rätt till ersättning enligt det positiva kontraktsintresset (...)».³⁹²

Sammantaget framstår dessa tre uttalanden som att 67 § och det positiva intresset skulle vara identiska. Så är också fallet så länge en parts överträdelse av en avtalsförpliktelse grundas på vårdslöshet. Vid avtalsbrott och vårdslöshet saknar därför distinktionen mellan direkt och indirekt skada betydelse.³⁹³ Detta gör också att en mer omfattande genomgång av gränsdragningen mellan direkt och indirekt förlust inte be-

390. A. a. s. 592.

381. Herre och Ramberg, *Kommentaren till köplagen*, kommentar till § 67, 15.1.1.

392. Munukka, J. (2017), *Kommentar till köplagen*, Karnov, kommentaren till 67 §, not nr 271.

393. Herre och Ramberg, *Kommentaren till köplagen*, kommentar till 67 §, 15.1.13.

hövs. Istället går det att utan att avhandlingens generella anspråk minskas säga att förutsättningarna för skadestånd är desamma för det positiva intresset som för skadestånd enligt 67 §.

6.4 DET NEGATIVA INTRESSET

6.4.1 Allmänt

Ersättning enligt det negativa intresset förutsätter i likhet med det positiva intresset en skada. Men medan ersättning beräknad enligt det positiva intresset förutsätter överträdelse av en avtalsförpliktelse bygger ersättning enligt det negativa intresset på ett annat slags överträdelse.

Tillämpningsområdet för det negativa intresset har diskuterats ända sedan von Jhering lanserade begreppet 1861.³⁹⁴ Som nämnts ovan har det sedan mitten av 1900-talet i nordisk doktrin utvecklats två principer enligt vilka det negativa intresset ska beräknas. Den senare versionen, med Brækhus som upphovsman, innebar att så kallade dispositionsförluster (åter) inkluderades i det negativa intresset. En *dispositionsförlust* är en förlust som parten drabbats av i och med att hon vidtagit eller underlåtit att vidta rättsliga dispositioner i tillit till det avtal som senare visade sig vara ogiltigt.³⁹⁵ Dessa förluster måste skiljas från utebliven vinst från det ogiltiga avtalet. En sådan utebliven vinst ersätts inte genom det negativa intresset, utan vad som ersätts är en utebliven vinst av ett annat avtal än det ogiltiga.

Brækhus var medveten om att hans version innebar en avvikelse från den då rådande uppfattningen, att den hade »ett litt annet innhold enn den første definisjon« där den första definitionen är att parten ska bli försatt i samma ställning som om avtalet aldrig hade ingåtts.³⁹⁶

394. Jhering, *Culpa in contrahendo*, s. 16.

395. Brækhus, *Den såkalte negative kontraktinteresse*, s. 521.

396. A. a. s. 517.

För svenskt vidkommande ifrågasatte Almén redan i den första upplagan av kommentaren till köplagen det praktiska värdet av det negativa intresset i svensk rätt: »betvivla vi däremot, att det inom vårt rättssystem (...) förefinns något verkligt behov att operera med det negativa intresset såsom ett självständigt begrepp».³⁹⁷ Trots Almén uppfattning (och hans postuma auktoritet) återkom det negativa intresset i olika former under tidigt 1900-tal. Omnämmandet av det har därefter fortsatt under 1900-talet och in på 2000-talet och ersättning med det negativa intresset (eller *tillitsintresset* som det ibland också kallas) utgör numera ett vedertaget begrepp inom förmögenhetsrätten.³⁹⁸

Ett numera vederataget tillämpningsområde för ersättning beräknad enligt det negativa intresset är som utomkontraktuell ersättning vid *culpa in contrahendo*.³⁹⁹ Denna ersättning förutsätter överträdelse av en speciell form av förpliktelse. Förpliktelsetypen har vissa likheter med

397. Almén, *Kommentar till köplagen* (1906), s. 342, not nr 80. Synpunkterna återfinns också i den senaste upplagan, se Almén och Eklund, *Kommentar till köplagen* (1960), s. 326, not nr 80.

398. Se till exempel »Överförmyndaren«, p. 18 och »Den skadeståndsgrundande emissionsgarantin«, p. 31.

399. Kleineman, *Avtalsrättsliga formföreskrifter*, s. 441, Hellner, J. (1999), *Negativt kontraktsintresse. Variationer över ett tema av Almén* i Rättsvetenskapliga studier till minnet av Tore Almén, s. 157 ff., Grönfors, K. (2013), *Avtalsgrundande rättsfakta*, s. 121, Arvidsson, *Indirekt handlingsstyrande kontraktsklausuler*, s. 31 f., Flodgren, *The Doctrine of Pre-contractual Liability*, s. 114, Adlercreutz m. fl., *Avtalsrätt I*, s. 150, Jingryd, O. (2018), *Culpa in contrahendo vid uteblivet fastighetsköp – en problematisering*. Juridisk Tidskrift vid Stockholms universitet, s. 95, Schultz, M. (2018), *Skadestånd för ren förmögenhetsskada utan lagstöd. Två och en halv huvudkategorier – och några små frågetecken* i Stockholm Centre for Commercial Law. Årsbok IX, s. 318 f. och Ramberg och Ramberg, *Allmän avtalsrätt*, s. 83 f. Se även UNIDROIT principles, artikel 2.1.15(2)(3), PECL artikel 2:301(2) samt i DCFR Book II.-3:301(3)(4) som föreskriver ett ansvar för *culpa in contrahendo* under vissa där angivna förutsättningar. Jfr dock Adlercreutz, A. (1987), *Rättsverkan av brutna avtalsförhandlingar och andra fall av ofullständiga avtal (om 'letters of intent', principöverenskommelser m. m.)*. Svensk Juristtidning, s. 494 för en avvikande uppfattning.

avtalsförpliktelser, men eftersom det vid *culpa in contrahendo* inte föreligger något giltigt avtal, kan reglerna för kontraktuell ersättning inte tillämpas. Istället bygger *culpa in contrahendo* på att parterna innan ett avtal uppnår en sådan relation att en viss, utomkontraktuell lojalitetsplikt uppkommer. Vid vårdslös överträdelse av denna lojalitetsplikt kan uppkomma en utomkontraktuell skadeståndsskyldighet, begränsad till det negativa intresset.

Utöver ersättning vid *culpa in contrahendo* ska nedan argumenteras för att det negativa intresset också används som ersättning vid överträdelser av ogiltiga förpliktelser. Dessa två ersättningsformer har, med enstaka undantag, inte behandlats gemensamt.

Att dessa typer av ersättningar bygger på samma regler utgår från dels enstaka resonemang i litteraturen, dels (och främst) Högsta domstolens formuleringar i NJA 2012 s. 1095, »Överförmyndaren».⁴⁰⁰ Domstolen skriver där med anledning av överträdelse av en ogiltig fastighetsöverlåtelse där avtalet inte innehåller några avtalade avtalsbrottspåföljder följande.⁴⁰¹

400. Den första som föreslog denna användning var Kleineman, *Avtalsrättsliga formföreskrifter*, s. 453.

401. Domstolens formuleringar i denna fråga var förvisso *obiter dictum*. Om rättskällevärdet av sådana resonemang, se till exempel Gregow, T. (2015), *Obiter dictum - något att uppmuntra eller motarbeta?* Juridisk Tidskrift vid Stockholms universitet, s. 40, Sunnqvist, M. (2016), *Mord, prejudikattolkning och lagtolkning*. Svensk Juristtidning, s. 548, Ramberg, C. (2017), *Prejudikat som rättskälla i förmögenhetsrätten*, s. 279 ff. och Svensson, O. (2018), *Recension: Christina Ramberg, Prejudikat som rättskälla inom förmögenhetsrätten, Wolters Kluwer, Stockholm 2017, 388 s.* Juridisk Tidskrift vid Stockholms universitet, s. 202 f. Ramberg anser att 2012 års fall är ett exempel på »nödvändiga obiter dicta» eller en indirekt relevant rättsregel. Hon menar också att det är »sannolikt att en senare domstol kommer att formulera en rättsregel som motsvarar den som uttrycktes obiter dictum i 2012 års fall och i den bemärkelsen har uttalandet om culpa in contrahendo starkt prejudikatvärde», Ramberg, *Prejudikat som rättskälla i förmögenhetsrätten*, s. 284.

Mot den angivna bakgrunden kan det inte anses finnas något absolut hinder mot att lägga allmänna lojalitetshänsyn till grund för en rätt till ersättning enligt principerna om culpa in contrahendo också när det gäller fastighetsköp (jfr Kleineman, a.a., s. 453 och Folke Grauers, Fastighetsköp, 20 uppl. 2012, s. 71). Har en köpare av oaktsamhet skapat en befogad men i sak oriktig tillit hos säljaren om att ett bindande avtal om fastighetsköp har ingåtts eller kommer att ingås och har säljaren drabbats av kostnader eller annan skada därför att han har handlat på grundval av denna tillit, så bör det – beroende på de närmare omständigheterna – kunna medföra skyldighet att utge skadestånd enligt tillitsintresset. Motsvarande ansvar bör en säljare ha.⁴⁰²

Här öppnar domstolen en möjlighet till rätt till ersättning enligt det negativa intresset även vid överträdelse av ogiltiga förpliktelser (i detta fall vid ogiltiga överlåtelse av fast egendom). Dessa ska enligt domstolen hanteras enligt principerna om culpa in contrahendo. Min framställning nedan är mot bakgrund av uttalandet på samma gång en redogörelse för ersättningsskyldigheten vid culpa in contrahendo som vid överträdelse av ogiltiga förpliktelser, eftersom dessa bygger på tillämpning av samma regel.⁴⁰³ Detta kommer sedan att utvecklas i nästa kapitel, där jag går igenom hur denna ersättningsskyldighet förhåller sig till avtalsvitet.

402. »Överförmyndaren«, p. 21.

403. Björling, C. G. (1923), *Har gängse tolkning av 24 § köplagen visats vara oriktig?* Svensk juristtidning, s. 290, not nr 1 skriver angående en liknande situation, att *vid culpa in contrahendo*, »så måste för det ansvar, som skulle kunna uppkomma, sökas en annan grund än avtalet, nämligen skadegörelsen, och ansvaret måste då ock begränsas till den skada, som följer därav; denna skada motsvarar just det negativa kontraktsintresset«.

6.4.2 Ersättningsskyldighetens rekvisit

6.4.2.1 ALLMÄNT

Skadeståndslagen gäller som utgångspunkt också för rena förmögenhetsskador, såväl kontraktuella som utomkontraktuella. Enligt lagen ska den som vållar utomkontraktuell ren förmögenhetsskada genom brott ersätta skadan. Brott är emellertid inte ett nödvändigt utan enbart ett tillräckligt villkor för skadeståndsskyldighet. Syftet är att förhindra de negativa effekter en allomfattande skadeståndsskyldighet för utomkontraktuella skador påstås ha.⁴⁰⁴

Att brott är ett tillräckligt villkor innebär därför att det finns möjlighet att andra, liknande begränsningskriterier kan ersätta brottet. Denna möjlighet gjordes tydlig redan i 1972 års förarbeten, där departementschefen förvisso talade om att gällande rätt »intar den principiella ståndpunkten att ersättning för ren förmögenhetsskada i utomobligatoriska förhållanden utgår *endast* om skadan har vållats genom brott eller skadeståndsskyldighet är särskilt föreskriven i lag» men att frågan om i vilken utsträckning ersättning för ren förmögenhetsskada kan eller bör utgå i andra fall får lämnas till rättstillämpningen. 1972 års lag skulle emellertid inte medföra någon ändring eller utgöra hinder för en rättsutveckling genom praxis i riktning mot ett vidgat ansvar för ren förmögenhetsskada.⁴⁰⁵

404. Detta kallas ibland för dammluckeargumentet (efter engelskans *floodgate argument*), se till exempel Kleineman, J. (1987), *Ren förmögenhetsskada: särskilt vid vilseledande av annan än kontraktspart*, s. 378 och 459 och Björkdahl, E. P. (2007), *Lojalitet och kontraktssliknande förhållanden: en civilrättslig studie av förutsättningarna för ansvar vid förhandlingar eller andra kontakter mellan avtalsmässigt obundna parter*, s. 285. Se även NJA 2014 s. 272, »BDO», p. 27 och NJA 2019 s. 94, »Gamla vägen», p. 11.

405. Kungl. Maj:ts proposition nr 5 år 1972 med förslag till skadeståndslag m.m., s. 568 (min kursivering).

6.4.2.2 KONTRAKTSLIKNANDE RELATION

Något brott förekommer varken i de rättsfall där ersättning dömts ut eller där domstolen ogillar talan. Man får därför anta att domstolen genom att på annat sätt begränsa kretsen skadelidande har utvidgat tillämpningsområdet på så sätt som föreskrevs i förarbetena. En för avhandlingen relevant sådan utvidgning är det *kontraktsliknande förhållandet* med tillhörande *kontraktsliknande lojalitetsplikt*.⁴⁰⁶ Förhållandet begränsar kretsen av ersättningsskyldiga och skapar ett alternativ till kravet på brott i skadeståndslagen.⁴⁰⁷

Det kontraktsliknande förhållandet kan liknas med ett slags kvalificering (däremot inte nödvändigtvis en rättslig kvalificering). För att detta ska uppkomma krävs (i) frånvaron av ett giltigt avtal samt (ii) något slags begränsningsfaktor i kretsen av potentiellt skadelidande.⁴⁰⁸ Vid *culpa in contrahendo* uppfylls villkor (i) genom att något giltigt avtal aldrig ingås. Vidare är avtalen i rättsfallen så pass konkreta och så pass långt framförhandlade att de kan identifiera en skadelidande och på samma gång utesluta andra skadelidande.⁴⁰⁹ Således är även villkor (ii) uppfyllt.

Ersättning för *culpa in contrahendo* har för svenskt vidkommande be- dömts i ett fåtal fall.⁴¹⁰ Ersättningen har beviljats i ett av dessa, NJA 1963

406. Se även Simonsen, L. (1997), *Prekontraktuell ansvar: det alminnelige prekontraktuelle ansvar, ansvar ved gennemførelse af anbudskonkurranser* för en äldre framställning.

407. Schultz, *Skadestånd för ren förmögenhetsskada utan lagstöd*, s. 311 ff. tar upp fler typsituationer där ersättning för ren förmögenhetsskada har dömts ut utan vare sig kontrakt eller brott.

408. Mot bakgrund av detta kan tyckas att Högsta domstolen i NJA 2019 s. 94, »Gamla vägen«, p. 17 lite väl lättvindigt avfärdar kändens påstående att det förelegat ett kontraktsliknande förhållande mellan honom och bostadsrättsföreningen.

409. Björkdahl, *Lojalitet och kontraktsliknande förhållanden*, s. 285.

410. Se till exempel Kleineman, *Avtalsrättsliga förföreskrifter*, s. 453, Björkdahl, *Lojalitet och kontraktsliknande förhållanden*, s. 286 ff., Adlercreutz m. fl., *Avtalsrätt I*, s. 151 ff., Flodgren, *The Doctrine of Precontractual Liability*, s. 117 ff. och Ramberg och Ramberg, *Allmän avtalsrätt*, s. 83 ff. för redogörelser av dessa fall.

s. 105, »*Culpa in contrahendo* i Colombia«, men ersättningsformen är, som tidigare påpekats, numera vedertagen i svensk rätt.⁴¹¹

Vid ogiltiga förpliktelser fungerar avtalet på ett liknande sätt. Precis som vid *culpa in contrahendo* finns inget giltigt avtal, vilket gör att villkor (i) är uppfyllt. Samtidigt identifierar det ogiltiga avtalet potentiella skadelidande, vilket gör att även villkor (ii) är uppfyllt.

Såvitt gäller ogiltiga förpliktelser finns inte heller här någon rik rättspraxis. I modern tid återfinns NJA 1974 s. 526, »Handpenningsavtalet och det negativa intresset« samt tidigare nämnda »Överförmyndaren«. Dessa två tillsammans klargör emellertid en rad väsentliga frågor, givet att de tolkas på ett visst sätt.

I 1974 års fall hade en handpenning betalats med 4 000 kr avseende ett ogiltigt framtida förvärv av en fastighet. På grund av omständigheter hänförliga till köparen ville han inte fullfölja köpet och krävde tillbaka handpenningen. Köparen menade att eftersom något giltigt köp inte blev av, saknade säljaren laglig grund att behålla beloppet. Säljaren menade istället att hon i första hand på grund av mellan parterna träffad överenskommelse var berättigad att behålla handpenningen och i andra hand att hon på grund av förlust – som enligt henne betydligt översteg 4 000 kr – till följd av att köpeavtalet inte blev av, var berättigad behålla detta belopp som skadestånd. Högsta domstolen tillerkände henne rätt till skadestånd med 1 500 kr, vilket gjorde att hon fick betala tillbaka resterande 2 500 kr.

Eftersom en ersättning för skada dömdes ut i målet vet vi att denna måste följt av tillämpning av antingen en kontraktuell eller en utomkontraktuell norm. Eftersom det inte fanns något giltigt avtal ligger det närmast till hands att anta att villkor (i) inte är uppfyllt, och att ersättningen därför var utomkontraktuell. Så har emellertid inte avgörandet tolkats i litteraturen.

411. Se fotnot nr 399 ovan.

Rodhe skriver till exempel att en handpenning *in dubio* inte anses vara ett utfäst vite. Om en handpenning *in dubio* är en avbeställningsersättning är osäkert, och alternativet till avbeställningsersättning vore att handpenningen bara är en förskottsbetalning som ska återställas om säljaren tvingas häva avtalet eller om köparen frånträder detta. Uttalandena kan inte förstås på annat sätt än att avbeställningsersättning är en kontraktuell påföljd för avtalsbrott, som går ut på att säljaren i vissa fall har rätt att behålla ett förskottsbelopp eller handpenning.

Enligt Rodhe kunde i 1974 års fall »endast alternativet avbeställningsersättning komma ifråga, om ej handpenningen skulle utgöra allenast ett förskott». Han kritiserar därefter domstolen för att ha använt »snirklade krumelurer» och menade att den borde ha rakt på sak dekretat att »en handpenning vid utfästelse att köpa fast egendom *in dubio* är en avbeställningsersättning». ⁴¹²

Hessler, som var referent i 1974 års fall, bemötte senare Rodhes påpekanden, dock utan att uttala något i frågan om kontraktuellt eller utomkontraktuellt. ⁴¹³ Även Olsen menar att ersättningen i fallet var kontraktuell. ⁴¹⁴ Arvidsson skriver att fallet innebär att den avtalsbrottspåföljd som domstolen tolkade in, omtolkades till »ett annat slags avtalsförpliktelse», så att den uppfattas som en till handpenningens belopp begränsad skyldighet att utge skadestånd för särskilda kostnader som föranletts av föravtalet. ⁴¹⁵

Enligt »Överförmyndaren» ska den skadelidande vid överträdelse av ogiltiga förpliktelser ha »rätt till ersättning enligt principerna om culpa

412. Rodhe, K. (1979), *Svensk rättspraxis. Förmögenhetsrätt: Förpliktelserns uppkomst och obligationsrätt 1966-1977*. Svensk Juristtidning, s. 632 f.

413. Hessler, H. (1983), *Svensk rättspraxis. Sakrätt 1964 - 1981*. Svensk Juristtidning, s. 193 f.

414. Olsen, L. (1986), *Ersättningsklausuler: vite och andra avtalade ersättningar vid kontraktsbrott*, s. 84 f.

415. Arvidsson, *Indirekt handlingsstyrande kontraktsklausuler*, s. 32 f.

in contrahendo».⁴¹⁶ Givet att *culpa in contrahendo* är en utomkontraktuell ersättningsform kan uttalandet knappast läsas på annat sätt än att ersättningen vid ogiltiga förpliktelser styrs av samma utomkontraktsuella regel. Denna tolkning föreslogs av Kleineman redan 1994: »NJA 1974 s. 526 bör – trots att det rör en handpenning – anses vara en indikation på ett förkontraktsuellt skadestånd enligt principerna för culpa in contrahendo.»⁴¹⁷

Det är också min uppfattning, att 1974 års fall måste läsas som att den utdömda ersättningen var utomkontraktuell. Därigenom är villkor (i) ovan uppfyllt. Eftersom det ogiltiga avtalet avgränsade kretsen skadelidande till en person, det vill säga säljaren, är även villkor (ii) uppfyllt. Detta gör att det också i 1974 års fall förelåg ett kontraktsliknande förhållande, vilket utesluter tillämpningen av en kontraktuell påföljd.

Med denna klassificering går det också att förklara varför någon ersättning inte dömdes ut i NJA 1973 s. 175, »Den ombyggda läkarvillan» eller NJA 2002 s. 467, »Den överträdde återköpsoptionen». I 1973 års fall hade säljaren i samband med nybyggnation av en villa, på uppdrag av köparen genomfört omfattande ändringar för att köparen skulle kunna använda delar av huset som läkarpraktik. Båda parter förutsatte att köp skulle komma till stånd. Så blev inte fallet, varför säljaren stämde köparen med anledning av de kostnader för ändringarna som han hade haft. Högsta domstolen ogillade kärandens yrkanden i korta ordalag och uttalade att köparen inte kunnat ådra sig någon förpliktelse enbart genom löfte om köp av fastigheten, och det kunde därför inte heller grundas någon skyldighet för henne att ersätta säljarens kostnader.

416. »Överförmyndaren», p. 21.

417. Kleineman, *Avtalsrättsliga formföreskrifter*, s. 453.

Fallet brukar annars åberopas som exempel på att någon rätt till ersättning enligt *culpa in contrahendo* inte finns.⁴¹⁸ Grauers skriver till exempel följande:

Säljaren åberopade i 1973 års fall som en grund att köparen avsiktligt eller av vårdslöshet vilselett honom om sina avsikter. Eftersom HD inte medgav säljaren något skadestånd, ligger det nära till hands att anta, att HD är obenägen att döma ut skadestånd vid preliminära fastighetsköp på grund av *s k culpa in contrahendo*.⁴¹⁹

Problemet med att använda fallet till stöd för frånvaron av ett utomkontraktuellt ansvar är att käranden i Högsta domstolen bara åberopade kontraktuella grunder, och grunden var dessutom en annan avtalsförpliktelse än själva fastighetsöverlåtelsen.⁴²⁰ Möjligheten att döma ut ersättning enligt det negativa intresset på utomkontraktuell grund saknades därför enligt 17 kap. 3 § rättegångsbalken.⁴²¹

I NJA 2002 s. 467 hade ett bolag köpt en del av säljarens fastighet för att på denna uppföra ett antal byggnader. Enligt säljaren gav punkt nr 6 i köpekontraktet honom en förhandsrätt att efter genomförd exploatering, till gällande marknadspris, förvärva valfri villa inom det uppbyggda området. Bolaget sålde emellertid innan exploateringen påbörjades vidare området till ett norskt bolag. Den rätt säljaren gått miste

418. Olsen, *Ersättningsklausuler*, s. 76, Hellner, J. (1993), *Kommersiell avtalsrätt: kompendium*, s. 38 f. och Adlercreutz m. fl., *Avtalsrätt I*, s. 152.

419. Grauers, F. (2016), *Fastighetsköp*, s. 69.

420. Kleineman, *Avtalsrättsliga formföreskrifter*, s. 442 f. skriver att »något besked egentligen inte kan ha givits om HD verkligen avsåg att ta ställning till om ansvar för culpa in contrahendo kunde göras gällande».

421. Jfr Svea hovrätts dom i mål nr T 2550-13, där käranden gjorde en tydlig uppdelning mellan den kontraktuella förstahandsgrunden och den utomkontraktuella andrahandsgrunden. Talan ogillades eftersom kravet på skriftlighet för avtalsbundenhet inte var uppfyllt samt att käranden inte hade visat att svarandena förfarit vårdslöst gentemot bolaget under de förda förhandlingarna. Se Flodgren, *The Doctrine of Precontractual Liability*, s. 123 f. för en redogörelse av fallet.

om var enligt honom värd 600 000 kr, vilket han krävde av bolaget. Tingsrätten beslutade att begära mellandom. Högsta domstolens skrev att av protokollet från tingsrätten framgick att den fråga som tingsrätten beslutade att ta upp till prövning genom mellandom utgjordes av om säljaren kunde grunda skadeståndsskyldighet på punkten 6 i köpekontraktet.

Högsta domstolen konstaterade att den del av avtalet där punkten 6 återfinns är att betrakta som en överenskommelse om förköpsrätt eller en utfästelse om framtida överlåtelse av fast egendom, att sådana inte är bindande och köparen kunde därför inte grunda skadeståndsskyldighet eller jämkning av köpeskillingen på den i punkten 6 i köpekontraktet gjorda utfästelsen.

Mot bakgrund av hur käranden formulerat sin talan och därmed också mellandomstemat hade en utomkontraktuell ersättning aldrig kunnat betalas ut. På samma sätt som 1973 års fall ovan kan 2002 års fall därför inte användas till intäkt för att en utomkontraktuell ersättnings-skyldighet inte existerar, eftersom frågan aldrig prövades av Högsta domstolen.

6.4.2.3 VÅRDSLÖSHET

Ersättning vid *culpa in contrahendo* kräver att skadevällaren har varit vårdslös. I det fall där ersättningen betalades ut – NJA 1963 s. 105 – framgår kravet explicit: »Att under dessa förhållanden avlåta ett telegram (...) måste (...) anses innefatta en vårdslöshet å G:s sida som är av beskaffenhet att ådraga honom skadeståndsansvar (...).«

I de två andra fall som brukar tas upp vid redogörelser för *culpa in contrahendo*, NJA 1978 s. 147, »Det avstådda projekteringsavtalet« och 1990 s. 745, »Bertil och vakuumpumparna«, framgår inte uttryckligen

att vårdslöshet är ett krav för skadeståndsskyldighet. Emellertid är förpliktelsen i båda fall en kontraktsliknande omsorgsförpliktelse.⁴²² Överträdelse av detta slags förpliktelser är villkorad av vårdslöshet. Med en strävan efter samstämmiga regler i den mån detta är möjligt, bör därför ett motsvarande krav på vårdslöshet förekomma också i kontraktsliknande förhållanden. I 1978 och 1990 års fall överträdde emellertid aldrig någon kontraktliknande lojalitetsplikt, och därför kan man också dra slutsatsen att någon vårdslöshet inte förelåg.

Även i 2012 års fall framträder kravet på vårdslöshet, men denna gången explicit. Där säger domstolen, i citatet som återges ovan, att en köpare »av oaktamhet skapat en befogad men i sak oriktig tillit hos säljaren«.

6.4.2.4 GOD TRO

Björkdahl tar upp betydelsen av god tro hos den skadelidande som krav för skadeståndsskyldighet vid *culpa in contrahendo*. Hon skriver att det »får anses vara en allmänt gällande grundsats att en part skall ha varit i god tro om de invändningar som denne gör i förhållande till sin motpart« samt att denna grundsats också får anses gälla i utomkontraktuella situationer. Detta bygger på att den part som har avgivit en viljeförklaring får antas ha baserat denna på omständigheter som var kända för parten vid avgivandet, och en part ska därför inte kunna i efterhand göra gällande något som parten tidigare hade kunnat beakta.

Som exempel tar hon att en förhandlingspart ska vara i god tro om att det faktaunderlag som denne lägger till grund för sitt agerande är

422. Se till exempel Heidbrink, J. (2005), *Logistikavtalet: allmän kontraktsrätt i transporträttslig miljö*, s. 102 ff. och Adestam, J. (2014), *Den dokumentvillkorade garantin*, s. 42 ff. för en redogörelse för distinktionen mellan resultat- och omsorgsförpliktelser. Se även NJA 2013 s. 1174, »Golvmattan i S:t Koriakos kyrka«, p. 10 för en motsvarande uppdelning såvitt gäller tjänsteavtal.

korrekt eller att uppgifter som förhandlingsmotparten lämnar är en riktig presentation av verkliga förhållanden.⁴²³ Hon tillägger att den process som pågår under den fas som ett avtal är på väg att ingås förvisso innebär ett risktagande.⁴²⁴ Förhållandet till god tro kan därför bli problematiskt. Samtidigt aktualiseras kravet på god tro först i ett visst skede av förhandlingarna, och bedömningen av god tro görs där och då. Detta krav ska enligt Björkdahl utgå från vad som bör inses.⁴²⁵

Av 1963 års fall framgår att den skadelidande utgick från att ett giltigt anställningsavtal skulle ingås. Detta visar om inte annat det sätt han agerade på, när han avvecklade sin egen verksamhet. Det framgår också att han måste ansetts vara i god tro om att det faktaunderlag som hans motpart lade fram var korrekta, samt hur motparten och dennes bolagsman uppträdde vid avtalsförhandlingarna.

I 1978 och 1990 års fall framgår också kravet på god tro, även om det sker indirekt. I 1978 års fall uttalade domstolen att företaget med fog kunde utgå från att fastighetsägaren själv kunde tillvarata sina intressen. Detta får tolkas som att fastighetsägaren borde ha insett riskerna med

423. Jfr emellertid Jingryd, *Culpa in contrahendo vid uteblivet fastighetsköp*, s. 93 angående möjligheten att vara i god tro i fråga om formkraven vid fastighetsköp, »spelregler som alla inblandade parter får förmodas vara införstådda med».

424. Björkdahl, *Loyalitet och kontraktlikt förhållanden*, s. 360. Detta risktagande framgår också av Hellner, *Kommersiell avtalsrätt*, att »[d]en som har lagt ned kostnader för att ingå ett avtal, utan att ett sådant kommer till stånd, får i allmänhet stå för dessa kostnader själv» samt Kleineman, J. (1991), *Skadeståndsgrundande uppträdande vid avtalsförhandlingar*. Juridisk Tidskrift vid Stockholms universitet, s. 137: »Att vardera parten i en förhandlingssituation får bedriva förhandlingar på egen risk och för egna kostnader är en självklar presumtion». Liknande uttalande förekommer hos Se även Adlercreutz m. fl., *Avtalsrätt I*, s. 151 och Ramberg och Ramberg, *Allmän avtalsrätt*, s. 84.

425. Björkdahl, *Loyalitet och kontraktlikt förhållanden*, s. 360 f. med tillägget att skäl för undantag finns om motparten har agerat grovt vårdslöst eller i strid mot tro och heder. Se även Karlgren, *Om skadeståndsskyldighet vid ogiltiga avtal*, s. 66 ff.

det muntliga avtalet, och därför inte i god tro kunde komma med en sådan invändning.

I 1990 års fall betonade domstolen att av avgörande vikt för alla inblandade parter var hur bra försäljningen av en vakuumpump gick. Som en del av denna bedömning låg också ett påstående från käranden att det inte skulle vara någon svårighet att sälja hela lagret av pumpar under ca 3 – 4 månaders tid. Enligt domstolen måste det stått klart för alla parter att möjligheten att ingå ett avtal berodde på flera olika faktorer, men där uttalandet om försäljningen av lagret hade uppenbar betydelse. Eftersom käranden bara hade sålt en pump under denna period – och givetvis var medveten om detta – kan han inte ansetts vara i god tro, eftersom han måste insett betydelsen av hans uttalande att sälja hela lagret under samma period.⁴²⁶

I fråga om ersättning vid ogiltiga förpliktelser nämner Högsta domstolen i 2012 års fall uttryckligen god tro som ett rekvisit. Huruvida detta innebär ett krav på bör inse eller inte är oklart, men eftersom jag menar att ersättningen styrs av samma regler bör också samma krav, det vill säga bör inse, gälla för överträdelse av ogiltiga förpliktelser som för *culpa in contrahendo*. Detta är också i linje med Högsta domstolens uttalande att ersättningen ska ske enligt principerna för *culpa in contrahendo*. Av domskälen framgår också att »kostnader eller annan skada» måste ha gjorts i tillit till att ett giltigt avtal skulle komma att ingås, och av formuleringen framgår kravet på god tro.⁴²⁷

426. Det framgår emellertid inte hur många pumpar som fanns på lagret, utan det enda som framgår är att det köpts in pumpar för 317 000 kr i mars 1981, utan att ange priset för en pump.

427. »Överförmyndaren«, p. 21. Se även Kleineman, *Skadeståndsgrundande uppträdande vid avtalsförhandlingar*, s. 140 som där diskuterar olika former av vårdslöshet vid *culpa in contrahendo* grundad i affärsetiska principer.

6.4.2.5 LEGITIMERANDE FAKTORER

Björkdahl menar avslutningsvis att det för ersättningsskyldighet utöver ovanstående krav också krävs en »legitimerande faktor«. Denna fungerar som »det avgörande momentet vid bedömningen av om ageranden vid förhandlingar eller andra kontakter före avtal skall leda till rättsliga följder«. Dessa är, mot bakgrund av rättspraxis, bland annat befogad tillit, långt framskridna förhandlingar, att part ådrar sig kostnader på inrådan av motparten, sakkunskap och erfarenhet samt särskilt klandervärda beteenden.⁴²⁸ Ett krav på befogad tillit framgår också uttryckligen genom 2012 års fall.⁴²⁹ Hennes uppdelning bygger på att det tidigare har konstaterats att övriga villkor för en kontraktsliknande ersättningsskyldighet är uppfyllda.

Schultz använder en delvis annan uppdelning.⁴³⁰ I en artikel går han igenom två och en halv huvudkategorier där ansvar för utomkontraktuell ren förmögenhetsskada kan uppkomma utan stöd i lag. Hans redogörelse är därför inte begränsad till kontraktsliknande relationer på så sätt som Björkdahls är och kan därför inte användas på samma sätt, men det står i vart fall klart att någon form av kvalificering behövs för att en ersättningsskyldighet ska uppkomma.⁴³¹

428. Björkdahl, *Lojalitet och kontraktsliknande förhållanden*, s. 362 ff.

429. »Överförmyndaren«, p. 21. Se också Kleineman, *Ren förmögenhetsskada*, s. 340 ff.

430. Schultz, *Skadestånd för ren förmögenhetsskada utan lagstöd*, s. 311 ff. Den »halva« kategorin utgörs av *culpa in contrahendo*. Denna avvikelse från Björkdahls kategorier bygger på att Björkdahl, till skillnad från Schultz, enbart talar om kontraktsliknande förhållanden.

431. Den kvalificerade tillitssituation som förelåg mellan parterna i NJA 1987 s. 692, »Kone« hade till exempel inte klassificerats som ett kontraktsliknande förhållande. Se också Schultz, *Skadestånd för ren förmögenhetsskada utan lagstöd*, s. 315 som med hänvisning till NJA 2015 s. 899, »Byggnads stridsåtgärder«, p. 34 påpekar att det med det synsätt som framgår av 2015 års fall, inte är »fastighetsvärderingssituationen i sig som tas som kännetecken för Kone-fallet utan den särskilda tillit som den skadelidande hade i den aktuella situationen«.

6.4.3 Begränsning till det negativa intresset

Med dessa villkor – kontraktslikande förhållande, god tro, vårdslöshet och befogad tillit – uppfyllda uppkommer en ersättningsskyldighet begränsad till kostnader eller andra skador som ingår i det negativa intresset. Att så är fallet vid *culpa in contrahendo* råder det numera enighet om. Sättet att beräkna ersättningen framgår redan av 1963 års fall, där »E genom skadeståndet ekonomiskt försättes i samma belägenhet som om dylikt vilseledande ej förekommit». Även om formuleringen öppnar för olika versioner av det negativa intresset gör domstolens beräkning, och inkluderandet av den uteblivna vinsten genom att förlita sig på att ett anställningsavtal skulle ingås, tydligt att dispositionsförluster ingår i ersättningen. Med domstolens ord innebar detta att E bland annat fick »gottgörelse för mistad inkomst av denna rörelse» med ett visst belopp.

För överträdelse av ogiltiga förpliktelser är domstolen i »Överförmyndaren» tydlig med att ersättningen är begränsad till det negativa intresset samt att dispositionsförluster ingår.⁴³² Detta framgår också av 1974 års fall, där ersättningen bestod av särskild kostnad som föranletts av handpenningsavtalet. Av utredningen i målet framgick att säljaren hade styrkt viss sådan kostnad. Domstolen gav också möjlighet till ersättning för dispositionsförluster, att ersättning skulle kunna tänkas utgå för förlust som uppstått på grund av avtalet, såsom »förlust genom att säljaren avböjt att träffa avtal med annan» men att säljaren i fallet inte har visat att hon lidit någon sådan förlust.⁴³³

432. »Överförmyndaren», p. 21.

433. »Handpenningsavtalet och det negativa intresset», s. 533 i referatet.

6.5 FÖRHÅLLET MELLAN DE OLIKA INTRESSENA

Avslutningsvis följer ett antal exempel för att visa samspelet mellan de olika intressena. Ett avtal är planerat att ingås mellan de rationella parterna, A och B. A är säljare och B är köpare. Nyttan för B att äga varan är, utan några tillitsutgifter, 100 och den kostar 80. Som en del av avtalsingåendet kommer B att ha kostnader på 10. Dessa görs i tillit till att ett giltigt avtal ska ingås och fullgöras. Om avtalet fullgörs kommer tillitsutgifterna att öka B:s nytta med 15. Kostnaden för A att producera varan är 60.

Tilliten till ett giltigt avtal är ett nödvändigt villkor för att en kostnad ska ingå i det negativa intresset. Utgiften, till exempel för att skriva ett avtal, minskar A:s nytta med 10 men innebär samtidigt att nyttan vid fullgörelse ökar med 15. Avtalsnyttan för B jämfört med nyttan utan avtalet blir därför $100 - 80 - 10 + 15 = 25$ och motsvarande nytta för A $80 - 60 = 20$.

Det är denna ekonomiska situation, med en nyttoökning på 25, som B ska försättas i om A begår avtalsbrott och ersättningen bestäms enligt det positiva intresset. Vid avtalsbrott från A:s sida där B betalar vid fullgörelse innebär det att B:s nytta minskar från 0 till -10 i och med hans tillitsutgifter, vilka blir värdelösa vid avtalsbrott. Denna nytta är alltså 35 mindre än vad han skulle haft om A hade fullgjort avtalet. Skadeståndet för att B ska försättas i samma ekonomiska situation som om avtalet hade blivit rätteligen fullgjort är därför 35. De så kallade avtalsingåendutgifterna omfattas i detta fall av det positiva intresset.⁴³⁴

434. Att avtalsingåendutgifter i nordisk litteratur har sorterats under det negativa intresset framgår förutom av Brækhus, *Den såkalte negative kontraktinteresse*, s. 519 även av Fleischer, *Den negative kontraktsinteresse*, s. 42, Krokeide, K. (1979), *Ersattningsberegningen ved ineffektive kontrakter*. Tidsskrift for rettsvitenskap, s. 166 ff. och Herre, *Ersättningar i köprätten*, s. 309.

Om exemplet varieras till att istället handla om det negativa intresset förutsätter tillämpningen av detta frånvaron av ett giltigt avtal. De avtalsingåendeutgifter som B har haft i tillit till att avtalet skulle ingås eller att det var giltigt ska ersättas enligt det negativa intresset och skadeståndet blir i detta fall 10.

I vissa framställningar påstås att det negativa intresset kan vara större än det positiva.⁴³⁵ Detta är emellertid med avhandlingens syn omöjligt. Som utgångspunkt tas i enlighet med antagandet om rationella parter att nyttan av ett fullgjort avtal (nedan avtal 1) är lika stor eller större än nyttan utan avtalet.⁴³⁶ Utan några dispositionsförluster kommer det negativa intresset aldrig att bli större än det positiva, eftersom det i det positiva intresset ingår den vinst som gör att parterna från början får incitament att ingå avtalet.

Med dispositionsförluster knutna till ett alternativt avtal (avtal 2) blir situationen något annorlunda. Dispositionsförlusterna kräver att avtal 1 har hindrat att avtal 2 har kunnat ingås och därmed gjort att parten gått miste om den vinst som avtal 2 hade skapat.

Om B som genom tilliten till att avtal 1 ska ingås (och den tillhörande vinsten på 25) har tackat nej till avtal 2 och avtal 2 skulle gett en viss nyttoökning (som är mindre än 25), utgör den uteblivna nyttoökningen av avtal 2 en dispositionsförlust. Om vinsten med ett fullgjort avtal 2 hade varit 5, innebär det att A ska utge ytterligare 5 i skadestånd till B. Således gäller att A blir skadeståndsskyldig enligt det negativa intresset med 10 för avtalsingåendeutgifter såvitt gäller avtal 1 samt 5 för dispositionsförluster av avtal 2, det vill säga sammanlagt 15.

435. Till exempel skriver Almén och Eklund, *Kommentar till köplagen (1960)*, s. 280, not nr 44, att det negativa intresset »faktiskt kan sammanfalla med eller till och med överstiga det positiva».

436. Se till exempel Laffont, J.-J. och Martimort, D. (2002), *The theory of incentives: the principal-agent model*, s. 150 och Bolton, P. och Dewatripont, M. (2005), *Contract theory*, s. 130 där det av agentens *participation constraint* framgår att nyttan av avtalet måste vara större än eller lika stor som nyttan utan avtalet.

Om B:s nytta med avtal 2 (och därmed dispositionsförlusten) istället är 20 kunde det tänkas att det negativa intresset uppgår till $10 + 20 = 30$ och således är högre än det positiva. Men ett sådant exempel bortser från hur en rationell och fullt informerad aktör agerar. Att B går miste om nyttoökningen hos avtal 2 är på grund av att han tror sig vara bunden till avtal 1. Denna bindning är emellertid inte värd mer än att han kan bryta avtal 1 om denna handling, inklusive det skadestånd samt transaktionskostnader som han måste betala A, ger honom en högre nytta (ett effektivt kontraktsbrott).

Om B bedömer att han kommer få en högre nytta från fullgörelse av avtal 2 än vad han kommer få från fullgörelse av avtal 1 kommer han att bryta avtal 1, betala skadestånd enligt det positiva intresset till A samt få en högre nytta av det fullgjorda avtal 2. På så sätt kan aldrig det negativa intresset överstiga det positiva, ens om hänsyn tas till dispositionsförluster. De kan däremot vara lika stora, vilket sker om avtal 1 och avtal 2 är identiska.⁴³⁷

En förutsättning för att det positiva intresset alltid är större än det negativa är att dispositionsförluster inte ingår i det positiva intresset. Detta gäller enligt den dispositiva rätten. Ersättningen enligt det positiva intresset gör att den skadelidande blir försatt i samma ekonomiska situation som om avtalet blivit rätteligen fullgjort. Dispositionsförluster kan ersättas vid ogiltiga avtal, men ingår inte i det positiva intresset. Frågan är emellertid om utgifter som ingår i det negativa intresset och då klassificeras som dispositionsförluster också kan ingå i det positiva intresset (men då under en annan benämning).

Enligt 67 § 2 st. 3 p. köplagen är utebliven vinst till följd av att ett avtal med tredje man har fallit bort eller inte har blivit riktigt uppfyllt en indirekt förlust. Denna typ av indirekta förluster kan ersättas givet

437. Rodhe, *Obligationsrätt*, s. 492. Detta bortser emellertid från de transaktionskostnader som i högre grad uppkommer vid avtalsbrott än vid fullgörelse.

att säljaren eller köparen varit försumlig. Enligt Kihlman tillför bestämmelsen knappast något, eftersom om den inte hade funnits skulle med säkerhet motsvarande lösning uppnåtts genom en tillämpning av 67 § 2 st. 1 p.⁴³⁸ Samtidigt poängterar han att avsikten med 3 p. är att den ska »tillämpas när en vinst helt eller delvis uteblir på grund av att ett befintligt avtal med tredje man inte har kunnat uppfyllas».⁴³⁹

Situationen kan visas med följande exempel. Mellan A och B föreligger ett giltigt avtal. Detta kallas för avtal 3. Mellan B och C (tredje man) föreligger också ett giltigt avtal, avtal 4. A begår brott mot avtal 3, till exempel genom dröjsmål. Dröjsmålet leder till att B:s produktion minskar och därmed också omsättningen. Om omsättningen utan dröjsmål hade genererat vinst uppkommer en indirekt förlust enligt 1 p. Denna antas vara 10.

Genom den minskade omsättningen riskerar B att begå brott mot avtal 4. Detta kan i sin tur leda till att avtal 4 inte blir rätteligen uppfyllt. Den vinst som avtal 4 vid riktig uppfyllelse hade genererat till B kommer därför inte att realiseras, vilket leder till en indirekt förlust. Tillämpningen av 3 p. förutsätter att avtal 4 redan är ingånget, medan 1 p. gäller om parten som en följd av avtalsbrottet inte kan ingå ett avtal (och detta avtal hade genererat vinst).⁴⁴⁰

I förarbetena tas exemplet att köparen går miste om kontrakt avseende vidareförsäljning därför att han inte kan hålla sina normala leveranstider.⁴⁴¹ Vinsten med ett sådant avtal antas i detta fall vara 5. Här ska också påpekas att det bara är den uteblivna vinsten som utgör indirekt

438. Kihlman m. fl., *Köplagen: en kommentar*, s. 598 f.

439. A. a. s. 599.

440. Herre och Ramberg, *Kommentaren till köplagen*, kommentaren till 67 §, 15.2.4.

441. Prop. 1988/89:76, s. 199.

förlust. Övriga förluster, till exempel genom att B blir skadeståndsskyldig gentemot C för brott mot avtal 4 är en direkt förlust.⁴⁴²

Eftersom jämförelsen ska ske mellan det positiva och det negativa intresset förutsätts vårdslöshet hos den skadevällande parten. Detta gör att det såvitt gäller köplagen inte behöver utredas huruvida en förlust är direkt eller indirekt. Istället ska hela skadan ersättas. Ursprungsfrågan gällde om dispositionsförluster kan ersättas enligt det positiva intresset. Svaret är nej, och detta följer av definitionen av dispositionsförluster, eftersom dessa är villkorade av ett ogiltigt avtal. Ersättning enligt det positiva intresset är villkorat av ett giltigt avtal, och således kan några dispositionsförluster inte uppkomma.

Nästa fråga är om förluster motsvarande dispositionsförluster kan uppkomma som en del av det positiva intresset. En utebliven vinst kan ersättas enligt bestämmelserna i köplagen. Den kan vara av två slag, antingen att ett redan ingånget avtal, på grund av avtalsbrott mot ett annat avtal, inte ger den förväntade vinster eller att ett tänkt avtal på grund av avtalsbrott inte ingås och detta skulle generera en vinst. I jämförelsen mellan det positiva och det negativa intresset måste därför den lämpliga jämförelsen vara mellan en dispositionsförlust och en utebliven vinst av ett avtal som inte ingicks. Ersättning kan därmed krävas enligt i 67 § 2 st. 1 p.

Vid ersättning enligt det negativa intresset kommer vinsten från avtal 3 inte att ingå. Den uteblivna vinsten med avtal 4 kommer under vissa förutsättningar att omfattas. Det negativa intresset blir således 5 och består av dispositionsförlusten från avtal 4. Vid ersättning enligt det positiva intresset kommer den uteblivna vinsten med avtal 3 att ersättas

442. Det är däremot osäkert om vite i ett tidigare led utgör en direkt eller indirekt förlust, se NJA 2018 s. 834, »Vitesundantaget i ansvarsförsäkringen«, p. 22 med hänvisning till bland annat prop. 1988/89:76, s. 202. Se också Herre och Ramberg, *Kommentaren till köplagen*, kommentaren till 67 §, 15.2.7.

samt eventuellt den uteblivna vinsten i avtal 4. Således kommer det positiva intresset att uppgå till 15 och vara större än det negativa.

Om den förväntade vinsten med avtal 4 istället är 15 sker följande. Vid ersättning enligt det negativa intresset uppgår ersättningen till 15, vilket också i detta fall enbart består av dispositionsförluster. Ersättning enligt det positiva intresset uppgår till $10 + 15 = 25$, och således också i detta fall vara större än det negativa.

Mot bakgrund av genomgången framgår att det negativa intresset aldrig kan överstiga det positiva intresset. Den valmöjlighet som föreskrivs i främst dansk samt äldre svensk litteratur framstår därför som överflödig.⁴⁴³ Med tanke på den motsägelse och brott mot systematiken som kontraktuell ersättning enligt det negativa intresset skapar framstår det som onödigt att tillerkänna parterna en valrätt som inte kommer att utnyttjas.

443. Almén och Eklund, *Kommentar till köplagen (1960)*, s. 325 och Gomard och Iversen, *Obligationsret*, s. 266 ff.

7 OGILTIGA HUVUDFÖRPLIKTELSE

7.1 INLEDNING

FÖREGÅENDE KAPITEL HANDLADE bland annat om den till det negativa intresset begränsade utomkontraktuella skadeståndsskyldighet som kan uppkomma vid överträdelse av en ogiltig förpliktelse. I detta kapitel ska det klargöras i vilken mån förekomsten av ett avtalsvite påverkar denna utomkontraktuella ersättningsskyldighet. Mot bakgrund av undersökningen i föregående kapitel borde avtalsvitet inte ha någon påverkan, eftersom ersättning enligt det negativa intresset är villkorad av frånvaron av överträdelse av en giltig förpliktelse medan uppkomsten av en vitesfordran är villkorad av överträdelse av en giltig förpliktelse. Dessa kan av förklarliga skäl inte föreligga samtidigt.

Detta är också i linje med den huvudsakliga uppfattningen som sedan sent 1800-tal varit rådande, att ett avtalsvite kopplat till en ogiltig huvudförpliktelse saknar verkan.¹ Vid överträdelse av en ogiltig huvudförpliktelse uppkommer därför ingen vitesfordran. En motsatt ordning hade lett till att den ogiltiga förpliktelsen i praktiken blivit giltig. Detta hade också inneburit att parterna genom vitet kunnat kringgå den tvingande rätten (detta agerande kallades av Almén för *in fraudem legis* –

444. Se till exempel Almén, T. (1897), *Om auktion: såsom medel att åvägbringa afstal*, s. 322 ff. och Fehr, M. (1913), *Om vitesbestämmelser i afstal enligt svensk rätt: en profföreläsning*, s. 12 ff. Se även Serlachius, J. (1902), *Lärobok i obligationsrättens allmänna del enligt finsk rätt*, s. 19 för en motsvarande åsikt med utgångspunkt i finsk rätt.

i syfte att kringgå lagen) på ett sätt som vore oförenligt med skälen för lagregelns tvingande karaktär.

Rättspraxis och uttalanden i litteraturen ger emellertid en annan, mer komplex bild. Redan Almén skrev i den första upplagan av sin kommentar till avtalslagen att praxis var vacklande.⁴⁴⁵ Liknande påståenden förekommer i senare framställningar. Till exempel konstaterar Rodhe att rättspraxis på senare tid visar »en viss tendens att godtaga en vitesbestämmelse även vid ogiltigt avtal, i den mån den kan betraktas såsom surrogat för den till negativa intresset begränsade skadeståndsskyldighet som avtalets ogiltighet kan medföra».⁴⁴⁶ Om en sådan tendens etablerar en ny syn på avtalsvitets relation till ogiltiga förpliktelser, innebär det ett brott mot den uppdelning som gjordes i föregående kapitel, och måste därför undersökas noggrant.

7.2 OGILTIGHET OCH AVTALSBROTTSPÅFÖLJDER

Ta som exempel att A har köpt en bostadsrätt av B genom ett muntligt avtal. Till det muntliga avtalet bifogas följande vitesklausul.

445. Almén, T. (1916), *Lagen om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område av den 11 juni 1915 samt därav föranledda författningar: med litteraturhänvisningar och förklarande anmärkningar*, s. 213, not nr 4 med hänvisning till NJA 1903 s. 148 och NJA 1905 s. 206. I den senaste upplagan nämns fallen, men utan att deras inbördes motsättning kommenteras, Almén, T., Eklund, R., och Nordström, T. (1997, urspr. publ. 1968), *Lagen om avtal*, s. 140, not nr 2.

446. Rodhe, K. (1956), *Obligationsrätt*, s. 588. Se även Karlgren, H. (1950), *Om handpenningsavtal i samband med köp av fast egendom* i Festskrift tillägnad hans excellens riksmarskalken, juris doktor Birger Ekeberg, s. 304, Vahlén, L. (1968), *Fastighetsköp*, s. 140 f., Undén, Ö. (1969), *Svensk sakrätt. 2. Fast egendom. Förra avd.*, s. 117 f. samt Olsen, L. (1986), *Ersättningsklausuler: vite och andra avtalade ersättningar vid kontraktsbrott*, s. 70 ff.

- (7.1) Om A inte överlåter bostadsrätten till B enligt det muntliga avtalet ska A betala 100 000 kr till B. Vitesbeloppet ska betalas även om överlåtelseavtalet eller delar av det är ogiltigt.

Enligt 6 kap. 4 § bostadsrättslagen (1991:614) ska ett avtal om överlåtelse av bostadsrätt vara skriftligt. Enligt 5 § 3 st. samma kapitel är en överlåtelse som inte uppfyller formföreskrifterna i 4 § ogiltig. Detta innebär att den muntliga överlåtelsen är ogiltig.

Avtalsvitet i (7.1) är således knutet till en ogiltig huvudförpliktelse. Enligt klausulens lydelse ska A betala 100 000 kr om hon inte uppfyller förpliktelsen, att överlåta bostadsrätten. Om A:s överträdelse skapar en vitesfordran skulle det i praktiken innebära att den ogiltiga förpliktelsen blir giltig, och det i strid mot den tvingande ogiltighetsregeln i (i detta fall) bostadsrättslagen. På så sätt uppstår en *in fraudem legis*-situation.

Att avtalsvitets inte får någon verkan vid en ogiltig huvudförpliktelse beror på ett samspel mellan två tvingande normer. Parternas överlåtelseavtal strider mot den (i detta fall) tvingande regeln i bostadsrättslagen. Denna regel är emellertid inte samma regel som gör att avtalsvitets inte får verkan utefter sitt innehåll. Den senare är istället en okodifierad tvingande ogiltighetsnorm, utvecklad i praxis och doktrin. För avtalsvitets del har den senare implementeras som ett villkor i den norm som anger hur en vitesfordran uppkommer. Uppkomsten är villkorad av överträdelse av en giltig huvudförpliktelse.⁴⁴⁷ Således gäller att om huvudförpliktelsen är ogiltig uppkommer ingen vitesfordran. Detta är i vart fall huvudregeln.

Under 1940-talet kom emellertid tre rättsfall från Högsta domstolen som begränsade huvudregelns tillämpningsområde. Vid samma tid publicerade Karlgren en artikel och ett festskriftsbidrag på detta tema: *Om skadeståndsskyldighet vid ogiltiga avtal begränsad till det »negativa skadeståndsintresset»* från 1940 respektive *Om handpenningsavtal i samband med köp av*

447. Se avsnitt 4.2 ovan.

fast egendom från 1950.⁴⁴⁸ Även om särskilt festskriftsbidraget fokuserade på handpenningen gjorde han också uttalanden om avtalsviten.⁴⁴⁹

Karlgren inleder festskriftbidraget med att redogöra för den gällande huvudregeln, att ett avtal om framtida föryttring av fast egendom saknar bindande verkan, både såvitt gäller säljaren som köparen. Men om emellertid säljaren »av köparen betingat sig och uppburit en handpenning under förbehåll om att denna skall vara förverkad, därest genom köparens föranledande avtalet icke blir fullföljt, är då detta förbehåll ogiltigt, så att säljaren måste återbära handpenningen«?

Enligt huvudregeln borde svaret enligt Karlgren bli jakande, men han tillägger också att så enkelt kan saken inte avfärdas. För även om ett ogiltigt fastighetsköp »självt är även mot köparen oförbindande, skulle ju det oaktat kunna erkännas en förpliktelse för denne att utgiva ersättning för säljaren bevisligen tillfogad förlust i den omfattning att han ekonomiskt försättes i samma ställning som om något avtal icke alls kommit till stånd, det s. k. negativa kontraktsintresset«.⁴⁵⁰ Att förverkandeklausulen (eller avtalsvitet) eventuellt ger säljaren högre ersättning än det negativa intresset borde inte vara avgörande, eftersom ett motsvarande överskott av rättsverkan förekommer vid viten och förverkandeklausuler i allmänhet.

Som svar lägger Karlgren fram ett antal alternativa förslag, med grund i hans uppfattning att det föreligger starka skäl för att mjuka upp

448. Artikeln kom i en ny upplaga 1953, men de för avsnittet relevanta uttalandena som gjordes i första upplagan är oförändrade i den senare upplagan, varför hänvisning sker enbart till 1953 års upplaga. Rättsfallen är NJA 1946 s. 178, NJA 1947 s. 215 och NJA 1947 s. 267, »Bulvanen som fastighetsköpare«.

449. Karlgren, *Om handpenningsavtal*, s. 306, not nr 3.

450. A. a. s. 304.

formkravet vid fastighetsköp.⁴⁵¹ Detta ska enligt Karlgren ske genom att »medkontrahenten till den part, som med återopande av formfel hävdar avtalets ogiltighet, under vissa betingelser må kunna tillerkännas gottgörelse för den förlust, som bevisligen tillskyndats honom genom avtalets strandande och som är att hänföra till det negativa kontraktssintresset«. På detta sätt uppstår en medelväg som inte lämnar säljaren utan allt rättsskydd, och det behöver inte vara irrationellt att låta en sådan skadeståndsskyldighet ligga köparen till last, samtidigt som köparen »i övrigt får åtnjuta förmånen av avtalets ogiltighet«.⁴⁵²

Därefter går han vidare till att undersöka den rättsliga grunden för detta slags ersättning. En variant är att den inträder »rent legalt«, att det inte krävs någon särskild förbindelse från köparen. Han menar samtidigt att det torde finnas en allmän resonans för tanken att acceptera en ersättningsrätt för säljaren, och att köparens förbindelse utgör grunden för en sådan. Med en sådan utgångspunkt skulle man principiellt kunna gå ett steg vidare och erkänna giltigheten även av vitesutfästelser, »förutsatt att de *korrespondera* med köparens nu dryftade ersättningsskyldighet mot säljaren«.⁴⁵³

Frågan när förverkande- och vitesklausuler ska anses korrespondera på detta sätt kan besvaras på tre olika sätt. Det första är att tillerkänna klausulen giltighet endast om med densamma uteslutande eller företrädesvis avsetts kostnadstäckning för utgifter som ingår i det negativa intresset. En sådan lösning innebär emellertid att hänsyn måste tas till den starka misstro som enligt Karlgren finns mot den säljare som påstår att klausulerna enbart avser utgifter som ingår i det negativa intresset. Den andra, och enligt Karlgren bättre möjligheten, är att så snart med en för-

451. Hans uppfattning om lagrummet är att dess »berättigande är mer eller mindre diskutabelt«, se Karlgren, H. (1953), *Om skadeståndsskyldighet vid ogiltiga avtal begränsad till det »negativa skadeståndssintresset«* i Avtalsrättsliga spörsmål, s. 69.

452. Karlgren, *Om handpenningsavtal*, s. 305.

453. A. a. s. 306.

verkandeklausul blott tillika får anses vara åsyftat att ge säljaren ersättning för det negativa intresset, klausulen får betraktas som partiellt giltig, det vill säga giltig endast till ett belopp som står i rimlig proportion till det utgifts- och kostnadsbelopp som det förnuftigtvis kan tänkas röra sig.

Men, avslutar han, om man ändå gått dithän är frågan om inte det mest rationella och praktiska är att lägga bedömandet på objektiv basis. Detta skulle innebära att förverkandeklausuler och avtalsviten ska, utan hänsyn till deras syften, godtas men bara under förutsättning att de tidigare nämnda proportionerna mellan utgifterna enligt det negativa intresset och beloppet iakttas.⁴⁵⁴

Från senare litteratur menar Olsen att av stor betydelse är ersättningsklausulens accessoriska natur, vilken medför att betalningsförpliktelsen inte är gällande om den har knutits till en ogiltig huvudförpliktelse.⁴⁵⁵ Emellertid har regeln visat sig inte vara undantagslös. Av NJA 1974 s. 526, »Handpenningsavtalet och det negativa intresset«, kan enligt Olsen såvitt gäller handpenningsfallen en klar undantagsregel konstateras, vilken anger att ersättningsklausulen accepteras i princip upp till ett belopp motsvarande säljarens negativa kontraktsintresse och som sådan fungerar den som ett undantag från den allmänna regeln om ersättningsklausulens accessoritet.⁴⁵⁶ Hon kritiserar emellertid denna (det vill säga hennes egen) tolkning av NJA 1974 s. 526, och anser istället att en giltighetsprövning av ersättningsklausulen – med stöd i praxis – ska göras. Vid en sådan prövning jämförs det avtalade beloppet med borgenärens förväntade skada beräknad enligt det negativa intresset och begränsad till vad en genomsnittlig köpare borde ha kunnat förutse. Dessa belopp

454. A. a. s. 307 f. Se även Karlgren, *Om skadeståndsskyldighet vid ogiltiga avtal*, s. 66 ff. för en senare framställning på samma tema.

455. Olsen, *Ersättningsklausuler*, s. 70 med hänvisning till Fehr, *Om vitesbestämmelser*, s. 12 ff. och Rodhe, *Obligationsrätt*, s. 588.

456. Olsen, *Ersättningsklausuler*, s. 84 f.

bör vara åtminstone ungefär lika stora, för att ersättning ska utgå enligt ersättningsklausulen, annars blir klausulen ogiltig.⁴⁵⁷

Även Arvidsson har tagit upp denna relation. Han skriver där bland annat att avtalsbrottspåföljder aldrig utgår vid överträdelse av ogiltiga förpliktelser. Han hänvisar också till NJA 1974 s. 526, och att fallet innebär att det saknas skyldighet att fullgöra ogiltiga förpliktelser och att utfyllande eller avtalade avtalsbrottspåföljder inte aktualiseras vid överträdelser av dessa. I sin analys av 1974 års fall skriver han att det i fallet fanns en avtalad avtalsbrottspåföljd: den av Högsta domstolen intolkade förverkandeförpliktelsen. Denna omtolkas av domstolen till »ett annat slags avtalsförpliktelse«, så att den uppfattas som en till handpenningens belopp begränsad skyldighet att utge skadestånd för särskilda kostnader som föranletts av föravtalet. Eftersom denna skyldighet ligger inom det negativa intresset utgör den till skillnad från förverkandeförpliktelsen inte någon påföljdsförpliktelse och kan därför upprätthållas, trots den primära förpliktelsens ogiltighet.⁴⁵⁸

7.3 OGILTIGHET OCH AVTALSVITEN

7.3.1 Allmänt

Avtalsvitets eventuella påverkan kan visas med ett antal exempel. Ett avtal mellan A och B innehåller en ogiltig förpliktelse, nedan kallad *i*. Förpliktelsen överträds genom vårdslöshet. B är i god tro. De kostnader som B har haft i tillit till att avtalet var giltigt (nedan kallade tillitsutgifter, vilka är identiska med det negativa intresset) uppgår till 10 000 kr. I och med att avtalet ogiltigförklarades kommer dessa kostnader inte att ge någon ökad nytta, eftersom nyttoökningen är villkorad av ett giltigt

457. A. a. s. 88.

458. Arvidsson, N. (2014), *Indirekt handlingsstyrande kontraktetsklausuler – om ogiltighet och skadestånd*. Nordisk Tidsskrift for Selskabsret, s. 32 f.

och fullgjort avtal.⁴⁵⁹ Med tillämpning av den utomkontraktuella regeln i kapitel 6 kommer B att få ersättning för sina tillitsutgifter, det vill säga med 10 000 kr.

Exemplet varieras nu genom att i avtalet inkludera ett till *i* kopplat avtalsvite.

(7.2) Om A överträder *i* ska A utge 15 000 kr till B.

Under samma förutsättningar som ovan överträder A *i*. Fråga uppstår vilken ersättning B ska tillerkännas. Här kan tänkas i huvudsak två alternativ.

(7.3) Ersättning utgår med 10 000 kr.

(7.4) Ersättning utgår med 15 000 kr.

Om ersättning utgår enligt (7.3) antas att den består av tillitsutgifter och är en rättsverkan av den tidigare nämnda utomkontraktuella regeln. Avtalsvitet har därmed ingen påverkan. Om ersättningen däremot utgår enligt (7.4) har – allt annat lika – avtalsvitet uppenbarligen en påverkan på den utomkontraktuella ersättningskyldigheten.

Exempel (7.3) och (7.4) kan varieras genom att vitesbeloppet istället är 5 000 kr. I sådana fall uppstår följande alternativ.

(7.5) Ersättning utgår med 10 000 kr.

(7.6) Ersättning utgår med 5 000 kr.

Också här antas att ersättning enligt (7.5) består av tillitsutgifter och följer av samma utomkontraktuella regel som i (7.3). Avtalsvitet har således inte heller i denna del någon påverkan. Om däremot ersättning utgår enligt (7.6) är det tydligt att avtalsvitet förekomst även här på något sätt påverkar den utomkontraktuella ersättningskyldigheten.

459. Här görs förenklingen att *i* och med att *i* ogiltigförklaras innebär det på samma gång att hela avtalet är ogiltigt.

Med avhandlingens definition av avtalsvite respektive vitesfordran ska inte vitet kunna påverka en utomkontraktuell ersättningsregel. Men ett sådant påstående måste samtidigt jämföras med uttalanden i litteratur och praxis som tvärtom säger att vitet (eller andra kontraktuella ersättningsformer) i vissa fall faktiskt påverkar. Att vitets förekomst, enligt avhandlingen, inte borde påverka den utomkontraktuella skadeståndsskyldigheten måste därför förhålla sig till att Högsta domstolens domar i litteraturen läses på ett annat sätt. Mot bakgrund av detta måste domskäl i de aktuella avgörandena analyseras noggrant.

7.3.2 NJA 1974 s. 526

I fallet konstaterade Högsta domstolen att en utfästelse att framdeles köpa fastighet är, på grund av en sedan länge gällande rättsgrundsats, inte bindande för avgivaren.⁴⁶⁰ Denna grundsats upprätthölls bland annat genom att underlåtenhet att infria utfästelsen inte medför någon skadeståndsskyldighet på grund av avtalsbrott enligt allmänna regler, och att inte vite förfaller enbart på grund av bristande fullgörande av utfästelsen. Domskälen fortsatte sedan enligt följande.

Utan hinder av vad nu sagts bör emellertid, såvitt avser fall där handpenning lämnats av den tilltänkte köparen och där handpenningen av parterna förutsatts skola kunna komma att förverkas, underlåtet fullgörande av en utfästelse att köpa fastighet eller ett därmed till syftet likartat avtal tilläggas verkan i så måtto att rätt inträder för den

460. Denna rättsgrundsats härleddes ur den då gällande 1 kap. 2 § jordabalken, vilken lød: »Köp, skifte, och gåva skola skriftligen ske med tvågge manna vittne, och de villkor däri sättas, var å samma köp skifte eller gåva sig grundar, och sedan lagföljas å den ort, där vardera är beläget, som framdeles skils.» Karlgren ansåg det långsökt att härleda grundsatsen från lagtexten, Karlgren, *Om handpenningsavtal*, s. 303.

tilltänkte säljaren att, inom ramen för handpenningens belopp, tillgodoräkna sig ersättning i viss omfattning. Ersättning bör sålunda utgå för särskild kostnad som föranletts av handpenningsavtalet.

Formuleringen kan skrivas om till en rättsregel enligt följande, där jag utgår från att parternas avtal innehåller en (ogiltig) utfästelse att i framtiden köpa en fastighet. Rättsregeln kompletterar den tidigare nämnda huvudregeln (därav domstolens formulering »utan hinder av«).

- (7.7) Om (1) en handpenning har lämnats av köparen, (2) handpenningen av parterna förutsatts kunna komma att förverkas vid uteblivet infriande, (3) tillitsutgifterna understiger handpenningen samt (4) köparen inte infriar sin utfästelse → köparen skadeståndsskyldig för tillitsutgifterna.⁴⁶¹

Om samma regel med Karlgrens resonemang omfattar även avtalsviten kan den formuleras enligt följande, där avtalsvitets huvudförpliktelse är samma ogiltiga utfästelse som i (7.7).

- (7.8) Om (1) parternas avtal innehåller ett avtalsvite, (2) tillitsutgifterna understiger vitesbeloppet samt (3) köparen inte infriar sin utfästelse → köparen skadeståndsskyldig för tillitsutgifterna.

Regeln är emellertid inte tillämplig om tillitsutgifterna överstiger handpenningen eller avtalsvitet, eftersom villkor (3) i regel (7.7) respektive villkor (2) i (7.8) inte är uppfyllda. Med inställningen att domstolen använde en utomkontraktuell regel, vilken ledde till rättsverkan i (7.7) och (7.8), följer det förvisso att konsekvensen måste bli enligt (7.5), men detta är inget som framgår av domskälen. Det gör att det inte går att dra några slutsatser i valet mellan (7.5) och (7.6).

461. Här och i fortsättningen kallas parterna för köpare respektive säljare trots att avtalet aldrig genomfördes.

7.3.3 NJA 2012 s. 1095

I NJA 2012 s. 1095 återkommer domstolen till 1974 års fall.⁴⁶² Detta görs i olika delar, där den går igenom olika varianter av avtalsinnehåll och de rättsverkningar som uppstår vid överträdelser av ogiltiga förpliktelser. Redogörelsen nedan följer samma ordning som domstolens resonemang i punkterna 17 – 21.

Inledningsvis återger domstolen den tidigare nämnda tvingande huvudregeln, att överträdelse av en ogiltig utfästelse att överlåta fast egendom inte medför någon skyldighet att utge skadestånd enligt (det positiva) kontraktsintresset.⁴⁶³ Därefter radar domstolen upp ett antal kompletterande regler till huvudregeln. Den första är den regel som förekom i 1974 års fall, det vill säga (7.7) ovan, och lyder med domstolens ord i 2012 års fall enligt följande.

- (7.9) Om (1) parterna har ingått ett handpenningsavtal, (2) handpenningsavtalet innebär att köparen ska ersätta säljaren den skada vid uteblivet infriande, (3) tillitsutgifterna understiger handpenningen samt (4) köparen inte infriar sin utfästelse → köparen skadeståndsskyldig för tillitsutgifterna.

Om avtalet istället anger att handpenningen i sin helhet ska vara förverkad vid bristande uppfyllelse är inställningen i svensk rätt att en sådan överenskommelse »inte är bindande i den utsträckning som den ger säljaren en rätt till ersättning för mer än tillitsintresset«. Detsamma gäller om parterna har avtalat om att vite ska utgå om avtalet inte kommer till

462. Som tidigare påpekats är p. 17 – 21 *obiter dicta* i förhållande till huvudfrågan i målet. Fallet har i övrigt kommenterats av Holm, A. (2013), *Kalibrerade krav på bundenhet vid successivt undertecknade köpehandlingar*. Juridisk Tidskrift vid Stockholms universitet, s. 149 ff. och Jingryd, O. (2018), *Culpa in contrahendo vid uteblivet fastighetsköp – en problematisering*. Juridisk Tidskrift vid Stockholms universitet, s. 91 ff.

463. NJA 2012 s. 1095, »Överförmyndaren«, p. 17.

stånd.⁴⁶⁴ Detta måste läsas som att det är handpenningen som förverkas i dessa fall. En sådan regel kan därmed formuleras enligt följande.

- (7.10) Om (1) parterna har ingått ett handpenningsavtal, (2) handpenningsavtalet innebär att handpenningen förverkas vid bristande infriande av utfästelsen, (3) handpenningen understiger tillitsutgifterna (4) köparen inte infriar sin utfästelse → handpenningen förverkas.

En motsvarande formulering med ett avtalsvite hade i sin tur sett ut enligt följande.

- (7.11) Om (1) parternas avtal innehåller ett vite, (2) vitet innebär att vitesbeloppet ska utgå om avtalet inte kommer till stånd, (3) vitesbeloppet understiger tillitsutgifterna samt (4) köparen inte infriar sin utfästelse → vitesbeloppet utgår.

Den mest naturliga läsningen av domskälen är att den aktuella punkten talar om två regler. Den ena är den som framgår av (7.10) och (7.11), medan den andra tillämpas när handpenningen eller vitesbeloppet överstiger tillitsintresset. I sådana fall bör formuleringen »inte är bindande i den utsträckning som den ger säljaren en rätt till ersättning för mer än tillitsintresset» formuleras enligt följande regel, där motsvarande gäller om avtalet innehåller ett avtalsvite.

- (7.12) Om (1) parterna har ingått ett handpenningsavtal, (2) handpenningsavtalet innebär att handpenningen förverkas vid bristande infriande av utfästelsen, (3) handpenningen överstiger tillitsutgifterna samt (4) köparen inte infriar sin utfästelse → handpenningen förverkad såvitt gäller den del som understiger tillitsintresset.

464. A. a. p. 19.

Med tillämpning av regel (7.10) och (7.12) följer därför att (7.6) gäller framför (7.5), det vill säga att den kontraktuella ersättningen påverkar.

Om avtalet inte innehåller någon avtalad rättsverkan av bristande uppfyllelse, gäller i normalfallet att köparen ska utge ersättning enligt tillitsintresset – med handpenningen som tak – om ett bindande avtal inte kommer till stånd.⁴⁶⁵ Av uttrycket »med handpenningen som tak« följer att denna regel omfattar både de fall där tillitsutgifterna överstiger som de fall där tillitsutgifterna understiger det kontraktuella beloppet. Om tillitsutgifterna understiger det kontraktuella beloppet tillämpas samma regel som i (7.9). Om tillitsutgifterna däremot överstiger det kontraktuella beloppet blir köparen skadeståndsskyldig enligt följande.

- (7.13) Om (1) parterna har ingått ett handpenningsavtal, (2) handpenningsavtalet saknar bestämmelser om förverkande vid bristande infriande av utfästelsen, (3) tillitsutgifterna överstiger handpenningen samt (4) köparen inte infriar sin utfästelse → köparen skadeståndsskyldig för den del av tillitsutgifterna som understiger handpenningen.

I valet mellan (7.5) och (7.6) gäller således (7.6) även i detta fall, och därmed påverkar det kontraktuella beloppet skadeståndets storlek.

Avslutningsvis uttalar domstolen att det är osäkert vad som gäller när parterna inte har ingått något avtal om handpenning, förverkande eller vite. Den påpekar att det i rättspraxis inte finns »något klart exempel på att ersättning enligt tillitsintresset har utgått i avsaknad av en sådan särskild överenskommelse, när ett avtal om ett fastighetsköp inte har fått en bindande form« men att det finns många exempel på när ersättning inte har utgått.⁴⁶⁶

465. A. a. med hänvisning till NJA 1974 s. 526, »Handpenningsavtalet och det negativa intresset«.

466. »Överförmyndaren«, p. 20 med hänvisning till NJA 1973 s. 175, »Den ombyggda läkarvillan«.

Samtidigt uttalar domstolen att de principer som har utvecklats för handpenningavtalen och motsvarande »anses vila på grundtanken att ersättning enligt tillitsintresset ska kunna utgå i vissa fall när det är motiverat och inte innebär att de fastighetsrättsliga formkraven kringgås eller urholkas».⁴⁶⁷ Mot bakgrund av detta finns det enligt domstolen inte något absolut hinder mot att lägga allmänna lojalitetshänsyn till grund för en rätt till ersättning enligt principerna om *culpa in contrahendo* också när det gäller fastighetsköp.⁴⁶⁸

Detta leder i sin tur till följande regel.

- (7.14) (1) Om en köpare av oaktsamhet har skapat en befogad men i sak oriktig tillit hos säljaren om att ett bindande avtal om fastighetsköp har ingåtts eller kommer att ingås, (2) säljaren har drabbats av kostnader eller annan skada därför att han har handlat på grundval av denna tillit samt (3) köparen inte ingår något bindande avtal → köparen skadeståndsskyldig för tillitsutgifterna.

Domstolen påpekar också i samma punkt att säljaren bör ha ett motsvarande ansvar.

7.3.1 Sammanfattande analys

Även om rättsfallen lästa tillsammans inte ger någon i alla delar enhetlig bild kan i vart fall vissa gemensamma slutsatser dras. Om tillitsutgifterna understiger handpenningen eller vitesbeloppet utgår ersättning för dessa utgifter. I dessa fall är domstolens resonemang förenligt med utfallet av alternativ (7.3) och således också med förekomsten av den utomkontraktuella ersättningsregeln som redogjordes för i kapitel 6.

⁴⁶⁷. »Överförmyndaren«, p. 20.

⁴⁶⁸. A. a. med hänvisning till bland annat Kleineman, J. (1994), *Avtalsrättsliga föreskrifter och allmänna skadeståndsrättsliga ansvarsprinciper*. Juridisk Tidskrift vid Stockholms universitet, s. 453.

Detta är också i linje med att en avtalad avtalsbrottspåföljd inte påverkar en utomkontraktuell ersättningsskyldighet.

Däremot omfattar inte denna regel om tillitsutgifterna överstiger det kontraktuella beloppet (eller i vart fall kan den läsningen inte göras av rättsfallen). För dessa fall ska en annan regel tillämpas. Tillämpningen av denna regel förutsätter att avtalet saknar hänvisning till skada, och istället anger att handpenningen ska förverkas eller att vitet ska utgå. Ersättning ska i sådana fall utgå med det kontraktuella beloppet. Givet denna rättsverkan påverkar det kontraktuella beloppet skadeståndsskyldigheten, och utfallet blir enligt alternativ (7.6). Utan något kontraktuellt belopp gäller istället att ersättningsskyldigheten enbart omfattar tillitsutgifterna.

Den sammanfattande bilden av de olika reglerna i 1974 och 2012 års fall blir därmed att det lägsta av två belopp (om ett kontraktuellt belopp förekommer) bestämmer ersättningen. Att två skilda företeelser – kontraktuellt respektive utomkontraktuellt – på detta sätt påverkar varandra är emellertid svärmotiverat. I kapitel 6 argumenterade jag för en utomkontraktuell ersättningsskyldighet som uppkommer givet vissa villkor. Ett exempel på en sådan ersättningsskyldighet är ersättning vid *culpa in contrahendo*. Inget av normens rekvisit refererar till överträdelse av en giltig avtalsförpliktelse. Detta gör att förekomsten av en kontraktuell påföljd inte kan påverka ersättningens storlek. Varför den skulle göra det i de fall domstolen tar upp i 2012 års fall framgår inte heller av fallet.

Om man istället ser ersättningen som utomkontraktuell, slipper också hänsyn tas till olika avtalsinnehåll, eftersom dessa är irrelevanta vid en utomkontraktuell ersättning. På så sätt undviks Högsta domstolens resonemang i de delar som gör skillnad mellan klausuler som innehåller en hänvisning till skada och klausuler som innehåller en förverkandekonsekvens. Dessa resonemang framstår också som onödigt invecklade. Om det kontraktuella och utomkontraktuella hålls isär behöver man inte ta hänsyn till något avtalsinnehåll.

Denna uppfattning är också förenlig med den allmänna regel som domstolen avslutningsvis talar om i 2012 års fall, i vilken det inte förekommer någon avtalad avtalsbrottspåföljd. Givet att dessa kontraktuella påföljder – så som det argumenteras för här – inte påverkar den utomkontraktuella ersättningsskyldigheten enligt p. 20 måste samma sak gälla, oavsett om avtalet innehåller ett avtalsvite. Det saknar därmed betydelse för ersättningens storlek om avtalet innehåller en kontraktuell påföljd, eftersom en sådan inte kommer att aktualiseras. Genom att frigöra ersättningsskyldigheten från det kontraktuella och istället klassificera den som utomkontraktuell och villkorad av ett visst handlande uppnås en högre grad av samstämmighet i rättsordningen. Två rättsområden som tidigare har behandlats som olika – *culpa in contrahendo* respektive överträdelse av ogiltiga förpliktelser – regleras nu istället av samma utomkontraktuella regel.

Återstår att undersöka är om det finns några tungt vägande skäl till varför vissa faktiska omständigheter leder till utfallet enligt (7.6), det vill säga att det kontraktuella inslaget påverkar ersättningen. För att avtalsvitet, så som det är definierat i avhandlingen, ska ha någon påverkan måste det kunna kopplas till överträdelse av en giltig avtalsförpliktelse. Problemet med en sådan lösning är att den är svärförenlig med 1974 års fall. Där fanns en avtalsförpliktelse: en utfästelse att i framtiden överlåta en fastighet.⁴⁶⁹ Denna var ogiltig. För att kunna kopplas till avtalsvitet måste avtalet istället tolkas eller fyllas ut till att innehålla en annan avtalsförpliktelse. Om denna överträds skulle en vitesfordran uppkomma. Men i sådana fall måste också avtalsvitet tolkas om, eftersom det annars inte innehåller en giltig huvudförpliktelse.

En sådan lösning skulle emellertid innebära en rad tillämpningssvårigheter, samtidigt som den innebär ett brott mot den vedertagna di-

469. Arvidsson, *Indirekt handlingsstyrande kontraktsklausuler*, s. 33.

stinktionen mellan å ena sidan giltighet och (avtalade) avtalsbrottspåföljder och å andra sidan ogiltighet och ersättning enligt det negativa intresset.

Sammanfattningsvis kan därför sägas att rättsläget bör se ut enligt följande, och det med hänsyn till domskälen i 1974 och 2012 års fall. Den enda regel som styr ersättningen är (7.14), det vill säga att överträdelse av en ogiltig utfästelse att överlåta fast egendom aktualiserar ett utomkontraktuellt skadestånd begränsat till det negativa intresset. Regeln innehåller inget rekvisit enligt vilket en kontraktuell påföljd kan påverka ersättningsskyldigheten. Detta innebär att ersättning enligt det negativa intresset utgår oavsett om avtalet innehåller ett vite, förverkandeklausul eller ingen avtalad avtalsbrottspåföljd alls. Distinktionen mellan det kontraktuella och det utomkontraktuella upprätthålls därigenom och ett avtalsvite eller handpenningsavtal saknar betydelse för ersättningen. Det behövs inte heller olika regler för om tillitsutgifterna överstiger eller understiger ett kontraktuellt belopp (vilket är logiskt, eftersom det kontraktuella beloppet saknar betydelse), och leder till både klarhet och tydlighet.

7.4 TILLÄMPNING UTÖVER FASTIGHETSÖVERLÅTELSE R

7.4.1 Allmänt

Både 1974 och 2012 års fall gällde överlåtelse av fast egendom. Frågan är om den utomkontraktuella ersättningsregeln kan användas utanför det fastighetsrättsliga området. Ett sätt att utöka räckvidden för rättsfallen är att undersöka på vilket sätt som den eller de principer som kan utläsas av domstolens domar kan användas på andra områden.⁴⁷⁰ Här gäller att

470. Westberg, P. (2000), *Prejudikattolkningens ABC i Normativa perspektiv*: festskrift till Anna Christensen, s. 609 ff. och Ramberg, C. (2017), *Prejudikat som rättskälla*

»försöka slå fast vilka skäl som bestämt just den i prejudikatet uttryckta normen«, och som en del av detta förstå varför domstolen skapade just denna regel och inte någon annan. Verksamheten bygger i sin tur på att varje prejudikats rättsregel normalt sett ska kunna återföras på allmänna överväganden som uttrycker en bakomliggande rättsprincip.⁴⁷¹

Ett sätt är att identifiera grunderna för domstolens resonemang, varför domstolen kom till de slutsatser den gjorde (eller i vart fall de slutsatser som kan tolkas in). Detta sker på olika sätt, men domstolen talar i 2012 års fall om »allmänna lojalitetshänsyn«.⁴⁷² Genom dessa kan man återknyta till 1860-talet och Jhering, som med liknande skäl förespråkade en ersättningsskyldighet givet vissa förutsättningar och begränsad till det negativa intresset.⁴⁷³

I domstolens resonemang i båda rättsfall finns spår av en sådan allmän princip, att en godtroende part förtjänar ett rättsskydd i förhållande till sin vårdslösa motpart, trots avsaknad av brott. Detta rättsskydd kan inte tillgodoses på kontraktuell väg – eftersom avtalet är ogiltigt – och det finns därför skäl att på andra sätt tillerkänna motparten ett begränsat ekonomiskt skydd. Utgångspunkten bör i så fall vara den förkontraktuella eller kontraktsliknande lojalitetsplikten.⁴⁷⁴

i förmögenhetsrätten, s. 161 ff. Se även NJA 2019 s. 23, »Den betalande sambon«, p. 20 som använder »metanorm« om en motsvarande bakomliggande rättsprincip.

471. Westberg, *Prejudikattolkningens ABC*, s. 609.

472. »Överförmyndaren«, p. 21.

473. Jhering, R. v. (1861), *Culpa in contrahendo: oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen*. *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, s. 1 ff.

474. Se till exempel Simonsen, L. (1997), *Prekontraktuell ansvar: det alminnelige prekontraktuelle ansvar, ansvar ved gjennomføring av anbudskonkurranse* och Björkdahl, E. P. (2007), *Lojalitet och kontraktsliknande förhållanden: en civilrättslig studie av förutsättningarna för ansvar vid förhandlingar eller andra kontakter mellan avtalsmässigt obundna parter*.

För att kunna knyta principen om skyddet för en godtroende part till en regel kan följande norm föreslås. Dess rekvisit kan sedan jämföras med NJA 2012 s. 1095.

- (7.15) Om en part (1) i ett kontraktsliknande förhållande (2) av vårdslöshet (3) orsakar (4) en genom befogad tillit godtroende motpart (5) en ren förmögenhetsskada → parten ersättnings-skyldig för sådana utgifter som ingår i det negativa intresset.

Regeln innehåller ett antal rekvisit.⁴⁷⁵ Det första är det kontraktsliknande förhållandet. Detta gör att kravet på avgränsning av skadelidande är uppfyllt, och passar på så sätt väl in med övriga regelsystemet.⁴⁷⁶ Det blir sällan heller något praktiskt problem att avgränsa kretsen av skadelidande, eftersom det vid ogiltiga förpliktelser finns ett – förvisso ogiltigt – avtal som fungerar som avgränsare.

Vidare följer av (7.15) att vårdslöshet är ett krav, och detta är i linje med vad som gäller enligt praxis. På så sätt uppstår ingen skillnad mellan detta och likartade fall i fråga om kravet på vårdslöshet.⁴⁷⁷ Att ersättningen är begränsad till det negativa intresset gör också att ersättningen per definition är mindre än det positiva intresset. Därmed skapas också ett utrymme mellan dessa fall och de fall där överträdelse sker av en giltig förpliktelse och skadeståndet uppgår till det positiva intresset. Det var också denna lucka – mellan ingen ersättning och ersättning enligt det positiva intresset – som Jhering ville fylla med det negativa intresset.⁴⁷⁸

475. Se även Kleineman, J. (1987), *Ren förmögenhetsskada: särskilt vid vilseledande av annan än kontraktspart*, s. 466 ff. angående tillitens betydelse.

476. Se fotnot nr 405 angående förarbetenas uttalande om möjligheten att döma till ersättning för utomkontraktuell ren förmögenhetsskada utan brott.

477. Björkdahl, *Loyalitet och kontraktsliknande förhållanden*, s. 284 ff.

478. Jhering, *Culpa in contrahendo, in passim*.

En relevant faktor i denna del är det som redan Almén talar om i fråga om *in fraudem legis*.⁴⁷⁹ För dessa syften ska ersättning inte tillerkännas. Som exempel på detta kan tas NJA 1947 s. 267, »Bulvanen som fastighetsköpare«. I fallet var både köpare (som agerade som bulvan), säljare och blivande ägare insatta i att syftet med överlåtelsen var att kringgå lagen om inskränkning i rätten att förvärva jordbruksfastighet. Säljarna dömdes att betala tillbaka handpenningen. Att detta syfte inte ska erhålla rättsskydd framgår indirekt i kravet på god tro som gäller enligt kapitel 6. En godtroende kontrahent kan svårigen samtidigt verka i syfte att kringgå lagen. Detta återkommer också Högsta domstolen till i 2012 års fall.⁴⁸⁰

Förbundet med den goda tron finns också kravet på kvalificerad eller befogad tillit. Detta har tidigare påståtts vara ett krav för att få ersättning för ren förmögenhetsskada utan lagstöd.⁴⁸¹ I de fall som har åberopats till stöd för kravet på befogad tillit har det båda gånger handlat om värderingsintyg av fastigheter. Med 2012 års fall finns ingen sådan begränsning, utan man bör anta att kravet på befogad tillit gäller generellt.⁴⁸²

Den regel som argumenteras för har sitt ursprung i det fastighetsrättsliga området. Där betonas ofta vikten av en fungerande marknad

479. Almén, *Om auktion*, s. 324.

480. Jfr emellertid Jingryd, *Culpa in contrahendo vid uteblivet fastighetsköp*, s. 93, som ifrågasätter om parter över huvud taget kan vara i god tro i fråga om formkraven vid fastighetsöverlåtelser.

481. Schultz, M. (2018), *Skadestånd för ren förmögenhetsskada utan lagstöd. Två och en halv huvudkategorier – och några små frågetecken* i Stockholm Centre for Commercial Law. Årsbok IX, s. 313 ff. med hänvisning till NJA 1987 s. 692, »Kone« och NJA 2001 s. 878, »Fastigheten Pastorn«. Se även Kleineman, J. (2002), *Om den befogade tillitens skadeståndsrättsliga relevans*. Juridisk Tidskrift vid Stockholms universitet, s. 625 ff. för en analys av 2001 års fall.

482. Schultz, *Skadestånd för ren förmögenhetsskada utan lagstöd*, s. 315.

för omsättningen av fast egendom och för möjligheten till kreditgivning.⁴⁸³ Det är delvis också för dessa syften som formkraven finns. Samtidigt underminerar undantagsregler formkrav i allmänhet. Formkrav av detta slag är emellertid inte speciellt vanliga i svensk rätt. Bortsett från överlåtelse av fast egendom förekommer de till exempel vid teckning av aktier (13 kap. 13 § aktiebolagslagen) eller tidigare nämnda överlåtelser av bostadsrätt (6 kap. 4 § bostadsrättslagen).⁴⁸⁴

Högsta domstolen har genom avgörandena legitimerat en urholkning av formkravet på ett rättsområde där dessa krav sedan länge ansetts viktiga. Om argumentet »det större omfattar det mindre« appliceras här bör det vara möjligt att argumentera för att urholkning kan ske av formkrav inom områden där formkravet har mindre betydelse.

Den regel som nämns i 2012 års fall har enligt domstolen sitt existensberättigande genom att ersättning enligt tillitsintresset ska kunna utgå när det är motiverat och inte innebär att formkraven kringgås eller urholkas.⁴⁸⁵ Bedömningen får göras från fall till fall i frågan huruvida regeln ska kunna appliceras även på andra områden än det fastighetsrättsliga. Går regeln att använda utan att de formkrav som finns kringgås eller urholkas innebär det att i vart fall inte 2012 års fall hindrar att regeln appliceras. Det ska också påpekas att ersättning vid *culpa in contrahendo* inte påstås vara begränsad till något särskilt rättsområde.

Som ytterligare skäl för en allmän utomkontraktuell ersättningsregel – utan hänsyn till olika rättsområden – kan läggas domstolens utta-

483. Se till exempel Kungl. Maj:ts proposition till riksdagen med förslag till jordabalk; given Stockholms slott den 20 mars 1970. Del B., s. 122 ff. angående betydelsen av formkravet.

484. Se 13 kap. 13 § aktiebolagslagen och 6 kap. 4 § bostadsrättslagen.

485. »Överförmyndaren«, p. 20.

landen i NJA 2016 s. 107, »Den skadeståndsgrundande emissionsgarantin«.⁴⁸⁶ I domskälen tar domstolen bland annat upp optionsavtal avseende fast egendom. Den upprepar där den tvingande huvudregeln, att överträdelse av detta slags förpliktelse inte leder till skadeståndsansvar enligt det positiva intresset.⁴⁸⁷ Den tar också upp NJA 1992 s. 66, »Bostadsrätten och optionsavtalet«. Av 2016 års fall följer, med hänvisning till 1992 års fall, att när annat inte följer av lag är optionsavtal bindande även avseende formbundna optionstransaktioner. Detta gäller alltså inte optionsavtal för fast egendom, vilka alltså är ogiltiga. Från denna huvudregel kan sedan göras undantag om särskilda omständigheter föranleder det.⁴⁸⁸ Frågan om giltigheten av en framtida utfästelse och dess relation till formkraven är enligt 2016 års fall beroende av hur den rättsliga regleringen av transaktionstypen ska tolkas.

486. Fallet, vars huvudfråga gällde förutsättningarna för skadeståndsansvar vid brott mot emissionsgarantier, har vällat en omfattande debatt huruvida Högsta domstolen begick grovt rättegångsfel – överträdelse av 17 kap. 3 § rättegångsbalken – när den dömde ut skadestånd trots att någon skada inte var åberopad, se till exempel Unnersjö, A. (2016), *Emissionsgarantiens bindande verkan och interventionsbetalarens ställning*. Juridisk Tidskrift vid Stockholms universitet, s. 409 ff., Håstad, T. (2017), *Emissionsgarantimålet NJA 2016 s. 107; nu fråga om domvilla och resning samt lämplig domstol för vissa extraordinära ärenden*. Juridisk Tidskrift vid Stockholms universitet, s. 605 ff., Lambertz, G. (2017), *Processrätten i emissionsgarantidomen*. Svensk Juristtidning, s. 334 ff. och Schöldström, P. (2017), *Helgar ändamålet medlen? Emissionsgarantimålet och processrätten*. Svensk Juristtidning, s. 142 ff.

487. NJA 2016 s. 107, »Den skadeståndsgrundande emissionsgarantin«, p. 31 med hänvisning till »Överförmyndaren«. Detta är således ett exempel på det som framgår av Ramberg, *Prejudikat som rättskälla i förmögenhetsrätten*, s. 282, att angående 2012 års fall, är det »sannolikt att en senare domstol kommer att formulera en rättsregel som motsvarar den som uttrycktes obiter dictum i 2012 års fall«.

488. »Den skadeståndsgrundande emissionsgarantin«, p. 32 med hänvisning till NJA 1992 s. 66, »Bostadsrätten och optionsavtalet«.

En sådan tolkning ska göras i linje med 1992 års fall, det vill säga att »bindningsverkningarna av en ensidig utfästelse att senare ingå ett formbundet avtal inte till följd av formkraven ska begränsas mer än vad formkravens ändamål motiverar».⁴⁸⁹

Det har tidigare konstaterats att utfästelse att i framtiden överlåta fast egendom inte är bindande. I 1992 och 2016 års fall är situationen annorlunda, eftersom domstolen talade om formkraven för ett optionsavtal, där den framtida överlåtelsen är giltig. I sådana fall är optionsavtal som utgångspunkt bindande, om det uppfyller vissa krav (i 1992 års fall att det upprättades i skriftlig form). Att det är bindande innebär att brott mot det skapar en ersättningsskyldighet enligt det positiva intresset.

I detta fall sker således en försvagning av bostadsrättslagens tvingande formkrav genom skadeståndsskyldighet enligt det positiva intresset. När förutsättningarna för skadestånd enligt det positiva intresset är uppfyllda innebär det också att det saknas möjlighet att få skadestånd enligt det negativa intresset, eftersom det handlar om överträdelse av en giltig förpliktelse.

Emellertid är både ersättningsformen och den inskränkning i omfattningen av tvingande formkrav tecken på en bakomliggande princip, att möjligheten ska finnas att inskränka tillämpningsområdet av tvingande formkrav. Således utgör inte heller 1992 eller 2016 års fall, lästa tillsammans med 2012 års fall, hinder mot att utsträcka den utomkontraktuella ersättningsskyldigheten till att omfatta annat än överträdelser av framtida utfästelser att överlåta fast egendom.

7.4.2 Avtalsviten och *letters of intent*

I samband med redogörelser för *culpa in contrahendo* nämns ibland avsiktsförklaringar, principöverenskommelser eller *letters of intent*. Dessa utgör en samlad benämning på diskussioner och dokumentation som

489. »Den skadeståndsgrundande emissionsgarantin», p. 33.

förekommit före ett bindande avtal har ingåtts.⁴⁹⁰ Framställningar av detta slags material handlar i allmänhet om i vilken mån detta slags diskussioner är bindande för parterna och vad i så fall bundenheten innebär.

Ett *letter of intent* kännetecknas oftast av en avsikt eller önskan att i framtiden ingå avtal, utan att det därmed med nödvändighet uppkommer en skyldighet därtill.⁴⁹¹ Några formkrav, till exempel att ett *letter of intent* måste ha detta slags innehåll finns däremot inte. Det finns inte heller någon direkt koppling mellan parternas rubricering och frågan om bundenhet. I litteraturen nämns också att *letters of intent* kan innehålla avtalsviten, särskilt vad gäller till exempel sekretessbestämmelser, där de senare är i princip bindande. Med tanke på svårigheterna att styrka skadan vid överträdelse av sådana bestämmelser, förekommer det att sådana bestämmelser kopplas till ett avtalsvite.⁴⁹²

I litteraturen förekommer en uppdelning mellan rena och orena *letters of intent* eller avsiktsförklaringar.⁴⁹³ Ett rent *letter of intent* innehåller med denna uppdelning inga bindande klausuler medan det motsatta gäller för ett orent *letter of intent*. Denna uppdelning fungerar emellertid mindre bra i förhållande till avtalsviten. Istället har jag gjort en stipulativ distinktion mellan avsiktsförklaringar och avsiktsutfästelser. En av-

490. Se till exempel Ramberg, J. och Ramberg, C. (2019), *Allmän avtalsrätt*, s. 88 f.

491. Holmgren, S. och Lundqvist, D. (1988), *Letter of intent: värt mer än pappret?*, s. 34.

492. Adlercreutz, A., Gorton, L., och Lindell-Frantz, E. (2016), *Avtalsrätt I*, s. 156 med hänvisning till bland annat Holmgren och Lundqvist, *Letter of intent*, s. 41.

493. Till exempel Adlercreutz, A. (1987), *Rättsverkan av brutna avtalsförhandlingar och andra fall av ofullständiga avtal (om 'letters of intent', principöverenskommelser m. m.)*. Svensk Juristtidning, s. 493 ff., Adlercreutz m. fl., *Avtalsrätt I*, s. 155 f. och Ramberg och Ramberg, *Allmän avtalsrätt*, s. 88 f.

siktsförklaring är inte bindande, medan det motsatta gäller för en *avsiktsutfästelse*.⁴⁹⁴ Detta innebär till exempel att en eller flera avsiktsutfästelser i ett *letter of intent* kan vara omgiven av en eller flera avsiktsförklaringar, där enbart de förra är bindande.⁴⁹⁵ Termen *letter of intent* säger därför ingenting i frågan om bundenhet.

Huruvida ett *letter of intent* innehåller några avsiktsutfästelser får avgöras med sedvanlig avtalstolkning. Sådan tolkning gjordes till exempel i NJA 1992 s. 375, »Lekland och Letter of Intent«, där Högsta domstolen uttalade att frågan om en för framtiden bindande utfästelse ska anses ha lämnats eller inte »får för svensk del lösas enligt vanliga principer för avtalstolkning, varvid inte bara olika nyanser i förklaringens lydelse utan också omständigheterna vid dess tillkomst och vad som kan utrönas om parternas avsikter kan få betydelse«.

I målet hade kommunstyrelsens ordförande och kommunens kansli-chef undertecknat ett *letter of intent*, enligt vilket ett aktiebolag – där en kommunal stiftelse var majoritetsägare – skulle drivas så att bolaget kunde fullfölja sina åtaganden mot banken. Ett halvår efter brevets undertecknande gick bolaget i konkurs. Bankens fordringar uppgick då till drygt 12 miljoner kronor. Banken stämde kommunen på motsvarande belopp och menade att det undertecknade dokumentet innebar att »kommunen iklätt sig skyldighet att ansvara för [bolagets] förpliktelser gentemot banken«. Högsta domstolen kom emellertid fram till att ett sådant åtagande som banken hävdade krävde beslut av kommunens fullmäktige för att bli bindande. I målet var ostridigt att ett sådant beslut inte fanns, varför talan ogillades.

494. Detta är en medveten avvikelse från tidigare språkbruk. Se till exempel Adlercreutz, *Rättsverkan av brutna avtalsförhandlingar*, s. 494, som likställer avsiktsförklaring med *letter of intent*.

495. Ramberg och Ramberg, *Allmän avtalsrätt*, s. 81. Se även Bogdan, M. (1997), *Rekviem över letters of comfort* i Festskrift till Jan Ramberg, s. 71 ff. för en redogörelse specifikt för *letters of comfort* eller stödbrev.

I NJA 1994 s. 204, »Ljusne kätting« skulle ett bolag A köpa en större leverans av stål. A hade vid denna tid likviditetsproblem. Bolag B, i vilket en kommun ägde samtliga aktier, skrev ett brev till leverantören, enligt vilket B förklarade att det ett par månader tidigare beviljat ett lån till A med 20 000 000 kr samt att B avsåg att stödja A även i framtiden, om detta skulle bli nödvändigt.⁴⁹⁶ Efter att stålet levererats försattes A i konkurs, leverantören fick inte betalt och stämde B på ett belopp motsvarande leveransen.

Högsta domstolen ansåg att brevet gav leverantören »fog för att räkna med att [B] inte under den tid som omfattades av betalningsvillkoren för oktoberleveransen – åtminstone ej utan föregående underrättelse till [leverantören] i sådan tid att [leverantören] kunnat innehålla leveransen – skulle frångå sin i brevet uttalade avsikt att vid behov stödja [A] i annat fall än om förhållandena ändrades på ett sätt som inte rimligen kunnat tas i beräkning när brevet utfärdades«. B lämnade emellertid aldrig något sådant stöd, trots att sådant behövdes. Vid dessa förhållanden måste B ansetts ha ådragit sig skyldighet att ersätta den skada som leverantören drabbats av genom att efter A:s konkurs inte fått betalt för stålpartiet.⁴⁹⁷

Förekomsten av ett *letter of intent* är inte heller ett vare sig tillräckligt eller nödvändigt villkor för bundenhet. I NJA 1990 s. 745, »Bertil och vakuumpumparna«, åberopade käranden ett dokument som enligt honom utgjorde »en uttrycklig avsiktsförklaring, ett sk *letter of intent*, av innebörd att bolaget hade för avsikt att ingå ett återförsäljningsavtal

496. Den aktuella meningen löd: »We, Söderhamns Utvecklings AB declare that we intent [sic!] to support Ljusne Kätting AB also for the future, if it should be necessary.«

497. Adlercreutz m. fl., *Avtalsrätt I*, s. 158 anser att det är en smaksak om fallet ska ses som ett fall av *culpa in contrahendo*. Det framgår emellertid av domskälen att skadeståndet bygger på kontraktuella grunder, särskilt med hänsyn till att kärandens utomkontraktuella andrahandgrund – som uttryckligen hänvisade till *culpa in contrahendo* – aldrig prövades. Någon smaksak kan det därför inte vara frågan om.

med honom». Högsta domstolen gjorde en helhetsbedömning av brevet innehåll, det sätt på vilket det tillkommit och omständigheterna i övrigt och kom fram till att brevet inte kunde »anses utgöra ett till Bertil L riktat letter of intent». ⁴⁹⁸ Med ovanstående distinktion innebär domstolens formulering att dokumentet inte innehöll någon avsiktsutfästelse.

Om det följer av tolkningen att ett *letter of intent* inte innehåller någon avsiktsutfästelse, är dess relation till avtalsvitet oproblematisk. Ett avtalsvite knutet till en icke-bindande avsiktsförklaring kommer inte att aktualiseras, eftersom uppkomsten av en vitesfordran kräver överträdelse av en giltig och därmed bindande avsiktsutfästelse. Istället kommer ett eventuellt skadeståndsanspråk i detta fall precis som tidigare att bygga på utomkontraktuell grund. ⁴⁹⁹

För frågan om bundenhet kan avtalsvitet emellertid spela en indirekt roll, eftersom – om det förekommer – kan ha betydelse för tolkningen att parterna uppfattat avtalsinnehållet som en avsiktsutfästelse (eftersom de annars knappast skulle inkluderat något avtalsvite), och det genom att använda formuleringar som »överträdelse» eller liknande. ⁵⁰⁰

I fråga om *letters of intent* innehållande avsiktsutfästelser blir saken annorlunda. Under förutsättning att dessa innehåller som Adlercreutz skriver, »i princip bindande klausuler», kan dessa utgöra huvudförpliktelser till ett avtalsvite, och är då bindande precis som om avtalsvitet knutits till vilken giltig förpliktelse som helst.

498. NJA 1990 s. 745, »Bertil och vakuumpumparna», på sid. 759. Rättsfallet analyseras utförligt av Kleineman, J. (1991), *Skadeståndsgrundande uppträdande vid avtalsförhandlingar*. Juridisk Tidskrift vid Stockholms universitet, s. 125 ff.

499. Ramberg och Ramberg, *Allmän avtalsrätt*, s. 83 f..

500. Se till exempel NJA 2015 s. 741, »Partneravtalet» och Arvidsson, N. (2016), *Avtals efterverkan vid utträden ur varaktiga flerpartsavtal*. Juridisk Tidskrift vid Stockholms universitet, s. 19 ff. för frågan om vilken betydelse för tolkningen som parternas uppfattning om en klausuls innebörd innebar.

8 AVTALSVITET OCH DISPOSITIV UTFYLLANDE RÄTT

8.1 INLEDNING

FÖRRA KAPITLET KONSTATERADE att förekomsten av ett avtalsvite inte påverkar den utomkontraktuella ersättningskyldigheten som kan uppkomma vid överträdelse av ogiltiga förpliktelser. I detta kapitel ska istället relationen mellan avtalsvitet och avtalsbrottspåföljderna i den dispositiva rätten undersökas. En fullständig sådan undersökning kräver emellertid en grundlig genomgång av den dispositiva rätten och är alltför omfattande för att inrymmas i en avhandling om avtalsviten.⁵⁰¹ Jag har istället valt att fokusera på det mest relevanta såvitt gäller avtalsvitet: vad som styr relationen mellan avtalsvitet och den dispositiva rättens avtalsbrottspåföljder. Fokus kommer vara på det »klassiska» problemet – förhållandet mellan avtalsvite och skadestånd – men även vitets relation till fullgörelse, prisavdrag och hävning ska utredas.⁵⁰²

501. Den 619-sidiga Olsen, L. (1997), *Borgenärens val vid kontraktsbrott: en obligationsrättslig studie* utgör till exempel en omfattande svensk sådan framställning. Se också Hagström, V. (2011), *Obligasjonsrett* som mäter 968 sidor.

502. Såvitt gäller svenska förhållanden är framställningar av den allmänna kontraktsrätten ovanliga. Här är istället det köprättsliga vanligare. Ett nutida undantag är Hellner, J., Hager, R., och Persson, A. H. (2016), *Speciell avtalsrätt II: kontraktsrätt. H. 2, Allmänna ämnen* och ett äldre Rodhe, K. (1956), *Obligationsrätt*. I övriga nordiska länder är utbudet mer omfattande, se till exempel Ussing, H. och Vinding Kruse, A. (1961),

I och med två avgöranden från Högsta domstolen, NJA 2010 s. 629, »Tamarör och den borttappade huvudnyckeln« och NJA 2014 s. 960, »Det Andra Bolaget« har frågan om relationen mellan avtalade avtalsbrottspåföljder och avtalsbrottspåföljderna i den dispositiva rätten åter aktualiserats. Kapitlet utgör mitt försök till lösning av detta sedan länge identifierade problem.

8.2 UTGÅNGSPUNKTER

8.2.1 Allmänt

Avtalsvitets betalningsskyldighet följer av en avtalsnorm medan ersättning enligt det positiva intresset följer av en dispositiv rättsnorm. Att dessa två ersättningsformer existerar är i sig ostridigt.⁵⁰³ Istället är det vad som styr deras inbördes relation som sedan länge har diskuterats.⁵⁰⁴ Mer precist ska undersökas om och i så fall hur avtalsvitets påverkar rätten till skadestånd och andra avtalsbrottspåföljder.

Relationen omfattas av parternas avtalsfrihet. De kan därför själva välja hur relationen ska regleras. Om så är fallet gäller deras överenskommelse enligt principen om avtalsbundenhet. Relationen regleras i

Obligationsretten: almindelig del, Arnholm, C. J. (1974), *Privatrett. 3, Almindelig obligasjonsrett*, Augdahl, P. (1978), *Den norske obligasjonsretts almindelige del*, Krüger, K. (1989), *Norsk kontraktsrett*, Hagstrøm, *Obligasjonsrett*, Gomard, B. och Iversen, T. (2011), *Obligationsret. D. 2* och Norros, O. (2018), *Obligationsrätt*.

503. Enligt NJA 2017 s. 203, »Kravmjölken«, p. 9 följer det av allmänna kontraktsrättsliga principer att en avtalspart som vill göra gällande påföljder på grund av avtalsbrott, t.ex. skadestånd, inte kan förhålla sig passiv. Jag utgår nedan dels från att detta gäller även för vitesfordran, dels att något slags reklamtion har skett, varför påföljder kan göras gällande.

504. Se till exempel 1815 års förslag till Handels Balk, kap. 15, 4 § och Schrevelius, F. (1857), *Lärobok i Sveriges allmänna nu gällande civil-rätt. D. 2, Förmögenhetsrätten*, s. 686.

så fall av en avtalsnorm. Om relationen däremot inte följer av en avtalsnorm är frågan om den istället styrs av en dispositiv norm och i så fall vilket innehåll denna har.

Att relationen är dispositiv är sedan länge vedertaget och framgår av både litteratur och praxis. Till exempel säger Högsta domstolen att tillämpningen av en sådan typ av norm förutsätter att »innebörden inte framgår av avtalet».⁵⁰⁵ En variant på samma tema är att frågan om »*vedtagelsen berøver fordringshaveren andre misligholdelsesbeføjelser*, beror i første række på aftalen».⁵⁰⁶ Den norm som styr relationen kallas nedan för N (och här antar jag initialt att den faktiskt existerar). N reglerar förhållandet mellan avtalsvitet och ersättning enligt det positiva intresset. I förhållande till andra dispositiva påföljder gäller andra motsvarande regler.

Eftersom avtalsvitet alltid kommer att utgå enligt principen om avtalsbundenhet måste det vara den dispositiva rätten som påverkas, inte tvärtom. N styr därigenom vid vilka omständigheter ersättning enligt det positiva intresset inte ska utgå eller utgå i begränsad omfattning. Detta är N:s rättsverkan. Ett tänkbart rekvisit för denna rättsverkan är »närvaro av en vitesfordran». Om det föreligger en vitesfordran är N:s rekvisit uppfyllt och således aktualiseras dess rättsverkan: att ersättning enligt det positiva intresset – det vill säga ersättning för hela skadan – inte ska utgå alternativt att en begränsad ersättning ska utgå.

Eftersom N är dispositiv kan parterna avtala bort den. Det sker till exempel genom att de formulerar avtalet på så sätt att N inte får tillämpas. Ett par exempel är följande.

Om Vendia bryter mot åtagande i punkt 2.1 ovan skall Vendia vid varje tillfälle utge ett vite till Procter & Gamble om trehundratusen (300 000) kronor. I de fall Procter & Gamble kan visa skada på grund

505. NJA 2010 s. 629, »Temarör och den borttappade huvudnyckeln», p. 11.

506. Ussing och Vinding Kruse, *Obligationsretten*, s. 164.

av brott mot åtagande i detta förlikningsavtal överstigande ovan nämnt vitesbelopp skall ersättning motsvarande den verkliga skadan utgå.⁵⁰⁷

För varje påbörjad vecka varmed entreprenören överskrider kontraktstiden eller den ändrade tid för färdigställandet som skall gälla enligt kapitel 4 § 2 eller 3, skall han betala vite enligt kontraktshandlingarna. Vite kan även avtalas för överskridande av den tid som bestämts för utförande av viss del av entreprenaden. Om vite avtalats är beställaren därutöver inte berättigad till skadestånd för förseeningen.⁵⁰⁸

I ovanstående fall kommer N inte att tillämpas, eftersom parterna har ersatt den med en avtalsnorm. På samma sätt gäller om avtalet kan tolkas på ett sätt som gör att N inte tillämpas.⁵⁰⁹ Även handelsbruk eller sedvana kan göra att N inte blir tillämplig.⁵¹⁰

Om parterna genom avtalsnormer väljer att ersätta N framgår detta i svensk avtalspraxis i regel av samma klausul som avtalsvitet. I internationella förhållanden förekommer istället en egen klausultyp – *sole remedy*-klausul – som ersätter N.⁵¹¹ Klausultypen används för att tydliggöra vilka dispositiva avtalsbrottspåföljder som kan göras respektive inte kan göras gällande: »the aim of sole remedy clauses is typically to clarify that rectification and liquidated damages will be the only or

507. Svea hovrätts mål nr T 11341-14.

508. AB 04, 5 kap. 3 §.

509. Taxell, L. E. (1972), *Avtal och rättsskydd*, s. 451.

510. För en ingående studie om sedvanor, se Arvidsson, N. (2019), *Begreppet sedvana* i Juridiska grundbegrepp. Vänbok till David Reidhav, s. 193 ff.

511. Se till exempel Gorton, L. (2011), *The Nordic tradition: Application of boilerplate clauses under Swedish law* i Boilerplate clauses, international commercial contracts and the applicable law, s. 301.

the primary remedies for defects and delays, respectively, excluding, for example, the payment of actual damages».⁵¹²

En sådan klausul kan till exempel se ut enligt följande (här avseende dröjsmål).

[Liquidated damages paid in accordance with the foregoing provision] shall be the Buyer's sole remedy for any delay in delivery for which the Seller is responsible under this Agreement.⁵¹³

Inte heller i detta fall kommer N att tillämpas, utan ersätts av en avtalsnorm som i detta fall anger att vitesbeloppet är den enda ersättningen vid dröjsmål.

8.2.2 Avtalsvite och avtalstyper

För att en framställning av avtalsvitets relation till den dispositiva rättsens avtalsbrottspåföljder ska bli så allmängiltig som möjligt gäller att relationen är densamma oavsett om avtalet tillhör en viss *avtalstyp* (eller om det inte tillhör någon avtalstyp alls). Om inte skulle det innebära att vitets relation till skadestånd i avtalstyp 1 skiljer sig från relationen mellan avtalsvite och skadestånd för avtalstyp 2. En sådan undersökning skulle bli alldeles för omfattande och dessutom innebära en stor mängd partikulära uttalanden. Det kan därför inte uteslutas att speciella regler finns eller kan komma att utvecklas, men jag har nedan medvetet valt att fokusera på allmänna regler.

Genom uppdelningen mellan avtalsnormer och utfyllnadsnormer skapas en distinktion mellan sådana rättsföljder som följer av avtalets omedelbara innehåll, och sådana som inte gör det. Detta utgör grunden för indelningen i olika avtalstyper.

512. Tørum, A. B. (2019), *Interpretation of commercial contracts*, s. 170.

513. Cordero-Moss, G. (2011), *Introduction to Part 3* i Boilerplate Clauses, International Commercial Contracts and the Applicable Law, s. 119.

Det väsentliga synes därför vara de rättsföljder, vilka icke kunna utläsas av avtalets omedelbara innehåll. Olika sådana rättsföljder gälla vid köp och vid hyra. Såvitt jag kunnat finna är det främst denna olikhet, som utgör grunden för indelningen i kontraktstyper.⁵¹⁴

Klassificeringen genom avtalstyper görs i syfte att förenkla hanteringen av sådana rättsverkningar som följer av avtalet (men inte av dess »egentliga« innehåll).⁵¹⁵ Om två olika avtal tillhör samma avtalstyp kan man dra slutsatsen att de har vissa gemensamma rättsverkningar såvitt gäller sådana frågor som inte framgår av avtalsnormerna.

I avhandlingen används Arvidssons definition av avtalstyper. Enligt denna är avtalstyper *rättsfigurer*.⁵¹⁶ Ett påstående om att ett avtal tillhör till exempel avtalstypen aktieägaravtal implicerar »att det finns speciella avtalsrättsliga normer för avtal som tillhör avtalsformen aktieägaravtal samt att dessa normer inte tillhör någon annan av rättsordningen erkänd avtalstyp».⁵¹⁷

Frågan om ett avtal tillhör en viss avtalstyp besvaras av avtalstypens konstitutiva normer.⁵¹⁸ Avtalstypen utgör en mängd och de enskilda avtalen är element, tillhörande en, flera eller ingen mängd. De konstitutiva normerna utgör villkor som avgör om ett visst avtal a tillhör mängden A . Om mängden A utgörs av aktieägaravtal innebär det att $a \in A$

⁵¹⁴. Sundberg, J. W. F. (1961), *Avtalstyper och typavtal*. Svensk Juristtidning, s. 12.

⁵¹⁵. Heidbrink, J. (2005), *Logistikavtalet: allmän kontraktsrätt i transporträttslig miljö*, s. 28.

⁵¹⁶. Arvidsson, N. (2010), *Aktieägaravtal: särskilt om besluts- och överlåtelsebindningar*, s. 213. Se även Samuelsson, P. (2011), *Entreprenadavtal: särskilt om ändrade förhållanden*, s. 46 och Arvidsson, N. och Samuelsson, P. (2018), *Entreprenadavtal mellan näringsidkare och konsument*, s. 32 ff.

⁵¹⁷. Arvidsson, *Aktieägaravtal*, s. 214 och Arvidsson och Samuelsson, *Konsumententreprenader*, s. 33.

⁵¹⁸. Arvidsson, *Aktieägaravtal*, s. 212.

om och endast om *a* uppfyller villkoren för att räknas som ett aktieägaravtal. På så sätt är de konstitutiva normerna medlemskapskriterier som ett visst avtal måste uppfylla för att utgöra ett element i en viss avtalstyp.

Avtalets egenskaper följer av tolkning.⁵¹⁹ Resultatet av tolkningen jämförs med medlemskapskriterierna och utfallet blir att antingen uppfylls kriterierna – avtalet har de egenskaper som krävs – eller uppfylls de inte.

Det finns samtidigt inget som hindrar att ett avtal tillhör flera olika avtalstyper. Detta beror på vilka kriterier som avtalstyperna ställer upp. Vidare finns det avtalstyper som är delmängder av varandra. Som exempel på de senare finns överlåtelseavtal och köpeavtal. Här är köpeavtalet en äkta delmängd av mängden överlåtelseavtal. Det innebär att alla köpeavtal är överlåtelseavtal men alla överlåtelseavtal är inte köpeavtal. Gåvoavtal och bytesavtal är exempel på avtal som är överlåtelseavtal men som inte är köpeavtal. Det innebär också att om ett avtal tillhör mängden köpeavtal tillhör det också mängden överlåtelseavtal.

En avtalstyp förutsätter att de utfyllande normerna kan delas upp i olika kategorier. En kategori normer bildar i sin tur en avtalstyp. Dessa består av speciella avtalsrättsliga normer och är främst materiella normer, men avtalstypen kan också innehålla speciella tolkningsnormer, vilka gäller för just den avtalstypen. Avtalstypen gör klart för parterna att vissa speciella avtalsrättsliga normer kommer att fylla ut de delar av avtalet som inte omfattas av avtalsnormerna.

Avtalstyperna konstitueras av *speciella avtalsrättsliga normer*. Dessa kallas också gemensamt för *kontraktsrätten*. Kontraktsrätten är i denna bemärkelse en samlad benämning på alla de normer som tillhör en eller

519. Adlercreutz, A. och Gorton, L. (2010), *Avtalsrätt II*, s. 49, »[t]olkning ingår sålunda i den verksamhet som avser fastställanden av avtalstyp och därmed för valet av utfyllande regler«.

flera avtalstyper. En avtalsrättslig norm är speciell om och endast om den inte tillhör den allmänna avtalsrätten.⁵²⁰ Därigenom uppkommer en gräns mellan kontraktsrätten (eller den speciella avtalsrätten) och *den allmänna avtalsrätten*.

Den allmänna avtalsrätten beskrivs ibland som att den handlar om »regler som är *gemensamma* för alla avtalstyper« eller »den allmänna avtalsrätten är oberoende av avtalstyperna och att dess normer därför i princip är tillämpliga oavsett vad för slags avtal det är fråga om«.⁵²¹ Kontraktsrätten, bestående av olika avtalstyper, utgör på så sätt en avgränsning av den allmänna avtalsrätten.⁵²² När jag i avhandlingen talar om avtalsbrottspåföljderna i den dispositiva rätten eller den dispositiva rätts avtalsbrottspåföljder syftar jag således på sådana avtalsbrottspåföljder som dels förekommer i den allmänna avtalsrätten, dels är dispositiva.

8.2.3 Avtalsvite och påföljder – exempel

Som utgångspunkt för den fortsatta framställningen följer här ett antal exempel. Dessa syftar till att visa på vilket sätt relationen mellan avtalsvitet och den dispositiva rätts avtalsbrottspåföljder kan regleras och utgår från att relationen inte styrs av en avtalsnorm. Vid överträdelse av avtalsvitets huvudförpliktelse kan ekonomisk ersättning följa enligt något av följande två sätt.

(8.1) *avtalsnorm*: ersättning enligt avtalsvitet.

(8.2) *utfyllnadsnorm*: ersättning enligt det positiva intresset.

520. Arvidsson, *Aktieägaravtal*, s. 216.

521. Ramberg, J. och Ramberg, C. (2019), *Allmän avtalsrätt*, s. 16 och Arvidsson, *Aktieägaravtal*, s. 217. Se även Arvidsson och Samuelsson, *Konsumententreprenader*, s. 33.

522. Denna kallas också ibland för *speciell avtalsrätt*, se till exempel Ramberg och Ramberg, *Allmän avtalsrätt*, s. 16 eller Hellners *Speciell avtalsrätt I och II*, vilka båda har undertiteln Kontraktsrätt.

Relationen mellan (8.1) och (8.2) kan se ut enligt följande.

- (8.3) Avtalsvitet påverkar inte rätten till ersättning enligt det positiva intresset.
- (8.4) Avtalsvitet påverkar rätten till ersättning enligt det positiva intresset.

Alternativ (8.3) eller (8.4) är oförenliga. Vilket av dem som gäller beror på förekomst eller innehåll i N. Om vi antar att ersättningen enligt det positiva intresset uppgår till 200 000 kr och vitesbeloppet till 100 000 kr kan ett antal kombinationer av (8.3) och (8.4) formuleras.

Vitesbeloppet kommer alltid att utgå (enligt principen om avtalsbundenhet). Ersättningen enligt det positiva intresset påverkar därför inte uppkomsten av en vitesfordran. Således innebär överträdelse av *h* att ersättning alltid ska utgå med 100 000 kr genom avtalsvitet. Om tillämpning av N gör att alternativ (8.3) gäller innebär det att ersättning utgår med 100 000 kr genom avtalsvitet och 200 000 kr genom den dispositiva rätten. Om alternativ (8.4) istället gäller kommer ersättning utgå med ett belopp mellan 100 001 och 299 999 kr, beroende på innehållet i N.

I de fall tillämpningen av N eller tillämpningen av en avtalsnorm gör att vite utgår med 100 000 kr brukar avtalsvitet kallas exklusivt.⁵²³ I avhandlingen är detta emellertid inte en rättsverkan knutet till avtalsvitet, varför det kan uppfattas som missvisande att kalla avtalsvitet exklusivt, detta trots att det är ett vedertaget begrepp med en i sig förståelig innebörd. Istället följer det exklusiva av tillämpning av en avtalsnorm eller

523. Se till exempel Olsen, L. (1986), *Ersättningsklausuler: vite och andra avtalade ersättningar vid kontraktsbrott*, s. 142 och Bryde Andersen, M. och Lookofsky, J. (2015), *Lærebog i obligationsret 1. Ydelsen, befejelser*, s. 429. Även i »Temarör och den borttappade huvudnyckeln«, p. 11 samt NJA 2018 s. 834, »Vitesundantaget i ansvarsförsäkringen«, p. 21 används exklusivt respektive exklusiv.

dispositiv norm, vilken vid överträdelse av huvudförpliktelsen utesluter tillämpningen av den dispositiva rättens rätt till ersättning enligt det positiva intresset. Jag kommer av framställningstekniska skäl ändå att använda *exklusivt* eller *exklusivitet*, men då med denna senare betydelse.

Det är också med denna syn som avtalsvitet kan relateras till ansvarsbegränsningar, vilka sedan länge ansetts höra ihop. Till exempel skrev Generalklausulutredningen, att om ett i förhållande till skadan lågt vite har utfästs, innebär det »ett slags begränsning av ersättningsskyldigheten, jämförbar med den som inträder genom en allmän begränsning av skadeståndsbelopp».⁵²⁴

Med *ansvarsbegränsning* menas här en klausultyp vars rättsverkan innebär att det ansvar som åligger parten enligt dispositiv rätt begränsas. Dessa är i princip giltiga.⁵²⁵ Med *friskrivning* menas här en total ansvarsbegränsning såvitt gäller en viss påföljd, det vill säga att inget av det ansvar som åligger parten enligt den dispositiva påföljden kan göras gällande.⁵²⁶ Ansvarsbegränsningar bygger på att det finns en bakomliggande dispositiv rätt som ger ersättning för skada vid avtalsbrott. Enligt

524. SOU 1974:83. Generalklausul i förmögenhetsrätten, s. 172 och Proposition 1975/76:81 med förslag om ändring i lagen (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område, m. m., s. 145. Se även det tidigare nämnda uttalandet i »Temarör och den borttappade huvudnyckeln», p. 10, att »vitesklausulen kan utgöra en ansvarsbegränsning till förmån för den kontraktsbrytande parten».

525. Lundmark, T. (1996), *Friskrivningsklausuler: giltighet och räckvidd. Särskilt om friskrivning i kommersiella avtal om köp av lös egendom*, s. 34 f., Håstad, T. (2009), *Köprätt och annan kontraktetsrätt*, s. 125 och Grauers, F. (2016), *Fastighetsköp*, s. 221. Enligt Hagström, *Obligationsrätt*, s. 644 ff. och Bryde Andersen och Lookofsky, *Lærebog i obligationsret 1. Ydelsen, beføjelser*, s. 408 gäller motsvarande också i norsk och dansk rätt. NJA 1975 s. 545, »Den frånvarande diffusionsspärren», NJA 1976 s. 217, »Den rätthemsökta fastigheten» och NJA 1979 s. 483, »Bergman & Beving» brukar tas som exempel från praxis på att ansvarsbegränsningar eller ansvarsfriskrivningar som huvudregel är giltiga.

526. Se till exempel Johansson, S. O. (2015), *Grov vårdslöshet och avtalsfrihet – var står vi i dag med ansvarsfriskrivningar?* Juridisk Tidskrift vid Stockholms universitet, s. 52 f.

denna är avtalsparter ansvariga att ersätta motpartens skada som avtalsbrottet har orsakat. Tillämpningen av denna dispositiva rätt kan inskränkas, till exempel genom en ansvarsbegränsning eller ansvarsfriskrivning, vilken gör att rätten till ersättning begränsas eller bortfaller helt. Denna rättsverkan följer i dessa fall av avtalsnormerna.

Eftersom vitesbeloppet per definition är större än noll innebär avtalsvitet – utan hänsyn till avtalsbrottspåföljderna i den dispositiva rätten – en ökning av ansvaret för den part som överträder dess huvudförpliktelse. En ansvarsbegränsning är ur detta perspektiv avtalsvits motsats, eftersom den inte har någon annan funktion än att begränsa (i detta fall det skadeståndsansvar som följer av den dispositiva rätten). Även om effekten av överträdelse av avtalsvits huvudförpliktelse blir att ansvaret begränsas jämfört med ansvaret enligt den dispositiva rätten är detta inte en följd av avtalsvitet utan en följd av tillämpningen av en avtalsnorm vars rättsverkan är att avtalsvitet utesluter ersättning enligt den dispositiva intresset. En korrekt omformulering av »kan utgöra en ansvarsbegränsning« är därför att om ett avtalsvite, tolkningsvis begränsar tillämpningen av den dispositiva rätten, är detta samma slags rättsverkan av samma slags avtalsnorm som ger en ansvarsbegränsning dess begränsande verkan.

På samma sätt kan relationen mellan vite och övriga påföljder beskrivas. Även i dessa fall styrs relationen av en dispositiv utfyllande regel, vilket gör att parterna själva kan styra relationen genom avtalsnormer. Det som sägs nedan bygger istället på att så inte görs.

Med en giltig huvudförpliktelse *h* gäller följande i ett avtal mellan A och B.⁵²⁷

- (8.5) Om A överträder *h* har B rätt till prisavdrag med 50 000 kr.
- (8.6) Om A överträder *h* har B rätt till skadestånd med 200 000 kr.

⁵²⁷ Att prisavdrag följer av allmänna kontraktsrättsliga principer framgår av NJA 2018 s. 266, »Högskoleavgiften«, p. 24.

Rättsverkningarna (8.5) och (8.6) antas här följa av den dispositiva rätten. Rätten till prisavdrag och skadestånd är – i vart fall om bedömningen görs enligt köplagen – förenliga, på så sätt att de kan utgå parallellt (med vissa undantag).⁵²⁸ Vid överträdelse av *h* har B med andra ord rätt till sammanlagt 250 000 kr i prisavdrag och skadestånd. Anta nu att avtalet innehåller följande avtalsvite.

(8.7) Om A överträder *h* ska A utge 100 000 kr till B.

Här kan ställas upp ett antal olika alternativ för rättsverkningarna av en överträdelse av *h*.

(8.8) A överträder *h* → B har rätt till ersättning enligt det positiva intresset, rätt till prisavdrag och rätt till vitesbeloppet.

I detta fall påverkar avtalsvitet inte rätten till skadestånd eller rätten till prisavdrag. Skadestånd skulle med andra ord utgå med 200 000 kr, prisavdrag med 50 000 kr samt vite med 100 000 kr. Detta är det ena ytterlighetsfallet på en tänkt linje, där den andra ändpunkten är de fall där ersättning enbart utgår genom vitesklausulen.

(8.9) Om A överträder *h* → vitesfordran på 100 000 kr.

Här skulle ersättningsskyldigheten fungera på samma sätt som om ersättning enligt det positiva intresset och rätten till prisavdrag inte fanns, det vill säga att avtalsvitet är exklusivt. Om exklusiviteten inte följer av avtalsnormerna måste den istället följa av en dispositiv norm av typen N. N:s rättsverkan är således att förekomsten av en vitesfordran utesluter tillämpningen av alla avtalsbrottspåföljder i den dispositiva rätten.

528. Se till exempel Kihlman, J., Munukka, J., och Svensson, O. (2017), *Köplagen: en kommentar*, s. 395.

8.3 BEFINTLIGA UPPFATTNINGAR

8.3.1 Avtalsvite och skadestånd

Vitets förhållande till skadestånd är den relation som fått överlägset mest uppmärksamhet i litteraturen. Här ska alla dessa uttalanden inte återges i detalj, utan jag återkommer till vissa av dem i avsnitt 8.4.1 nedan.

I NJA 2010 s. 629 aktualiserades frågan om »vad som i målet betecknats som ett avtal om vite innebär en begränsning av ersättningsskyldigheten till vitesbeloppet».⁵²⁹ I domskälen delade Högsta domstolen upp uppfattningar om relationen i tre delar givet att innebörden inte framgår av avtalet: (1) förfördelade parten kan välja att kräva skadestånd i stället för att utkräva vitet eller (2) vitet reglerar exklusivt frågan om ersättning. Domstolen tog också upp den grupp (3) som inte anger någon *in dubio*-regel.⁵³⁰

Slutsatsen blev emellertid, trots det omfattande materialet, att eftersom ett vite »kan fylla olika funktioner och förhållandena varierar, kan det inte generellt anges huruvida en vitesklausul *in dubio* utgör en exklusiv reglering av ersättningen vid ett kontraktsbrott» samt att klausulen istället får tolkas utan tillämpning av en sådan hjälpregel.⁵³¹ Mot bakgrund av att bilagan där vitesklausulen förekom hade formulerats av den skadelidande samt att motparten »haft fog för att uppfatta vitesklausulen som en slutlig reglering vid förlust av nyckel» ansåg Högsta domstolen att avtalet fick »anses innebära att vitet utgör en exklusiv reglering av ersättningsfrågan».⁵³²

529. »Temarör och den borttappade huvudnyckeln», p. 7. Rättsfallet har kommenterats av van der Sluijs, J. (2011), *Utgör en vitesklausul en ansvarsbegränsning och i så fall mot vem?* Juridisk tidskrift vid Stockholms universitet, s. 160 ff.

530. Med ovanstående terminologi är uppfattningen i grupp (3) att N inte existerar.

531. »Temarör och den borttappade huvudnyckeln», p. 12.

532. A. a. p. 13.

Den delade bilden som 2010 års fall ger klarnar inte heller om man ser till liknande material som inte nämndes av Högsta domstolen. Detta gäller oavsett om de ligger i tiden före eller efter fallet. Viss litteratur och andra källor anger att vitet inte är exklusivt. Till exempel skriver Nordling angående dröjsmålsvite att överenskommelse om vite »har till ändamål att ytterligare försäkra mottagaren att å utsatt tid erhålla prestationen, och minskar icke hans rätt i öfrigt till följd af mora, så vida ej sådant af öfverenskommelsen framgår».⁵³³

En annan grupp intar motsatt uppfattning. Här kan tas som exempel CISG Advisory Council, som i ett uttalande skriver att relationen mellan avtalsvite och de utfyllande reglerna i CISG »is primarily a matter of interpretation of the contract under Articles 8 and 9 CISG» och att om parterna inte har kommit överens om något annat gäller att »[i]n addition to the agreed sum no further damages may be claimed».⁵³⁴ En

533. Nordling, E. V. (1913), *Anteckningar efter prof. E. V. Nordlings föreläsningar i svensk civilrätt: allmänna delen*, s. 276. Se även Palmgren, G. (1937), *Kan borgenär fordra skadestånd utöver beloppet av utfäst avtalsvite?* Tidskrift utgiven av Juridiska föreningen i Finland, s. 786.

534. CISG Advisory Council Opinion No. 10. Agreed Sums Payable upon Breach of an Obligation in CISG Contracts. Denna uppfattning framgår också av de två förslagen till Handelsbalken, 15 kap. 4 §, se 1815 års förslag till Handels Balk, s. 69 och 1826 års Förslag till Allmän Civillag, s. 148. Senare har en liknande uppfattning framförts av Schrevelius, *Förmögenhetsrätten*, s. 686, Fehr, M. (1913), *Om vitesbestämmelser i aftal enligt svensk rätt: en profföreläsning*, s. 28, Hasselrot, B. (1912), *Handelsbalken jämte dithörande författningar: med förklarande anmärkningar och belysande prejudikat till praktiska juristers och affärsmäns tjänst. D. 1, Om köp och byte*, s. 140 och Winroth, A. O. och Lamm, K. (1917), *Köp av lös egendom: efterlämnat manuskript*, s. 121. Samma uppfattning återfinns även i övrig nordisk litteratur, se till exempel Gomard, B., Godsk Pedersen, H. V., och Ørgaard, A. (2012), *Almindelig kontraktret*, s. 204, Serlachius, J. (1902), *Lärobok i obligationsrättens allmänna del enligt finsk rätt*, s. 22, Karsten, O. (1903), *Om konventionalstraffet (forts.)*. Juridiska meddelanden. Notiser från rätts- och affärslivet. N:o 10., s. 83 och Taxell, *Avtal och rättsskydd*, s. 452. Se även den allmänna diskussionen i *Juridiska Föreningens*

tredje grupp anger ingen *in dubio*-regel.⁵³⁵ Likaså är den internationella uppfattningen splittrad.⁵³⁶

8.3.2 Avtalsvite och övriga påföljder

I NJA 2014 s. 960, »Det andra bolaget«, sade domstolen att det enligt både ABT 94 och dispositiv rätt gällde att beställaren hade rätt att på entreprenörens bekostnad låta avhjälpa ett fel när entreprenören har brustit mot sin avhjälpandeplikt samt att beställaren enligt dispositiv rätt har rätt till skadestånd även om han inte avhjälpes felet.⁵³⁷ Domstolen skrev därefter följande.

Om parterna i ett kontrakt har angett en viss påföljd för ett kontraktsbrott, så utesluter det i regel inte att den förfördelade parten har rätt till sådana andra påföljder som kan följa av på avtalsförhållandet tillämpliga rättsregler. För att en i ett sådant kontrakt föreskriven påföljd ska vara exklusiv krävs det i allmänhet att detta framgår av kontraktsvillkoret eller att det finns annat stöd för att uppfatta regleringen som heltäckande.⁵³⁸

Av detta följde enligt domstolen att när en entreprenör bryter mot sin avhjälpandeskyldighet, kan ABT 94 inte tolkas som att eget avhjälpande skulle vara det enda som stod beställaren till buds. I fallet innebar det att

förhandlingar år 1916. (1918), Tidskrift utgiven av Juridiska föreningen i Finland, s. 43 ff. där olika uppfattningar förekommer.

535. Hernberg, A. (1929), *Till frågan om avtalsvitets konstruktion*. Defensor legis: Suomen asianajajaliiton äänenkannattaja: organ för Finlands advokatförbund, s. 420 och Rodhe, *Obligationsrätt*, s. 521.

536. Zimmermann, R. (2018), *Art 9:509: Agreed Payment for Non-performance* i *Commentaries on European contract laws*, s. 1548 ff.

537. NJA 2014 s. 960, »Det Andra Bolaget«, p. 30.

538. A. a. p. 31.

innehållet i ABT 94 inte uteslöt rätt till ersättning efter skadeståndsrättsliga principer som alternativ påföljd.⁵³⁹

Vad gäller vitets relation till fullgörelse menar Olsen att detta följer av en allmän princip. Principen förutsätter att vitet är exklusivt (vilket är Olsens uppfattning) och innebär att om en viss påföljd är förenlig med skadestånd, är den också förenlig med avtalsvitet. I så fall ersätter avtalsvitet skadeståndet men avtalsvitet påverkar inte rätten till fullgörelse, »[i] den mån rätten till naturafullgörelse finns vid sidan av skadestånd enligt allmänna regler vid det reglerade kontraktsbrottet, bör som regel detsamma gälla då en ersättningsklausul reglerar skadeståndsskyldigheten«.⁵⁴⁰

I NJA 2010 s. 629 hänvisade domstolen till NJA 1917 s. 58. I 1917 års fall hade ett avtal ingåtts mellan en beställare och entreprenör om att uppföra ett hus. Avtalet innehöll ett dröjsmålsvite med en viss summa per dag som entreprenaden blev försenad, vilket den sedermera också blev. Beställaren sade med anledning av förseningen upp kontraktet med omedelbar verkan. Entreprenören menade å sin sida att avtalsvitet var den enda påföljden för dröjsmål, och att beställaren därför saknade rätt att avsluta avtalet på sätt som skett. Högsta domstolen uttalade att mot bakgrund av omständigheterna i målet hade beställaren oavsett den i avtalet intagna vitesutfästelsen haft rätt att på så sätt som skett skilja entreprenören från arbetena och erhålla ersättning för skada som beställaren lidit genom dröjsmålet.

Av nyare framställningar har för svenskt vidkommande relationen mellan vite och hävning enbart tagits upp av Olsen, som anser att den

539. A. a. s. 34. Jag återkommer i avsnitt 8.4.1 nedan till huruvida domstolen uttalar sig om tolkning eller utfyllning.

540. Olsen, *Ersättningsklausuler*, s. 149. Se också 1815 års förslag till Handels Balk, s. 69, 15 kap. 3 § vilket stadgar »Genom witets betalning ware man ej från förbindelsen fri, der icke sådant förord skett«. Även Lassen, J. och Ussing, H. (1931), *Lærebog i obligationsrettens specielle del*, s. 297 framför en liknande uppfattning.

förre inte påverkar rätten till den senare.⁵⁴¹ Att hävning och skadestånd är förenliga påföljder framgår även av köplagen, av material från övriga nordiska länder samt från olika slags modellagar.⁵⁴² Några uttalanden som omfattar förhållandet mellan vite och prisavdrag eller andra påföljder i den allmänna avtalsrätten förekommer däremot inte.

Uttalanden om vitets förhållande till övriga påföljder förekommer också i framställningar från övriga nordiska länder. Gomard anser att även om vitet innehåller ett maxbelopp, måste gäldenären alltså – även om maxbeloppet är uppnått – fullgöra.⁵⁴³ Hagstrøm menar att rätten till fullgörelse inte påverkas av ett dröjsmålsvite: »En dagmulktklausul av denne karakter kan altså ikke avskjære den alminnelige rett kreditor har til å fastholde avtalen og kreve naturaloppfyllelse.»

I fråga om hävning anser Hagstrøm, att avtalsvitet och rätt till hävning inte har något samband: »Dette innebærer på den ene side at kreditor kan ha hevningsrett enda dagmulkt fortsatt løper, på den annen at hevningsrett ikke nødvendigvis inntreer når maksimalt dagmulktansvar er nådd.» Att även denna relation styrs av en dispositiv regel framgår också, där han skriver att »en annen løsning kan følge av kontrakten».⁵⁴⁴

541. Olsen, *Ersättningsklausuler*, s. 149 Olsen hänvisar också till NJA 1917 s. 58, »Lock-out och förseningsvite» som stöd för hennes uppfattning.

542. Se till exempel Gomard och Iversen, *Obligationsret*, s. 115 som skriver att »Ophævelse udelukker naturalopfyldelse, men ikke erstatning» och Hagstrøm, *Obligasjonsrett*, s. 461. Se också UNIDROIT Principles, artikel 7.3.5 (2) samt motsvarande bestämmelse i Draft Common Frame of Reference III – 3:509 (3) för samma uppfattning.

543. Gomard och Iversen, *Obligationsret*, s. 318.

544. Hagstrøm, *Obligasjonsrett*, s. 673. Se även Ussing och Vinding Kruse, *Obligationsretten*, s. 165 och Arnholm, *Privatrett*, s. 321 för liknande uppfattningar. Ett undantag är Augdahl, *Norsk obligasjonsrett*, s. 294, som anser att om vitet består av ett engångsbelopp, har borgenären inte rätt till både vite och fullgörelse.

8.4 AVTALSVITETS RELATION TILL PÅFÖLJDSSYSTEMET

8.4.1 Avtalsvite och skadestånd

Nedan följer min egen uppfattning av förekomsten och innehållet i normen N. Uppfattningen måste – till skillnad från tidigare framställningar – förhålla sig till domskälen i NJA 2010 s. 629 och NJA 2014 s. 960. Dessa framstår givet en viss läsning som oförenliga. Det oförenliga bygger emellertid på att domstolen återgett innehållet i den dispositiva rätten. Om domstolen istället talar om tolkning försvinner motsägelsen, eftersom den i så fall enbart har uttalat sig om hur avtalet i det enskilda fallet tolkades.

Om domstolen återgett innehållet i den dispositiva rätten, kan de båda uttalandena sammanfattas enligt följande, med 2010 års fall först.

- (8.10) Den dispositiva rätten innehåller ingen regel rörande förhållandet mellan avtalsvite och skadestånd enligt det positiva intresset.
- (8.11) Den dispositiva rätten innehåller en regel rörande förhållandet mellan avtalade avtalsbrottspåföljder och påföljder enligt den dispositiva rätten.

I 2010 års fall utgår domstolen från att »innebörden inte framgår av avtalet».⁵⁴⁵ Detta måste läsas som att domstolen i första hand letade efter innehållet den dispositiva rätten, vilket skulle fylla ut luckan i avtalet. Någon regel hittas emellertid inte utan domstolen konstaterar att det inte generellt kan »anges huruvida en vitesklausul in dubio utgör en ex-

545. »Temarör och den borttappade huvudnyckeln», p. 11.

klusiv reglering av ersättningen vid ett kontraktsbrott» samt att klausulen istället i allmänhet får tolkas utan tillämpning av en sådan hjälpregel.⁵⁴⁶

Till stöd för att domstolen sökte en norm av typen N är användningen av »generellt» och »i allmänhet». Men avslutningsvis i denna del av domskälen talar den istället talar om en hjälpregel för tolkning. En sådan regel är något annat än en dispositiv rättsnorm. Det kan här tänkas att domstolen sökte efter en speciell tolkningsregel för avtalsviten. En sådan tolkningsregel skulle i så fall vara en motsvarighet till den speciella tolkningsregeln för ansvarsbegränsningar och friskrivningar i standardavtal, vilken anger att dessa klausuler ska tolkas restriktivt.⁵⁴⁷ Domstolen skulle också kunna leta efter en dispositiv rättsnorm, att använda för tolkning av avtalet i enlighet med innehållet i den dispositiva rätten.⁵⁴⁸ I sådana fall skulle det indirekt vara ett uttalande om innehållet i den dispositiva rätten.

Här kan med andra ord finnas en skillnad mellan (1) innehållet i den materiella dispositiva rätten och (2) innehållet i den dispositiva rätt som används i en tolkningsregel. Därmed inte sagt att dessa har olika innehåll, men det går inte heller att mot bakgrund av domskälen att säga att de har samma innehåll. Den rimligaste läsningen av domskälen i denna del är emellertid att domstolen letade efter en materiell dispositiv norm

546. A. a. p. 12.

547. Se till exempel Adlercreutz och Gorton, *Avtalsrätt II*, s. 116, Hellner m. fl., *Kontraktsrätt: allmänna ämnen*, s. 122, Herre, J. och Ramberg, J. (2016), *Köplagen* (26 oktober 2018, Zeteo), kommentaren till 3 §, avsnitt 2.4.3, Lehrberg, B. (2016), *Avtalstolkning: tolkning av avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område*, s. 211 f. och Bernitz, U. (2018), *Standardavtalsrätt*, s. 113. Se även NJA 2016 s. 237, »Den feluppmätta kontorsfastigheten», p. 28: »friskrivningar inom köplagens tillämpningsområde ska tolkas restriktivt och måste vara klara och tydliga för att få genomslag».

548. Se bland annat Lehrberg, *Avtalstolkning*, s. 195 för en sådan tolkningsmetod. Denna nämns också i NJA 2013 s. 271, »Skadorna på Läckebys arbeten», p. 7.

av typen N – oavsett om den skulle tillämpas direkt eller utgöra bakgrund för en tolkning i ljuset av dispositiv rätt – men kom fram till att en sådan saknades.⁵⁴⁹

På samma sätt kan domskälen i 2014 års fall analyseras. Inte heller av dessa framgår emellertid uttryckligen om domstolen talar om tolkning eller om den talar om utfyllning. Domstolen skriver i nu aktuell punkt följande.

Om parterna i ett kontrakt har angett en viss påföljd för ett kontraktsbrott, så utesluter det i regel inte att den förfördelade parten har rätt till sådana andra påföljder som kan följa av på avtalsförhållandet tillämpliga rättsregler.⁵⁵⁰

Viss ledning kan fås av användningen av »i regel«, vilket skulle kunna tyda på att den talar om en utfyllande regel. Men det finns samtidigt en möjlighet att domstolen talar om samma slags tolkningsregel som nämns i 2010 års fall. Ytterligare ett alternativ är att domstolen gör ett empiriskt konstaterande, det vill säga att avtal vanligen inte innebär att avtalade avtalsbrottspåföljder är exklusiva.⁵⁵¹

I nästföljande mening i 2014 års fall fortsätter domstolen på samma tema.

För att en i ett sådant kontrakt föreskriven påföljd ska vara exklusiv krävs det i allmänhet att detta framgår av kontraktsvillkoret eller att det finns annat stöd för att uppfatta regleringen som heltäckande.

549. Här skulle förvisso domstolen genom sin diskretionära beslutskompetens och fri utfyllning kunnat skapa en sådan regel, se Arvidsson, *Aktieägaravtal*, s. 209 f. Ett exempel på det är den regel som skapades i NJA 2009 s. 672, »Malmbergsbagarn och återförsäljaravtalet«.

550. »Det Andra Bolaget«, p. 31. Uttalandet sägs av Lehrberg, *Avtalstolkning*, s. 192 återge en allmän princip.

551. Enligt Tørum, *Interpretation of commercial contracts*, s. 173 är många kommersiella avtal villkorade av att ersättning utöver avtalsvitet förutsätter grov vårdslöshet.

Denna ordning gäller i princip också när det, såsom i förevarande fall, är fråga om ett standardavtal.⁵⁵²

Om domstolen i 2014 års fall talar om tolkning skulle domskälen kunna läsas som att det finns en speciell tolkningsregel för avtalade avtalsbrottspåföljder, däribland avtalsviten.⁵⁵³ Skälen för en sådan tolkningsregel är emellertid svåra att spåra. Av vissa uttalanden i litteraturen framgår att för standardavtal gäller en för (endera parten) tyngande och oväntade klausuler speciell och restriktiv tolkningsprincip.⁵⁵⁴

Högsta domstolen har i NJA 2012 s. 597 gjort ett uttalande angående i vilken mån parterna genom ett avtalsvite dels infört ett krav på viss effekt, dels gjort avsteg från en viss princip i den dispositiva rätten. Domstolen sade där följande.

En sådan från dispositiv rätt avvikande innebörd av bestämmelsen, som typiskt sett får anses vara inte bara överraskande utan också tämligen långtgående och klart oförmånlig för beställaren samt motsvarande oväntad och fördelaktig för entreprenören, måste förutsätta ett tydligt stöd i bestämmelsens ordalydelse eller i andra tolkningsdata. Något sådant stöd finns inte.⁵⁵⁵

Exempel på sådana (för ena parten) tyngande klausuler är ansvarsbegränsningar och friskrivningar. Ett exklusivt vite har, om skadan överstiger vitesbeloppet, en likadan effekt på tillämpningen av den dispositiva rätten. Däremot kan ett avtalsvite inte också vara en friskrivning, eftersom vitesbeloppet måste vara större än noll. Detta innebär att den

552. »Det Andra Bolaget«, p. 31.

553. Se fotnot nr 547 ovan.

554. Adlercreutz och Gorton, *Avtalsrätt II*, s. 116, Grönfors, K. (2013), *Avtalsgrundande rättsfakta*, s. 66 f., Lehrberg, *Avtalstolkning*, s. 196 f., Bernitz, *Standardavtalsrätt*, s. 70 ff. och 113 samt Tørum, *Interpretation of commercial contracts*, s. 168.

555. NJA 2012 s. 597, »Den försenade kraftverksgeneratoren«, p. 18 f. Som synes påpekar domstolen att det överraskande eller oväntade gäller båda parter, men att det tyngande bara gäller den ena.

restriktiva tolkningen som gällande rätt innehåller i denna fråga också omfattar avtalsviten om de på samma sätt som ansvarsbegränsningar begränsar tillämpningen av den dispositiva rätten.

Om domstolen istället i både 2010 och 2014 års fall talar om innehållet i den utfyllande rätten uppstår andra problem. Eftersom avtalsvite tillhör mängden »avtalade avtalsbrottspåföljder» och skadestånd enligt det positiva intresset tillhör mängden »påföljder enligt den dispositiva rätten» innebär det att de båda påståendena från Högsta domstolen är oförenliga.

Denna motsägelse kan delvis lösas genom att läsa domskälen i 2014 års fall på ett annat sätt. Om domskälen antas handla om en dispositiv huvudregel, vars rättsverkan är att avtalsvitet inte påverkar tillämpningen av den dispositiva rättens avtalsbrottspåföljder, följer också två undantag från huvudregeln: (1) att avtalet kan tolkas på annat sätt eller (2) att det finns annat stöd för att uppfatta regleringen som heltäckande. Att avtalet tolkas, och därigenom får ett annat innehåll än den dispositiva rätten följer av principen om avtalsbundenhet. Men såvitt gäller (2) kan detta ses som ett uttryck för innehållet i dispositiv rätt, det vill säga att den dispositiva rätten innehåller en undantagsregel som säger att avtalade avtalsbrottspåföljder kan utesluta tillämpningen av den dispositiva rättens avtalsbrottspåföljder. Normen N skulle vara ett exempel på en sådan undantagsregel, givet att den har detta innehåll.

Att hitta argument för en norm N med detta innehåll är emellertid svårt. Några andra uttalanden i rättskällorna saknas. I litteraturen förekommer uttalanden i samband med principen om avtalsbundenhet. Problemet är emellertid att principen enbart verkar i en riktning, att avtalsnormerna gäller. Den säger däremot ingenting om vad som inte gäller som en följd av att avtalsnormerna gäller.

För att få denna dubbla verkan krävs att principen om avtalsbundenhet fungerar på samma sätt som till exempel 3 § köplagen, som anger att om annat följer av (bland annat) avtalet gäller inte lagens bestämmelser. Därmed skulle också gälla att om annat följer av avtalsnormerna (här

genom avtalsvitet) gäller inte rätten till skadestånd enligt det positiva intresset.

Ett exempel på en formulering som kan tolkas som förekomsten av en sådan allmän, dubbelt verkande princip är följande.

Foreligger en gyldig aftale (hvilket er udgangspunktet i det om-fang, der ikke foreligger præceptive regler, der fratager sådanne aftaler deres retsvirkning), gælder denne, og i tilsvarende omfang viger obligationsrettens almindelige regler. De almindelige reglers funktion er herefter i hovedsagen udfyldende, i det omfang aftalen er tvetydig eller ikke tager stilling til et bestemt spørgsmål.⁵⁵⁶

Det kursiverade utgör rättsverkan av en allmän princip, ur vilken normen N kan härledas. Ett tänkbart innehåll i N skulle i så fall se ut enligt följande.

- (8.12) Om en vitesfordran uppkommer genom överträdelse av *h* har vitesborgenären inte rätt till annan ekonomisk ersättning för överträdelsen än den som följer av avtalsvitet.⁵⁵⁷

Detta är delvis en förenkling, men den ger ändå en antydning om innehållet i N. Från tidigare nämnd litteratur kan hämtas några exempel på hur ett liknande innehåll formuleras. Uttalandena ska alltså läsas som att den dispositiva rätten innehåller en norm av liknande innehåll som (8.12).

Det första exemplet är från förslaget till Handels Balk från 1815. Enligt dess 15 kap. 4 § gäller följande.

⁵⁵⁶ Bryde Andersen och Lookofsky, *Lærebog i obligationsret 1. Ydelsen, beføjelser*, s. 397 (min kursivering).

⁵⁵⁷ Här kan inspiration hämtas från de tidigare nämnda *sole remedy*-klausulerna, vars rättsverkan är just denna.

Ej må den rättägende, ehwad han söker werkställighet å förbindelsen, eller derifrån avstår, annat skadestånd, än witet, fordra.⁵⁵⁸

Jämför man detta med det tio år yngre Förslag till allmän civillag, framgår också principen om avtalsbundenhet tydligt. Förslagen är i den första delen identiska, men i 1826 års lagförslag lyder avslutningen »annat skadestånd fordra, än witet, utan han förord derom har gjort«.⁵⁵⁹ Detta följer enligt motiven av vitets ändamål – vilka beskrivs som att »den ene kan försäkra sig antingen om uppfyllandet af den andras förbindelse, eller om wisst skadestånd, utan att afbida en ofta osäker pröfning af skadans belopp«.⁵⁶⁰

Liknande uttalanden förekommer också i senare litteratur. Winroth talar om tolkning i första hand, att frågan om med vitet »avsetts skola sätta allmänna rättsregler ur kraft och tråda i deras ställe, är åter att tolkningsvis fastställa på grund av dess innehåll och övriga rättsförhållandet vidkommande kända omständigheter« men att det i »tvivelaktiga fall ligger dock närmast antagandet, att, bortsett från återbetalningskrav, vitesbelopp avsetts skola gälla såsom fullt skadestånd att erläggas utan undersökning av den verkliga skadan och på sådant sätt binda båda kontrahenterna«.⁵⁶¹

Taxell skriver att enligt hans bedömning »bör man *i princip* anse att en klausul om avtalsvite – när inte annat direkt eller indirekt följer av

558. 1815 års förslag till Handels Balk, s. 69.

559. 1826 års Förslag till Allmän Civillag, s. 148.

560. A. a. s. 209.

561. Winroth och Lamm, *Köp av lös egendom*, s. 121.

avtalet – slutligt reglerar ersättningsfrågan. Ersättning utöver avtalsvitet ifrågakommer inte». ⁵⁶² På samma tema skriver Olsen, att en »ersättningsklausul knuten till kontraktsbrott bör sålunda in dubio anses exklusivt reglera ersättningsansvaret inom sitt tillämpningsområde». ⁵⁶³

Krüger anger enligt hans mening gäller, i vart fall såvitt avser dröjsmålsvite att »den normale forståelse av en dagmulktklausul gå ut på at det er tale om en normalisert og derfor ekskluderende erstatning». ⁵⁶⁴ Ett nyare uttalande är att ett exklusivt avtalsvite »is consistent with the tendency to consider clauses stipulating liquidated damages as excluding a right to claim damages». ⁵⁶⁵

Alla dessa uttalanden ska läsas som att de föreskriver en norm N av samma innehåll som (8.12) ovan. Men något värde som rättskälla, i bemärkelsen rättslig auktoritet, har de inte. Här återkommer istället 2010 och 2014 års fall, enligt vilka – oavsett om de talar om tolkning eller utfyllning – ett exklusivt vite är den mest långsökta läsningen.

De olika läsningarna av rättsfallen kan ställas upp enligt följande. Dessa bygger att 2010 års fall säger att det inte finns någon norm som styr relationen mellan avtalsvite och skadestånd samt att 2014 års fall säger att en sådan norm finns och att denna inte begränsar tillämpningen av den dispositiva rätten. I så fall gäller följande.

(8.13) 2010: tolkning – 2014: tolkning → *förenliga*

(8.14) 2010: disp. rätt – 2014: tolkning → *förenliga*

(8.15) 2010: tolkning – 2014: disp. rätt → *oförenliga*

(8.16) 2010: disp. rätt – 2014: disp. rätt → *oförenliga*

⁵⁶². Taxell, *Avtal och rättsskydd*, s. 452.

⁵⁶³. Olsen, *Ersättningsklausuler*, s. 143.

⁵⁶⁴. Krüger, K. (1999), *Norsk kjøpsrett*, s. 492.

⁵⁶⁵. Tørum, *Interpretation of commercial contracts*, s. 173. Det framgår emellertid inte om denna tendens följer av tolkning eller utfyllning.

Rättsverkan av tolkning gäller enbart det specifika avtalet. Således finns ingen motsättning i (8.13). Inte heller i (8.14) finns någon motsättning. Detta följer av att domstolen i 2010 års fall talade om innehållet i den gällande rätten – att detta saknades – men att domstolen i 2014 års fall tolkade in ett sådant innehåll (oavsett vilken tolkningsregel som användes). I (8.15) uppstår däremot en motsättning, under förutsättning att domstolen sökte efter en dispositiv norm att tolka avtalet i enlighet med. Någon sådan fanns inte, och om domstolen i 2014 års fall istället anger att en sådan finns är uttalandena oförenliga. I (8.16) följer också att de båda läsningarna är oförenliga, eftersom den ena säger att den dispositiva rätten inte innehåller en viss regel och den andra säger att den innehåller en viss regel.

Frågan är därmed vilket av (8.13) – (8.16) som gäller. I 2010 års fall menar jag att domskälen måste läsas som att domstolen sökte efter en dispositiv materiell rättsnorm. Detta framgår dels av en direkt läsning av domskälen, dels att materialet domstolen gick igenom utgjordes av framställningar av materiell rätt snarare än framställningar om olika tolkningsregler. Även användningen av termen *in dubio*-regel bör förstås som att domstolen återgav innehållet i den utfyllande rätten, om med *in dubio*-regel menas dess vedertagna betydelse, att det är en materiell regel.⁵⁶⁶

När domstolen refererar till tolkning och hjälpregel, får detta läsas som att domstolen förvisso talade om tolkning, men i bemärkelsen att man sökte efter en dispositiv regel att tolka avtalet i enlighet med. Min slutsats är därför att domstolen sökte efter en dispositiv materiell regel, men att en sådan inte fanns. Således återstår alternativ (8.14) och (8.16).

För 2014 års fall får en liknande analys göras. Här fås hjälp redan av rättsfallets rubrik, att det handlar om tolkning av ABT 94. Ytterligare

566. Se till exempel Adestam, J. och Arvidsson, N. (2014), *Kommentar till lag (1936:81) om skuldebrev*, Inledning, avsnitt 1.2.2, av vilket det framgår att *in dubio*-regler är (materiella) rättsnormer som är både förhands- och efterhandsdispositiva.

ledning ges av rubrikerna i domskälen. Domstolen redogör bland annat för dispositiv rätt på området (p. 26 – 29), vilken följs av rubriken »Frågan om rätt till ersättning för beräknad avhjälpandekostnad enligt ABT 94«. I detta avsnitt återfinns den tidigare citerade p. 31. I punkten innan jämför domstolen avtalets bestämmelser med vad som gäller enligt dispositiv rätt, att denna har ett visst innehåll samt att frågan är om något annat gäller enligt ABT 94.

Därefter följer den tidigare återgivna p. 31, där rättsverkan av huvudregeln är att en avtalad påföljd inte utesluter att den förfördelade parten har rätt till sådana andra påföljder som kan följa av på avtalsförhållandet tillämpliga rättsregler.

Det framgår inte uttryckligen av domskälen hur denna rättsverkan uppstår. Den rimliga läsningen bör emellertid vara att domstolen i p. 31 återger en allmän tolkningsregel – med domstolens ord »ordning» – vilken också gäller för standardavtal. Domstolen använder sedan avtalets systematik som en del av tolkningen, i enlighet med en tolkningsmetod som den själv har lanserat. I 2014 års fall följer detta av att regleringen i 7 kap. 26 § ABT 94 i sig inte ger stöd för att den där upptagna avhjälpandepåföljden skulle vara exklusiv, men att det emellertid också måste beaktas vad som föreskrivs i kap. 5 under rubriken Ansvar.

Domstolen applicerar sedan den i p. 31 nämnda tolkningsregeln på omständigheterna i målet, vilket innebär att 5 kap. tillsammans med 7 kap. 25 och 26 §§ i ABT 94 »inte tolkas så, att när en entreprenör bryter mot sin avhjälpandeskyldighet skulle eget avhjälpande vara det enda som stod beställaren till buds. Den utesluter således inte rätt till ersättning efter skadeståndsrättsliga principer som alternativ påföljd».⁵⁶⁷ Därefter undersöker domstolen hur utgången förhåller sig till regelsystemet

567. »Det Andra Bolaget«, p. 32.

i övrigt, vilket också det är en tolkningsmetod domstolen tidigare i domskälen har redogjort för.⁵⁶⁸

Slutsatsen av 2014 års fall måste därför vara att rättsverkan i det fallet följde av en tolkning av avtalet. Således återstår alternativ (8.14) ovan och domskälen är därmed sinsemellan förenliga. Att domstolen i 2014 års fall kommer fram till att ersättningen ska beräknas enligt vad som följer av dispositiv rätt förändrar inte slutsatsen, eftersom detta bygger på tolkning av det enskilda avtalet.⁵⁶⁹



Sammanfattningsvis följer att den dispositiva rätten inte innehåller någon norm som styr relationen mellan avtalsvite och skadestånd. Av detta följer att ersättning ska utgå så länge respektive ersättningsforms rekvisit är uppfyllda. Avtalsvitet kommer alltid att utgå, enligt principen om avtalsbundenhet. Emellertid kommer också skadestånd enligt den dispositiva rätten, det vill säga ersättning enligt det positiva intresset, att utgå. Skadeståndet ska ersätta hela skadan, vilket gör att den del av skadan som täcks genom vitesbeloppet ska räknas av. Detta gör att vitesbeloppet tillsammans med skadeståndet ersätter hela skadan.⁵⁷⁰

Att den skadevällande på detta sätt blir ersättningsskyldig för hela skadan är också, vilket kommer att utvecklas i kapitel 10 och 11, en regel

568. A. a. p. 22 med hänvisning till »Skadorna på Läckebys arbeten«, p. 7. Se även »Den försenade kraftverksgeneratorn«, p. 13, av vilket det framgår att hänsyn till avtalets systematik ska tas vid tolkningen av avtalet.

569. »Det Andra Bolaget«, p. 35. En liknande läsning gör Tørum, *Interpretation of commercial contracts*, s. 172.

570. Att kumulation av vite och skadestånd inte sker är i linje med uppfattningen i litteraturen, se till exempel Serlachius, *Lärobok i obligationsrätten*, s. 22, Fehr, *Om vitesbestämmelser*, s. 21 f., Rodhe, *Obligationsrätt*, s. 520, Almén, T. och Eklund, R. (1960), *Om köp och byte av lös egendom: kommentar till lagen den 20 juni 1905*, s. 319 samt Olsen, *Ersättningsklausuler*, s. 134.

som maximerar parternas sammanlagda nytta i valet mellan fullgörelse och icke-fullgörelse. Detta är således ett typexempel på hur ekonomisk teori och analys används för att besvara en svag rättspolitisk fråga.

8.4.2 Avtalsvite och prisavdrag

I förhållande till vite och skadestånd intar prisavdraget en särställning. Det har vissa gemensamma drag med skadeståndet, eftersom det innebär en ekonomisk överföring från en avtalspart till en annan, och jag har därför valt att behandla det vid sidan av övriga påföljder.

Som avtalsbrottspåföljd förekom prisavdrag i den gamla köplagen, då som en nyhet.⁵⁷¹ Numera återfinns prisavdraget också som en påföljd i den allmänna avtalsrätten, med syfte att »återställa balansen mellan prestation och pris».⁵⁷² Återställandet kan göras på två sätt: antingen genom att köparen betalar ett lägre belopp till säljaren, eller att köparen, efter att det fulla priset har betalats, återkräver det som motsvarar prisavdraget.⁵⁷³

Av jämförelsen mellan 2010 och 2014 års fall ovan följer att den dispositiva rätten saknar en regel som styr relationen mellan avtalsvite och skadestånd. Slutsatsen i 2010 års fall säger emellertid ingenting om relationen mellan vite och andra påföljder.

Prisavdrag är enligt köplagen förenligt med skadestånd, med undantag för sådant skadestånd som omfattar förlust som kompenseras genom

571. Hellner m. fl., *Kontraktsrätt: allmänna ämnen*, s. 179. Se även Zimmermann, R. (1996), *The law of obligations: Roman foundations of the civilian tradition*, s. 318 ff. för en redogörelse för prisavdragets motsvarighet – *actio quanti minoris* – från den romerska rätten. Se även motsvarande bestämmelser i PECL artikel 9:401 och DCFR III – 3:601.

572. »Högscoleavgiften», p. 22 och 24.

573. Hellner m. fl., *Kontraktsrätt: allmänna ämnen*, s. 180. Se även Hagstrøm, *Obligasjonsrett*, s. 413 ff.

prisavdrag.⁵⁷⁴ Med tidigare nämnda likheter mellan köplagen och den allmänna avtalsrätten bör man därför kunna utgå från att prisavdraget i den allmänna kontraktsrätten är förenligt med skadestånd enligt det positiva intresset. Jag kommer därför att utgå från att det som sägs om förhållandet mellan prisavdrag enligt köplagen och skadestånd också gäller i förhållandet mellan dessa påföljder i den allmänna avtalsrätten.⁵⁷⁵

Det som komplicerar prisavdragets relation till vitet är att prisavdraget regelmässigt ska dras av när ett eventuellt kompletterande skadestånd beräknas.⁵⁷⁶ Att hålla isär dessa kan göras på olika sätt. Ett sätt som förekommer i doktrin är att se prisavdraget som att det återställer balansen i avtalet medan skadeståndet syftar till att justera resultatet.⁵⁷⁷ Men ett avtalsvite tar inte hänsyn till olika kostnadsposter, utan utgår med anledning av avtalsbrott och det utan anknytning till balansen eller resultatet.

Hur detta hör samman kan visas med ett par exempel. Ett avtal mellan A och B innehåller en huvudförpliktelse för A. Denna överträds och B kräver prisavdrag. Prisavdraget, beräknat enligt reglerna i den allmänna avtalsrätten, uppgår till 10 000 kr. Skadestånd enligt det positiva intresset uppgår till 30 000 kr, och avser kostnader som inte omfattas av prisavdraget. I det fallet ska säljaren betala 40 000 kr till köparen. Detta gäller också för det fall köplagen hade varit tillämplig (under förutsättning att den skadevållande hade varit försumlig på så sätt som framgår av 40 § 3 st.).

574. Se även Regeringens proposition 1988/89:76. Ny köplag, s. 133 och Kihlman m. fl., *Köplagen: en kommentar*, s. 395.

575. Att beräkningsgrunden är densamma vid prisavdrag enligt den allmänna avtalsrätten som vid köplagen framgår av Hellner m. fl., *Kontraktsrätt: allmänna ämnen*, s. 181.

576. Kihlman m. fl., *Köplagen: en kommentar*, s. 395 och Herre, J. (1999), *Relationen mellan prisavdrag, avhjälpandekostnadsersättning och skadestånd – några systematiska reflexioner mot bakgrund av NJA 1998 s. 792* i Rättsvetenskapliga studier tillägnade minnet av Knut Rodhe, s. 150 f.

577. Kihlman m. fl., *Köplagen: en kommentar*, s. 395.

Om det dessutom förekommer ett avtalsvite på 50 000 kr kopplat till överträdelse av huvudförpliktelsen, skulle det med tillämpning av principen om avtalsbundenhet innebära att vitet ska utgå med 50 000 kr. I och med att skadan understiger vitet kommer skadestånd inte att utgå. Den skadelidande blir ersatt med 10 000 kr för prisavdrag och 50 000 kr enligt avtalsvitet. Eftersom prisavdraget minskar skadeståndet (och inte tvärtom) kommer överlappande prisavdrag och skadestånd inte att påverkas av ett avtalsvite. Prisavdraget blir detsamma, det vill säga 10 000 kr. Att skadestånd enligt det positiva intresset inte ska utgå följer av att skadan på 30 000 kr täcks av de 50 000 kr som utgår genom avtalsvitet. Det kvarstår därför ingen skada att ersätta, utan summan blir 60 000 kr även i detta fall.

Om vitesbeloppet istället är på 20 000 kr gäller att de del av skadan som inte täcks av vitesbeloppet ersätts med skadestånd. I sådana fall kommer vite att utgå med 20 000 kr, prisavdrag med 10 000 kr och resterande del, det vill säga 10 000 kr, ersätts som skadestånd.

8.4.3 Avtalsvite och övriga påföljder

Vad gäller rätten till fullgörelse angav redan förslaget till Handels Balk från 1815 att avtalsvitet inte påverkar denna rätt: »Genom witets betalning ware man ej från förbindelsen fri, der icke sådant förord skett.»⁵⁷⁸ Olsen anser att »enbart förekomsten av en ersättningsklausul inte hindrar borgenären från att kräva fullgörelse in natura».⁵⁷⁹ Detta gäller också enligt köplagen, både såvitt gäller dröjsmål som fel. I avsaknad av andra uttalanden bör detta alltså gälla.

Angående rätten till hävning framgår av det tidigare nämnda NJA 1917 s. 58, att beställaren oavsett den i avtalet intagna vitesutfästelsen

578. 1815 års förslag till Handels Balk, 15 kap. 3 §.

579. Olsen, *Ersättningsklausuler*, s. 148. Se även Bruserud, H. (2010), *Hardshipklausuler*, s. 127 f. att ett avtalsvite inte kan tolkas som att parterna har avtalat bort rätten till fullgörelse.

haft rätt att på så sätt som skett häva avtalet och att erhålla ersättning för skada som beställaren lidit genom dröjsmålet. Här gjorde domstolen således ingen skillnad mellan skadestånd och övriga påföljder på så sätt som görs i avhandlingen. Av domskälen framgår emellertid inte – precis som i 2010 och 2014 års fall – om denna rättsverkan följer av en tolkning av avtalet eller om den följer genom tillämpning av den dispositiva rätten. Närmast till hands ligger enligt mig att domstolen tolkat avtalet, vilket gör att några generella slutsatser inte kan dras av avgörandet.

Slutsatsen i denna del får därför bli att avtalsvitet som huvudregel inte påverkar vare sig rätten till fullgörelse eller rätten till hävning. Är rekvisiten för respektive avtalsbrottpåföljd uppfyllda saknar därför uppkomsten av en vitesfordran betydelse. Detta är också i linje med hur dessa avtalsbrottpåföljder förhåller sig till skadestånd enligt köplagen, och i brist på auktoritativa uttalanden som säger motsatsen bör samma sak gälla också för avtalsviten. På så sätt uppkommer också en hög grad av samstämmighet i relationen mellan avtalsvite och de dispositiva avtalsbrottpåföljderna. Uppkomsten av en vitesfordran påverkar inte tillämpningen av någon av dessa, med undantag för skadestånd, där skadeståndet ersätter den del av skadan som inte täcks av vitesbeloppet.

9 JÄMKNING AV AVTALSVITEN

9.1 INLEDNING

DETTA KAPITEL INNEHÅLLER en undersökning av förutsättningarna för att enligt 36 § avtalslagen jämkna avtalsviten.⁵⁸⁰ I kapitlet undersöker jag två sorters jämkning. Den ena är den »traditionella» metoden för jämkning av avtalsviten, där vitesbeloppet genom jämkningen får ett annat värde än vad parterna avtalat. Den andra är en mindre uppmärksammas typ av jämkning, som förutsätter att avtalsvitet är exklusivt. I detta fall sker jämkningen av den avtalsnorm vars rättsverkan gör avtalsvitet exklusivt.⁵⁸¹ Dessa två typer av jämkning kallas nedan för jämkning av typ (1) respektive jämkning av typ (2). Därefter kommer jag gå igenom jämkning av ansvarsbegränsningar och ansvarsfriskrivningar och kommer argumentera för att jämkning av dessa sker genom att jämkna samma slags norm som används vid jämkning av typ (2). Som avslutning ska jag också undersöka

580. Här ska inte göras någon omfattande studie av 36 §. För sådana, se till exempel Wilhelmsen, T.-L. (1995), *Avtalelovens § 36 og økonomisk effektivitet*. Tidsskrift for Rettsvitenskap, s. 36 ff., von Post, C.-R. (1999), *Studier kring 36 § avtalslagen med inriktning på rent kommersiella förhållanden*, Gorton, L. (1999), *Något om 36 och 38 §§ i 1915 års avtalslag – då och nu* i Rättsvetenskapliga studier till minnet av Tore Almén, Norlén, A. (2004), *Oskälighet och 36 § avtalslagen*, Lindskog, S. (2005), *Oskälighetsbegreppet i 36 § avtalslagen – synpunkter på en doktorsavhandling*. Juridisk tidskrift vid Stockholms universitet, s. 275 ff. samt Lyng Andersen, L. (2018), *Aftalelovens § 36: fra kontraktfrihed til urimelighedskontrol* som exempel på framställningar som behandlar 36 § ur ett mer allmänt perspektiv.

581. Samma sak gäller om denna begränsning framgår av sedvana eller handelsbruk, om inte annat uttryckligen framgår.

i vilken mån normer för jämkning av ansvarsbegränsningar kan användas för jämkning av typ (1) av avtalsviten.

9.2 ALLMÄNT OM JÄMKNING

9.2.1 Utgångspunkter

Den svenska förmögenhetsrätten tillerkänner parterna en omfattande avtalsfrihet. Denna avtalsfrihet inkluderar också vitesbeloppets storlek, vilket parterna som utgångspunkt därför har frihet att ange till vilket belopp de vill. Avtalsfriheten i denna del kan jämföras med den tidigare strikta hållningen som i *common law*-rättsordningar förekom mot *penalty clauses*, en klausultyp där det avtalade beloppet inte hade något samband med (den förväntade) skadan. Sådana klausuler var förbjudna och fick därför inte tillämpas. Otillåtna *penalty clauses* har sin motsats i *liquidated damages clauses*. De senare utgår från en på förhand uppskattad relation mellan det avtalade beloppet och skadan och är som utgångspunkt giltiga. Följande är ett exempel på hur klausulerna bedöms.

Whether a provision in a contract constitutes a genuine pre-estimate of the likely loss or a penalty clause has been held to depend on the parties' intention at the time when they concluded the contract; and the English courts have identified a number of factors to assist them in determining that intention.⁵⁸²

582. Zimmermann, R. (2018), *Art 9:509: Agreed Payment for Non-performance* i Commentaries on European contract laws, s. 1543. Se även Goetz, C. J. och Scott, R. E. (1977), *Liquidated Damages, Penalties and the Just Compensation Principle: Some Notes on an Enforcement Model and a Theory of Efficient Breach*. Columbia Law Review, s. 555, Kornhauser, L. A. (1983), *Reliance, Reputation, and Breach of Contract*. The Journal of Law & Economics, s. 703 och Rea, S. A. (1984), *Efficiency Implications of Penalties and Liquidated Damages*. The Journal of Legal Studies, s. 147. Även Olsen, L. (1986), *Ersättningsklausuler*:

År 2015 kom emellertid två fall från engelska Supreme Court. Det ena fallet rörde miljonbelopp medan det andra rörde en parkeringsbot på 85 pund. Båda gällde emellertid relationen mellan det avtalade beloppet och skadan. Av den avgörande formuleringen framgick bland annat att förbudet mot *penalty clauses* ansågs vara »an ancient, haphazardly constructed edifice which has not weathered well». ⁵⁸³ Domstolen avskaffade emellertid inte helt förbudet mot att använda klausultypen, men förbudet har efter rättsfallen blivit mer nyanserat. ⁵⁸⁴

Inte heller för svenskt vidkommande är avtalsfriheten obegränsad. Till exempel kan ett avtalsvillkor jämkas eller lämnas utan avseende i enlighet med 36 § avtalslagen, vilken är tvingande. ⁵⁸⁵ Jämkning innebär att ett avtalsvillkor tillämpas med annat innehåll än vad som följer av en korrekt utförd tolkning. Att ett villkor lämnas utan avseende innebär att det betraktas som obefintligt. ⁵⁸⁶

Jämkning och åsidosätta förutsätter ett dessförinnan fastställt avtalsinnehåll, »först måste en bestämmelses innebörd och tillämplighet fastställas innan dess skälighet provas». ⁵⁸⁷ Därutöver krävs att parterna har olika uppfattning om avtalets (eller enskilda avtalsvillkors) skälighet, och att den part som har åberopsbördan åberopar omständigheter till

vite och andra avtalade ersättningar vid kontraktsbrott, s. 42 ff. redogör för dessa båda klausultyper.

583. Cavendish Square Holding BV. v. Talal El Makdessi, p. 3.

584. Zimmermann, *Art 9:509: Agreed Payment for Non-performance*, s. 1543.

585. SOU 1974:83. Generalklausul i förmögenhetsrätten, s. 16.

586. Proposition 1975/76:81 med förslag om ändring i lagen (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område, m. m., s. 34. Nedan kommer jag att använda »bortse ifrån» och »åsidosättande» synonymt med »lämna utan avseende».

587. Adlercreutz, A. och Gorton, L. (2010), *Avtalsrätt II*, s. 118.

stöd för jämkning. En eventuell förändring av avtalsinnehållet kommer därför ske till förmån för ena parten och till nackdel för den andra.⁵⁸⁸

Jämkning aktualiseras inte om avtalet genom tolkning får ett innehåll som om det hade jämkats. Ett exempel på detta är de tolkningsregler som säger att friskrivningar i standardavtal ska tolkas restriktivt.⁵⁸⁹ Under förutsättning att ett avtalsvite tolkas enligt denna tolkningsregel skulle rättsverkan bli densamma som om jämkning skett och skäl för jämkning föreligger därför inte längre.

9.2.2 Jämkning och åsidosättande enligt typ (1)

Rättsverkan vid jämkning av typen (1) är att det oskäliga vitesbeloppet korrigeras och sedan fylls ut med ett annat belopp, över- eller understigande det tidigare.⁵⁹⁰ För detta slags jämkning finns således följande alternativa utfall.

(9.1) Vitesbeloppet jämkas till ett högre belopp (»uppåt«).

(9.2) Vitesbeloppet jämkas till ett lägre belopp (»nedåt«).

Jämkning följer i detta fall av tillämpning av en positiv tvingande norm. Normen korrigerar villkoret genom att först eliminera det och därefter fylla ut det. En motsvarande utfyllning saknas vid tillämpning av negativa tvingande normer. En sådan norm korrigerar vitesbeloppet endast genom eliminering, det vill säga det som lagtexten kallar »lämnas utan avseende«. Detta hindrar i sig inte att utfyllning kan ske, men om så

588. Munukka, J. (31 december 2012), *Lag (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område* 36 §, avsnitt 2.1: »Jämkning sker oftast i form av en lättnad av en parts börda eller ett bortfallande av en befogenhet hos motparten. (...) Slutresultatet ska bli en för båda parterna skälig nivå, utan punitiva inslag.»

589. Se litteraturen i fotnot nr 547.

590. Se till exempel skiljenämndens uttalande i Svea hovrätts dom i mål T 1085 – 11, »Profilgruppen mot KPMG«, att den inte kan »nöja sig med att konstatera att ansvarsbegränsningen är oskälig; den måste ge begränsningen ett godtagbart innehåll«.

sker, sker den genom tillämpning av dispositiv rätt, det vill säga andra normer än den negativa tvingande norm som åsidosatte avtalsinnehållet.

Distinktion mellan jämkning och åsidosättande och därmed mellan positiva och negativa tvingande normer är särskilt relevant vid frågan om ett avtalsvillkor är oskäligt enligt lag (1994:1512) om avtalsvillkor i konsumentförhållanden med hänvisning till rådets direktiv 93/13/EEG av den 5 april 1993 om oskäliga villkor i konsumentavtal. Enligt artikel 6.1 i direktivet ska medlemsstaterna bland annat föreskriva att oskäliga villkor som används i avtal som en näringsidkare sluter med en konsument inte är, på sätt som närmare stadgas i medlemsstaternas nationella rätt, bindande för konsumenten. Vidare gäller enligt beaktandesatserna att medlemsstaterna ska säkerställa att oskäliga villkor inte förekommer i avtal som näringsidkare sluter med konsumenter.

Ett avtalsvillkor som omfattas av direktivets tillämpningsområde får enligt EU-domstolen inte jämkas utan ska – om det är oskäligt och därmed inte bindande – åsidosättas. Därefter kan avtalet eventuellt fyllas ut med en dispositiv rättsnorm.⁵⁹¹

EU-domstolens uppfattning av hur direktivet (numera) ska tillämpas är oförenlig med hur de svenska förarbetena uppfattade direktivet. I förarbetena berördes uttryckligen frågan om jämkning enligt 36 § och dess förenlighet med direktivets krav på att ett oskäligt villkor inte ska binda konsumenten. Utredningens läsning av »inte ska binda« var att

591. Detta framgår av C-618/10, Banco Español de Crédito, p. 73, C-488/11, Asbeek Brusse och de Man Garabito, p. 57 och 60, C-26/13, Kásler och Káslerné Rábai, p. 80 och 82 samt C-482/13, C-484/13, C-485/13 och C-487/13, Unicaja Banco SA och Caixabank SA, p. 29. Se även Munukka, J. (2017), *36 § avtalslagen som universalverktyg mot friskrivningar och ansvarsbegränsningar* i Stockholm Centre for Commercial Law. Årsbok IX., s. 228 och Bernitz, *Standardavtalsrätt*, s. 174 ff.

»regeln i vart fall ger utrymme för den tolkningen att de nationella lagarna skall föreskriva att ett oskäligt villkor inte blir gällande mot konsumenten enligt sitt innehåll» och att detta innebar att den svenska regeln med möjlighet till jämkning kunde behållas.⁵⁹² I och med rättsfallen från EU-domstolen kan konstateras att förarbetenas slutsatser i denna del numera är felaktiga.⁵⁹³

Ett påstått specialfall av jämkning nedåt är jämkning till noll, vilket enligt uttalanden i litteraturen likställs både med »lämnas utan avseende» som ogiltighet.⁵⁹⁴ Detta är emellertid inte samma sak, eftersom jämkning och lämna utan avseende bygger på tillämpning av olika slags tvingande normer (vilket i sig är möjligt i och med hur 36 § är konstruerad) och får olika konsekvenser för den skadelidande. Eftersom jämkning, men inte åsidosättande, utesluter tillämpningen av den dispositiva rätten såvitt gäller den del som jämkats (eftersom den dispositiva rätten bara kan tillämpas vid en lucka, och sådana existerar inte vid jämkning), saknar den skadelidande möjligheter att få ekonomisk ersättning för överträdelse av huvudförpliktelsen. Detta utgör i sig ingen skillnad mot att vitesbeloppet jämkas till ett belopp större än noll. I samtliga dessa fall omfattar rättskraften möjligheten att i en senare process yrka ersättning för återstående del, om det jämkade beloppet understiger skadan. Den skadelidande är därför enligt 17 kap. 11 § rättegångsbalken förhindrad att på nytt väcka talan i saken.

592. Ds 1994:29. Oskäliga avtalsvillkor m.m. Införlivande med svensk rätt av EG:s direktiv om oskäliga villkor i konsumentavtal, s. 66 f. Se även Regeringens proposition 1994/95:17. Oskäliga avtalsvillkor m.m. Införlivande med svensk rätt av EG:s direktiv om oskäliga avtalsvillkor i konsumentförhållanden, s. 55 f. för samma slutsats.

593. Munukka, 36 § *avtalslagen som universalverktyg*, s. 228 f., Bernitz, *Standardavtalsrätt*, s. 181 f. och Bernitz, U. (2019), *Oklarhetsregeln och oskäliga avtalsvillkor: ny rättsutveckling för konsumentavtal*. Svensk Juristtidning (pre-print), vid fotnot nr 61-63.

594. Grönfors, K. och Dotevall, R. (2016), *Avtalslagen: en kommentar*, s. 213.

Ett annat specialfall är om vitesbeloppet jämkas till det positiva intresset. Rättsverkningarna i form av en betalningsskyldighet av en sådan jämkning (med användning av en positiv tvingande norm) blir desamma som om en negativ tvingande norm har tillämpats och den lucka som uppstår fylls ut med den dispositiva regel som ger ersättning enligt det positiva intresset. Det är också enbart i denna situation som det är oklart om en positiv eller negativ tvingande norm har använts.

Om avtalsvitet i dess helhet istället åsidosätts innebär det att skadestånd kan krävas enligt samma regler som om avtalsvitet inte hade funnits. Om åsidosättandet enbart gäller vitesbeloppet innebär det att den skadelidande måste styrka skadan men att övriga delar kvarstår.

9.2.3 Jämning och åsidosättande enligt typ (2)

Jämkning enligt typ (2) skiljer sig från ovanstående jämkning. Vid jämkning enligt typ (2) jämkas istället den norm som gör avtalsvitet exklusivt. Mot bakgrund av vad som framgår av kapitel 8, att den dispositiva rätten inte innehåller någon sådan norm, är det främst andra slags normer som ger denna rättsverkan, till exempel avtalsnormer genom en *sole remedy*-klausul.⁵⁹⁵ Sådana normer kan jämkas eller åsidosättas enligt följande.

- (9.3) Normen jämkas → ersättning enligt avtalsvitet samt i olika hög grad ersättning enligt dispositiv rätt beroende på hur jämkningen sker.
- (9.4) Normen lämnas utan avseende → normen existerar inte. Rätt till ersättning enligt avtalsvitet samt det positiva intresset för den del av skadan som överstiger vitesbeloppet.

De ekonomiska effekterna av jämkning enligt typ (1) eller typ (2) kan bli desamma. Den avgörande skillnaden är istället de processrättsliga

⁵⁹⁵ Se avsnitt 8.2.1 ovan.

konsekvenserna. Om jämkning sker enligt (1) innebär det enbart en förändring av vitesbeloppet. Detta gör att den skadelidande inte behöver visa vare sig skada eller vårdslöshet för att det jämkade vitesbeloppet ska betalas ut. Däremot saknar parten möjlighet att, om vitesbeloppet jämkas till ett belopp lägre än det positiva intresset, söka ersättning för den del av skadan som inte ersätts av vitesbeloppet. Den skadelidande har inte heller möjlighet att i en ny process återkomma och kräva denna återstående del, eftersom en sådan process omfattas av rättskraften i den första domen. Vid variant (2) inträffar inte den jämkade normens rättsverkan, och den skadelidande har möjlighet att i samma process söka ersättning enligt dispositiv rätt och enligt det positiva intresset.⁵⁹⁶

9.3 NUVARANDE OCH TIDIGARE LAGSTIFTNING

Före avtalslagen saknades regler om jämkning av avtalsviten.⁵⁹⁷ Detta gjorde rättsläget okomplicerat, eftersom avsaknad av regler också innebar avsaknad av möjligheter till jämkning. Sjögren skrev att oavsett hur behjärtansvärt det än må vara, »den svenska domaren icke anser sig ega befogenhet att nedsätta ett vite, som kan synas oskäligt». ⁵⁹⁸ Almén konstaterade i sin kommentar till köplagen, att det innan avtalslagen trädde i kraft gällde att »[i]cke ens i det fall, att vitet stått i uppenbart missförhållande till köparens intresse i avtalets fullgörande, torde enligt förut gällande svensk rätt åt domstol kunnat inrymmas någon diskretionär

596. Det var också så som ProfilGruppen i första hand lade upp sin talan i målet mot KPMG (se nedan).

597. NJA II 1915, n:r 5:1. Lag om avtal m.m. på förmögenhetsrättens område, s. 269 ff.

598. Sjögren, W. (1903), *Anm. af Julian Serlachius: Läroböcker i Sakerätt och Obligationsrätt*. Tidsskrift for Retsvidenskab, s. 204.

befogenhet att nedsätta beloppet». ⁵⁹⁹ Fehr ansåg att det i svensk rätt inte fanns några möjligheter att jämka avtalsviten samt att det i »öfrigt förefinns äfven de lege ferenda betänkligheter mot domarens rätt att nedsätta vite, nämligen ur rättssäkerhetens synpunkt». ⁶⁰⁰

Som ett exempel på rättstillämpningen från tiden före avtalslagen kan nämnas NJA 1898 s. 117.

Enligt ett certeparti åtog sig befälhavaren att från England frakta minst 1 150 och max 1 285 ton järnrör. Fartyget hade utöver denna last rätt att komplettera sin last från andra befraktare. Frakten utgjorde 6 shilling för varje ton järnrör. Enligt certepartiet utgick skadestånd med det beräknade fraktbeloppet vid fall av bristande uppfyllelse. Firman stämde befälhavaren för avtalsbrott, vilket bestod av att han i strid med avtalet först lastat 150 ton järntackor. Denna ytterligare last gjorde dels att järnrören fick lastas om från en annan kaj, vilket ledde till dröjsmål, dels att – eftersom fartyget hade en mindre maxlast än vad tidigare uppgetts – 1 138 ton järnrör kunde lastas, det

599. Almén, T. och Eklund, R. (1960), *Om köp och byte av lös egendom: kommentar till lagen den 20 juni 1905*, s. 320. Ett liknande uttalande förekommer i Almén, T., Eklund, R., och Nordström, T. (1997, urspr. publ. 1968), *Lagen om avtal*, s. 140. Båda uttalanden återfinns också i äldre upplagor av respektive kommentar. Se för detta, Almén, T. (1916), *Lagen om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område av den 11 juni 1915 samt därav föranledda författningar: med litteraturhänvisningar och förklarande anmärkningar*, s. 214 samt Almén, T. (1906), *Om köp och byte af lös egendom: kommentar till lagen den 20 juni 1905. Första delen, Omfattande §§ 1–41*, s. 336.

600. Fehr, M. (1913), *Om vitesbestämmelser i aftal enligt svensk rätt: en profföreläsning*, s. 17.

vill säga 12 ton eller ca 1 % mindre än vad som avtalats. Rådhusrättens dom, vilken fastställdes av alla instanser, dömde ut skadestånd enligt avtalet.⁶⁰¹

Denna svenska inställning till parternas avtalsfrihet förklaras av Generalklausulutredningen, när den gick igenom grunderna för den då gällande förmögenhetsrättsliga lagstiftningen och dess tillkomst under 1900-talets första decennier.

Dessa lagar präglas av den sedan gammalt förhärskande uppfattningen att en inom det förmögenhetsrättsliga området i laga form och utan viljefel tillkommen rättshandling så gott som undantagslöst skall vara bindande för den som har företagit rättshandlingen. Lagstiftaren har betraktat avtalskontrahenterna som två socialt och ekonomiskt likställda parter och har i konsekvens härmed överlämnat åt dem att själva ta till vara sina intressen.⁶⁰²

Inställningen till jämkning var liknande i Danmark och Norge. Enligt finsk rätt, som liksom Sverige i dessa delar fortfarande använde 1734 års lag, fanns däremot enligt Serlachius möjlighet att sätta ner ett vite som var »öfverhöfvan högt« till ett skäligt belopp. Om denna möjlighet för domstolarna inte fanns skulle användningen av avtalsvitet leda till så svåra missbruk, att »detsamma såsom sådant, så snart sagdt outhärligt det än är, måste helt och hållet ogillas« samt huruvida en domstol »eger

601. I referatet används skadestånd för det som i avhandlingen kallas avtalsvite. Här kan också noteras att ersättningen beräknades med utgångspunkt i den faktiska lasten, 1 185 ton. Med 6 shilling i frakt per ton blev skadeståndet $6 / 20 \times 1\,185 = 341,4$ pund vilket också var det omstämda beloppet. Konsekvent applicerat skulle det i så fall innebära att ju närmare den avtalade mängden, desto högre skulle skadeståndet bli samt att om ingen last alls togs med skulle skadeståndet logiskt sett bli noll.

602. SOU 1974:83, s. 31. Se även prop. 1975/76:81, s. 100 för en liknande beskrivning.

nämnda befogenhet, därom lämnar 1734 års lag icke något tvifvel öfrigt». ⁶⁰³ Denna läsning av 1734 års lag kritiserades emellertid av Sjögren, som ansåg att möjligheten att sätta ner ett oskäligt vite inte var befogad och att det kunde »ifrågasättas huruvida icke det, som man härmed skulle vinna i billighet, mer än uppväges af hvad man skulle förlora i rättssäkerhet». ⁶⁰⁴

Med avtalslagen infördes möjligheten att jämka vitesbeloppet nedåt. Enligt den dåvarande 36 § fick vitet »nedsättas efter ty skäligt prövas, såframt utkrävandet av vad utfäst blivitt finnes vara uppenbart obilligt». Bestämmelsen motiverades med behovet att begränsa den rådande friheten att avtala viten till hur höga belopp som helst och att det »måste säkerligen mången gång kännas i hög grad motbjudande för domaren att nödgas utdöma viten, vilka uppenbarligen överstiga rimlighetens gränser». Med kravet på uppenbart obilligt menade man att risken för missbruk från rättstillämparen minimeras. Av ett med nödig varsamhet präglat handhavande skulle inte heller stadgandet uppmuntra till kontraktsbrott eller ge upphov till obefogad vägran att gälda ett förverkat vite. ⁶⁰⁵

Någon diskussion om möjligheten att jämka uppåt förekom inte i förarbetena. Detta nämns inte heller i någon litteratur från perioden som den gamla 36 § var i bruk. Detta kan förvisso ha sin förklaring i

603. Serlachius, J. (1902), *Lärobok i obligationsrättens allmänna del enligt finsk rätt*, s. 21 f. Stöd för uppfattningen hittade Serlachius bland annat i domarreglerna. Se även rättsfallsreferatet i (1915), *Tidskrift utgiven av Juridiska Föreningen i Finland*, s. 301 ff. med rubriken »Eger domstol pröfva, huruvida utfäst aftalsvite är oskäligt?» enligt vilken domstolen åsidosatte ett vite, »då icke ens påståtts att bolaget genom Petter Rovios förenämnda uraktlåtenhet tillskyndats någon skada».

604. Sjögren, *Anm. af Julian Serlachius: Läroböcker i Sakerätt och Obligationsrätt*, s. 304.

605. Förslag till lag om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område m.m., s. 149 ff. (i förslaget återfinns jämningsbestämmelsen i 37 §).

bestämmelsens lydelse. Samtidigt är Rodhes uttalande belysande för synen på viten, att »[e]rfarenheten visar att avtal ofta träffas om alltför höga vitesbelopp« utan att redovisa några belägg för påståendet.⁶⁰⁶ Detta kan i sin tur jämföras med de mer nutida Gorton och Kihlman. Gorton skriver att »den schabloniserade ersättningen ofta är tämligen låg i förhållande till vad en skadeståndsansättning skulle ha givit« medan Kihlman menar att »[i] allmänhet har viten en ansvarsbegränsande funktion«.⁶⁰⁷ Inte heller för dessa uppfattningar åberopas något stöd, och att viten har en sådan ansvarsbegränsande funktion är – mot bakgrund av kapitel 8 – tveksamt.⁶⁰⁸ Vad gäller rättspraxis där jämkning har utgjort huvudfråga återfinns mestadels notisfall.⁶⁰⁹

Med den nuvarande 36 § togs de speciella reglerna om jämkning av viten bort. Jämkning skulle i fortsättningen göras enligt den nya bestämmelsen, vilken också gav möjlighet att lämna vitet utan avseende.⁶¹⁰ Generalklausulutredningen gjorde en rad generella uttalanden om viten, bland annat att det inte fanns anledning att i jämningshänseende göra skillnad mellan viten »som antas ha till uppgift att utgöra en påföljd av penal karaktär« och sådana villkor »som har till syfte att ge en part en normaliserad ersättning för ett särskilt slag av förlust«. Den första sorten kallas också för *typiska viten*. Men oavsett detta kan domstolen vid en uppkommen fråga om jämkning behöva beakta om vitesbeloppet är satt »att förekomma det handlingssätt som medfört att vitet utgår« eller om det är en normaliserad ersättning för förlust.⁶¹¹

606. Rodhe, K. (1956), *Obligationsrätt*, s. 595. Jfr Gorton, *Något om 36 och 38 §§*, s. 109.

607. Mig veterligen finns ingen svensk empirisk studie i ämnet.

608. Kihlman, J., Munukka, J., och Svensson, O. (2017), *Köplagen: en kommentar*, s. 612.

609. Olsen, *Ersättningsklausuler*, s. 99 ff. Jfr emellertid NJA 1964 s. 532 där häradsrätten satte ner vitet till hälften men där någon prövning av jämningsfrågan aldrig gjordes av Högsta domstolen.

610. SOU 1974:83, s. 124 f.

611. A. a. s. 170.

Såvitt gäller de allmänna förutsättningarna för jämkning ansåg utredningen att de synpunkter som anfördes i den tidigare formuleringen av 36 § och motiven därtill till stor del behöll sin giltighet. I förgrunden för bedömningen skulle därför vid typiska viten förhållandet mellan överträdelsens karaktär och den ekonomiska förlusten å ena sidan samt vitets belopp å andra sidan hamna i förgrunden. Hänsyn skulle även tas till det intresse som den berättigade i övrigt kan ha haft i handlingens företagande eller underlåtande och till omständigheterna vid vitesbestämmelsens tillkomst. Utredningen påpekade vidare att det vid tillämpningen av den nya 36 § måste uppmärksammas att de allmänna förutsättningarna för jämkning uppmjukas och att domstolarna därför får större frihet att jämka än tidigare.⁶¹²

Vad gäller klausuler av reparativ karaktär (så kallade normativa skadestånd), »har man att bedöma om jämkning skall kunna ske på grund av att förlusten i det särskilda fallet klart understiger det fastställda beloppet».⁶¹³

Som ett exempel tas att om ersättningen som säljaren betingar sig klart överstiger det positiva kontraktsintresset torde förutsättningar för jämkning ofta föreligga. Utredningen menade också att det bör finnas möjlighet att med stöd av generalklausulen jämka inte bara för höga viten utan också viten och motsvarande ersättningar som har blivit för låga, under förutsättning att »den som är skyldig att utge vitet fritagit sig från ersättningsskyldighet i övrigt».⁶¹⁴

Till skillnad från utredningen var departementschefen tveksam till möjligheten att jämka uppåt, och menade att det sällan »torde bli aktuellt att tillämpa generalklausulen för höjning av ett avtalat vite». Han gav emellertid några exempel på när detta ändå kan ske, som om »exempelvis en vitesklausul i ett avtal mellan näringsidkare och konsument

612. A. a. s. 170 f. Samma synpunkter återkommer i prop. 1975/76:81, s. 140.

613. SOU 1974:83, s. 171.

614. A. a. s. 172.

i realiteten innebär en begränsning av ett skadeståndsansvar som annars skulle åvila näringsidkaren och det avtalade beloppet framstår som oskäligt lågt». Även en överlägsen part som drivit igenom ett villkor som innebär en sådan betydande begränsning av hans ersättningsskyldighet kan få finna sig i att ersättningen jämkas uppåt, särskilt om motparten kan visa att han har gjort en förlust som avsevärt överstiger den i avtalet föreskrivna ersättningen.⁶¹⁵

I övrigt instämde departementschefen med utredningen, bland annat att det i första hand vid tillämpning av 36 § vitets belopp bör ses i relation till överträdelsens karaktär och den ekonomiska förlusten. Vidare bör det intresse som den berättigade har av att den vitessanktionerade handlingen företas eller underlåts samt omständigheterna vid avtalets tillkomst och ändrade förhållanden tas hänsyn till.

I Generalklausulutredningen och i propositionen nämns den dispositiva rätten som det relevanta jämförelsematerialet vid skälighetsprövningen. Utredningen citerade ett uttalande från förarbetena till den dåvarande lagen om avtalsvillkor i konsumentförhållanden.⁶¹⁶

De rättstillämpande myndigheternas bedömning skall alltså ske med utgångspunkt i en jämförelse med de verkningar som skulle följa av gällande rättsregler, främst då köplagens dispositiva bestämmelser. När det gäller att bedöma hur stora avvikelser från dessa regler som skall tolereras har man givetvis att beakta i vad mån de aktuella rättsreglerna verkligen återspeglar det rättstillstånd som under rådande samhällsförhållanden anses önskvärt.⁶¹⁷

⁶¹⁵. Prop. 1975/76:81, s. 142.

⁶¹⁶. SOU 1974:83, s. 137 f.

⁶¹⁷. Kungl. Maj:ts proposition till riksdagen med förslag till lag om förbud mot otillbörliga avtalsvillkor, m.m. Proposition 1971:15, s. 71. Denna är numera ersatt av lagen (1994:1512) om avtalsvillkor i konsumentförhållanden.

Motsvarande överväganden kunde enligt utredningen läggas till grund för tillämpningen av generalklausulen, även om det måste tas hänsyn till de enskilda variationerna. I både utredningen och propositionen upprepas detta, och båda betonade förlusten som det väsentliga jämförelse-materialet.⁶¹⁸

Avslutningsvis är den litteratur som publicerats efter att den nya 36 § infördes enig kring möjligheten att jämkna viten i båda riktningar. Emellertid förekommer alltjämt en skillnad där jämkning neråt framställs som vanligare. Tidigare har nämnts Olsens framställning, som till stora delar består av en redogörelse för den gamla 36 § (som av naturliga skäl enbart handlar om jämkning nedåt). I förhållandet mellan jämkning uppåt och nedåt enligt den nuvarande 36 § är hon emellertid neutral och skriver att »[d]en restriktiva hållningen beträffande jämkning uppåt kan tänkas motsvara en liknande restriktivitet beträffande nedsättning av alltför höga viten«.⁶¹⁹

von Post inleder med att det finns två olika sorters viten, där den ena kan sägas ha syftet att part inte ska bete sig på ett visst sätt och ha penal karaktär medan den andra typen avser normaliserade ersättningar samt att domstolen vid sin bedömning bör beakta vilken typ av vite det är fråga om.⁶²⁰ Han tillägger också att tanken är att om det rör sig om ett vite som innefattar en normaliserad ersättning, ska vitet någorlunda svara mot en uppkommen förlust. Han hänvisar vidare till relationen mellan förlusten och vitesbeloppet som relevant samt också det intresse av fullgörelse som borgenären kunnat tänkas ha. När det gäller normaliserade ersättningar bör man ta hänsyn till om förlusten i det enskilda fallet klart understiger det avtalade beloppet, och att om ersättningen

618. SOU 1974:83, s. 170 och Prop. 1975/76:81, s. 142.

619. Olsen, *Ersättningsklausuler*, s. 121.

620. von Post, *Studier kring 36 § avtalslagen*, s. 198 med hänvisning till SOU 1974:83.

klart överstiger det positiva kontraktsintresset bör jämkning kunna ske.⁶²¹

Gorton och Samuelsson anser att 36 § »har i svensk rätt ansetts kunna användas som grund för att jämkna vitesklausuler både upp och ner».⁶²² De anger att utgångspunkten är att viten kan tänkas vara för höga och att de därför ska kunna nerjusteras med tillägg att det »förefaller mera vara för reciprocitetens skull som lagstiftaren i förarbetena konstaterar att även en jämkning uppåt skall vara möjlig».⁶²³

I fråga om jämkning finns förhållandevis många avgöranden, dock utan att de uttalanden som görs är speciellt omfattande. Som exempel kan tas AD 2005 nr 28, där ett anställningsavtal innehöll en konkurrensklausul med avtalsvite på 1 000 000 kr att utges bland annat vid avsiktlig överträdelse av konkurrensklausulen. Domstolen konstaterade att den anställde avsiktligt hade överträtt konkurrensklausulen samt att detta inte hade skett i obetydlig omfattning men att klausulen skulle jämkas. Den kom fram till att ett högre vitesbelopp än 400 000 kr inte kunde anses skäligt mot arbetstagaren, utan att göra någon utförlig redogörelse för skälen för jämkning.⁶²⁴

621. von Post, *Studier kring 36 § avtalslagen*, s. 200.

622. Gorton, L. och Samuelsson, P. (2005), *Kontraktuella viten* i Festskrift för Ingemar Ståhl, s. 87 med hänvisning till prop. 1975/76:81 och von Post, *Studier kring 36 § avtalslagen*, s. 198 ff.

623. Gorton och Samuelsson, *Kontraktuella viten*, s. 87 f. Se också Gorton, *Något om 36 och 38 §§*, s. 107 ff.

624. Se även AD 1991 nr 38 och AD 1992 nr 67, vilka samtliga handlade om jämkning av konkurrensklausuler i anställningsavtal. I 1991 års fall jämkades vitesbeloppet från 700 000 kr till 36 000 kr och i 1992 års fall från 426 800 kr till 50 000 kr. Se även NJA 2012 s. 597, »Den försenade kraftverksgeneratorn», p. 9, där Högsta domstolen nämner möjligheten att i undantagsfall jämkna ett avtalsvite i enlighet med 36 §.

9.4 JÄMKNING AV ANSVARSBEGRÄNSNINGAR

Även ansvarsbegränsningar och ansvarsfriskrivningar kan jämkas eller åsidosättas enligt 36 §. Att en ansvarsbegränsning jämkas innebär i praktiken att det belopp som den ersättningsskyldige ska utge blir högre än vad parterna har avtalat om. Detta innebär en »begränsning av begränsningen«, det vill säga den begränsning av ersättningsskyldigheten som följer av ansvarsbegränsningen inskränks. Detta förutsätter att skadan överstiger ersättningsskyldigheten enligt ansvarsbegränsningen. En ökning av ansvaret skapas också om ansvarsbegränsningen åsidosätts, eftersom den ersättningsskyldige i så fall får ersätta hela skadan.

Tidigare har det hävdats att det såvitt gäller ansvarsbegränsningar finns en annan tvingande regel enligt vilken en ansvarsbegränsning är ogiltig om det avtalsbrott som grundar skadeståndsskyldigheten beror på uppsåt eller grov vårdslöshet.⁶²⁵ Denna tvingande regel omöjliggjorde friskrivning från sin egen grova vårdslöshet.⁶²⁶ Regelns rättsverkan gjorde att ansvarsbegränsningen eller friskrivningen lämnades utan avseende (eller en motsvarande formulering, till exempel att ansvarsbegränsningen var ogiltig eller inte hade någon verkan), och istället skulle den skadelidande få full ersättning för skadan.

625. NJA 1992 s. 118, »Det inrasade bamba-taket« och NJA 1996 s. 118, »Den grovt vårdslösa skärbränningen« brukar hänvisas till som de avgöranden som anger kriterierna för vad som konstituerar grov vårdslöshet. Se Samuelsson, P. (2011), *Entreprenadavtal: särskilt om ändrade förhållanden*, s. 261 ff. för en analys av rättsfallen samt Ramberg, J. (1995), *Några synpunkter på en skiljedom angående ombyggnad av fartyg*. Juridisk tidskrift vid Stockholms universitet, s. 772 ff. för en kommentar hur en skiljedom förhåller sig till 1992 års fall.

626. Lundmark, T. (1996), *Friskrivningsklausuler: giltighet och räckvidd. Särskilt om friskrivning i kommersiella avtal om köp av lös egendom*, s. 133.

Regeln ansågs följa av en allmän princip, och dess existens framhölls i både förarbeten och doktrin.⁶²⁷ Emellertid synes flertalet författare nöja sig med att konstatera att andra påstår att denna tvingande regel finns, utan att själva ta ställning till principen eller rättsgrundsatsens förekomst.⁶²⁸ Andra författare framhåller att rättsläget är osäkert.⁶²⁹

Diskussionen om denna regels förekomst och innehåll är emellertid i och med NJA 2017 s. 113 till stora delar överspelad. Med fallet har Högsta domstolen slagit fast att giltigheten hos en ansvarsbegränsning ska bedömas enligt 36 § avtalslagen utefter en värdering av alla föreliggande omständigheter.⁶³⁰ Avgörandets konsekvenser kan visas genom två uttalanden i Bernitz' Standardavtalsrätt. I 2013 års upplaga skriver

627. Proposition 1973:138. Kung. Maj:ts proposition med förslag till konsumentköplag, m. m.; given Stockholms slott den 5 juni 1973, s. 138 (som förvisso handlar om konsumentsammanhang men där uttalandet görs generellt).

628. Se till exempel Lundmark, *Friskrivningsklausuler*, s. 133 ff. som skriver att »det brukar hävdas» att regeln finns, men att den får anses ha sitt främsta stöd i 36 §. Kleinman, J. (2008), *Grov oaktsamhet som privaträttsligt principproblem* i Festskrift till Lars Heuman, s. 273 problematiserar frågan men utan att föreslå en egen uppfattning. Samuelsson, *Entreprenadavtal*, s. 259 ff. skriver att »vad som allmänt framhålls vara en allmän rättsgrundsats, nämligen att friskrivningar från skadeståndsansvar inte kan vidmakthållas vid fall av styrkt grov vårdslöshet».

629. Adlercreutz och Gorton, *Avtalsrätt II*, s. 117, Johansson, S. O. (2015), *Grov vårdslöshet och avtalsfrihet – var står vi i dag med ansvarsfriskrivningar?* Juridisk Tidskrift vid Stockholms universitet, s. 62, Bernitz, *Standardavtalsrätt*, s. 116 f., Bengtsson, B., Ullman, H., och Unger, S. (2019), *Allehanda om skadestånd i avtalsförhållanden*, s. 135 ff. och Ramberg, J. och Ramberg, C. (2019), *Allmän avtalsrätt*, s. 275.

630. NJA 2017 s. 113, »Den övertagna överlåtelsebesiktningen», p. 24. Avgörandet har kommenterats av Arvidsson, N. (2017), *Avtalade ansvarsbegränsningar. Kommentarer med anledning av ett prejudikat om ogiltighet och jämkning* i Modern affärsrätt. En antologi, s. 71 ff., Munukka, 36 § avtalslagen som universalverktyg, s. 215 ff., Kleinman, J. (2018), *Professionsutövares ansvarsbegränsningar* i Festskrift till Mads Bryde Andersen, s. 525 ff. samt Bernitz, *Oklarhetsregeln och oskäligen avtalsvillkor (pre-print)*.

han att »[d]et är en viktig, okodifierad rättsprincip i svensk civilrätt att man inte kan med rättslig verkan friskriva sig från ansvar för skada som man vållat uppsåtligen eller genom grov vårdslöshet«. ⁶³¹ I 2018 års upplaga är motsvarande stycke mer avvaktande: »Mot bakgrund av HD:s ställningstagande 2017 torde man inte längre kunna dra en skarp gräns mellan friskrivning från grov vårdslöshet och vanlig vårdslöshet på samma tydliga sätt som tidigare.« ⁶³²

I avgörandet hade en villafastighet köpts för bostadsändamål. Köparna var privatpersoner och köpeskillingen var 9 miljoner kr. Inför försäljningen hade säljaren köpt ett avtalspaket av ett företag (IBAB), vilket innehöll bland annat en överlåtelsebesiktning. Priset för paketet var 17 250 kr varav 7 900 kr avsåg överlåtelsebesiktningen. I samband med köpet av fastigheten ingick köparna ett avtal med IBAB. Avtalet hade rubriken »UPPRAGSBEKRÄFTELSE beträffande Avtal om övertagande av utlåtande avseende ÖVERLÅTELSEBESIKTNING av fast egendom«. För detta betalade köparna 3 900 kr till IBAB.

Till uppdragsbegränsningen var fogat IBAB:s allmänna villkor, av vilka det framgick att besiktningsmannens skadeståndsskyldighet var begränsad till 15 prisbasbelopp, motsvarande 636 000 kr. En motsvarande begränsning fanns i de allmänna villkoren mellan IBAB och säljaren. Köparna framställde med anledning av påstådda fel skadeståndsanspråk mot IBAB på drygt 1 900 000 kr, och menade att ansvarsbegränsningen inte gällde eftersom besiktningsmannen varit grovt vårdslös.

Tingsrätten biföll talan medan hovrätten biföll den såvitt avsåg 636 000 kr. Hovrätten menade att vårdslösheten inte var grov och att ansvarsbegränsningen därför gällde. Högsta domstolen meddelade prövningstillstånd huruvida ansvarsbegränsningen gällde, samt utgick

631. Bernitz, U. (2013), *Standardavtalsrätt*, s. 103.

632. Bernitz, *Standardavtalsrätt*, s. 116 f.

från att besiktningsmannen av vårdslöshet underlåtit att i besiktningsutlåtandet notera de fel i fastigheten som hovrätten funnit klarlagda, att detta har orsakat köparna skada motsvarande 1 802 558 kr samt att graden av vårdslöshet var öppen för prövning.⁶³³

Dokumentet mellan köparna och IBAB var enligt domstolen inte alldeles tydliga men kunde oavsett deras rubricering inte tolkas som något annat än att IBAB fick anses tagit på sig ett i skadeståndshänseende självständigt ansvar mot köparna för riktigheten av överlåtelsebesiktningen. Detta medförde att köparna hade rätt till ersättning för skada som köparna – inte säljaren – hade lidit till följd av sådana fel eller risker som besiktningsmannen av oaktsamhet underlåtit att anmärka i det övertagna besiktningsutlåtandet samt att ansvarsbegränsningen som skulle prövas i målet var den mellan köparna och IBAB.⁶³⁴

Domstolen påpekade att det i litteraturen fanns stöd både för uppfattningen att en part inte med rättslig verkan kan friskriva sig från ansvar för skada som har vållats uppsåtligen eller av grov vårdslöshet som för uppfattningen att rättsläget gällande dessa frågor var mer eller mindre osäkert.⁶³⁵ Enligt domstolen har emellertid efter införandet av 36 § efter hand uppfattningen vunnit insteg, att frågan huruvida det finns skäl för att åsidosätta en ansvarsbegränsning på grund av en skadegörarens klandervärda agerande, inbegripet hans eventuellt grova vårdslöshet eller uppsåtliga handlande, lämpligen bör hanteras inom ramen för 36 §.⁶³⁶

633. »Den övertagna överlåtelsebesiktningen«, p. 11.

634. A. a. p. 13.

635. A. a. p. 21 f.

636. A. a. p. 24 med hänvisning till Lundmark, *Friskrivningsklausuler*, s. 113 ff., Adlercreutz och Gorton, *Avtalsrätt II*, s. 117, Lindskog, S. (2015), *Jämkning i kommersiella avtalsförhållanden* i Aftaleloven 100 år. Baggrund, status, utfordringar, fremtid, s. 305 ff.,

Detta skulle ge möjligheter till »en mer flexibel tillämpning, anpassad efter förhållandena i det enskilda fallet, än en bedömning som baseras på enbart allvaret i den skadeståndsskyldiges beteende och som bara kan resultera i att villkoret anses vara antingen giltigt eller ogiltigt». ⁶³⁷ Detta var enligt domstolen också i linje med rättsläget internationellt på det kontraktsrättsliga området. ⁶³⁸

Sammantaget ansåg domstolen att frågan om en ansvarsbegränsning kan godtas numera i princip borde bedömas enligt 36 § avtalslagen. Här nämnde domstolen också ett antal faktorer av betydelse: omständigheterna vid avtalets ingående, senare inträffade omständigheter, försäkringsmöjligheter, graden av oaksamhet samt parternas möjlighet att precisera risken. ⁶³⁹

Domstolen gick därefter igenom skälighetsprövningen av ansvarsbegränsningar vid överlåtelsebesiktning och sade där följande.

Ramberg, C. (2011), *Skiljedom om jämkning av ansvarsbegränsning, reklamation, rådgivaransvar, skadeståndsberäkning och prisavdrag*. Juridisk Tidskrift vid Stockholms universitet, s. 929 ff., Johansson, *Grov vårdslöshet och avtalsfrihet*, s. 62 och Hagström, V. (2011), *Obligationsrätt*, s. 659 ff. Noterbart är att hälften av dessa har uttalat sig med anledning av och till stöd för KPMG-domen.

637. »Den övertagna överlåtelsebesiktningen«, p. 25. Den senare tillämpningen kallas binär av skiljenämnden i KPMG-målet.

638. A. a. s. 26 med hänvisning till UNIDROIT artikel 7.1.6, PECL artikel 8:109 samt DCFR, artikel III.-3:105(2). Detta kritiseras av Munukka, 36 § *avtalslagen som universalverktyg*, s. 224, som anser att någon »universell inställning om att grov oaksamhet inte ska utgöra en ensamt gällande tillräcklig grund för åsidosättande av ansvarsbegränsningar avseende annat än personskada kan därför inte utläsas av dessa instrument, vilket ju dock HD:s åberopande ger intryck av«. Se även Kleineman, *Professionsutövaras ansvarsbegränsningar*, s. 536, som med hänvisning till Munukkas artikel påpekar »att det finns en internationell uppfattning nämligen att grov oaksamhet innefattar i vart fall en presumtion för att en ansvarsfriskrivning skall anses så oskälig, att den inte skall tillämpas«.

639. »Den övertagna överlåtelsebesiktningen«, p. 27.

En viktig och generell utgångspunkt för bedömningen av om en ansvarsbegränsning är oskälig enligt generalklausulen är om den får anses ge uttryck för en rimlig eller skälig omfördelning av risken mellan parterna. Huruvida så är fallet beror främst på vilka skyddsbehov som gör sig gällande.⁶⁴⁰

Efter ett utförligt resonemang kom domstolen fram till att den aktuella ansvarsbegränsningen inte var oskälig i sig och att den inte heller var oskälig vid en helhetsbedömning. Ett tungt skäl för detta var att besiktningsmannens uppdragsgivare inte var köparna utan säljaren. Köparna kunde därför inte med fog hysa samma tillit till besiktningsutlåtandet som till ett utlåtande efter en besiktning utförd av dem själva eller utförd av en av dem anlitad besiktningsman.⁶⁴¹ Genom att nöja sig med att ta över en av säljaren beställd och i dennes intresse utförd överlåtelsebesiktning hade köparna inte gjort vad de hade kunnat göra för att

640. A. a. p. 36. Se även det kända danska rättsfallet U.2002.1224H, »Tango Jalousie«. Där hade parterna år 1925 träffat ett förlikningsavtal med anledning av tidigare avtalsbrott. I förlikningsavtalet förekom en klausul som påminde om ett avtalsvite. Klausulen hade enligt Højesteret »karakter af en løbende bod i hele ophavsretsperioden« och innebar att förläggaren utan motprestation »fik andel i indtægter ved ophavsretsudnyttelsen af Tango Jalousie, så længe sådan udnyttelse ville kaste indtægter af sig«. Detta gjorde att förläggaren »kunnet nyde godt af, at Tango Jalousie blev en enestående succes, uden på noget tidspunkt at have båret nogen risiko for det modsatte«. Højesteret fann att dessa delar av avtalet var oskäliga enligt 36 § och därför från och med den 15 mars 1993 skulle betraktas som ogiltiga.

641. »Den övertagna överlåtelsebesiktningen«, p. 50. Högsta domstolens uppdelning mellan säljaren respektive köparnas nivå på den befogade tilliten har kritiserats av Arvidsson, *Avtalade ansvarsbegränsningar*, s. 85 och Kleineman, *Professionsutövares ansvarsbegränsningar*, s. 540.

undvika eller minska den köparrisk som följer med riskfördelningen enligt 4 kap. 19 § jordabalken. Sammantaget ledde detta till att det inte fanns tillräckliga skäl att jämkna ansvarsbegränsningen.⁶⁴²

Denna syn, att fokus flyttas från frågan om grov vårdslöshet till en helhetsbedömning, var emellertid inte ny utan kunde skönjas redan 2011. En skiljedom meddelad 2010 klandrades efter påstått jäv och blev därmed offentlig och på samma gång också uppmärksammas i doktrinen.⁶⁴³ De resonemang som fördes i skiljedomen återkommer till viss del i 2017 års fall.⁶⁴⁴

Omständigheterna i skiljedomen var följande. ProfilGruppen uppdrog åt KPMG att undersöka den finansiella statusen hos ett tyskt bolag, vilket ProfilGruppen eventuellt ville köpa aktier i. I uppdragsbrevet från KPMG hänvisades till KPMG:s allmänna bestämmelser, enligt vilka bland annat KPMG:s ansvarsbelopp var begränsat till »maximalt två gånger det belopp KPMG erhållit som ersättning i enlighet med uppdraget«. Ersättningen uppgick till drygt 400 000 kr. ProfilGruppen köpte 18 % av aktierna i det tyska bolaget. Betalningen gjordes dels kontant med 1 100 000 euro, dels med 40 % av aktierna i holländskt bolag, vilka värderades till 600 000 euro. Cirka ett år senare sålde ProfilGruppen aktierna för 1 euro.

ProfilGruppen påkallade skiljeförfarande och yrkade ersättning av KPMG med dels 1 699 999 euro jämte ränta, dels att KPMG skulle betala tillbaka arvudet om drygt 400 000 kr. KPMG bestred med hänvisning till bland annat att de allmänna villkoren för uppdraget innehöll olika

642. »Den övertagna överlåtelsebesiktningen«, p. 51 f. Se även Bernitz, *Oklarhetsregeln och oskäligen avtalsvillkor (pre-print)*, vid fotnot nr 61.

643. Skiljenämndens avgörande har kommenterats, förutom av de som förekommer i fotnot 636, av Blomkvist, C. (2011), *Med vederbörlig omsorg – en skiljedom om due diligence*. Juridisk Tidskrift vid Stockholms universitet, s. 299 ff.

644. Ordförande i såväl skiljenämnd som i »Den övertagna överlåtelsebesiktningen« var Stefan Lindskog.

former av ansvarsbegränsningar. ProfilGruppen menade å sin sida dels att ansvarsbegränsningarna inte gällde, eftersom KPMG varit grovt vårdslöst, dels att ansvarsfriskrivningen inte var skälig och därför borde jämkas enligt 36 § avtalslagen så att KPMG antingen ansvarade »fullt ut eller till det högre belopp som skiljenämnden finner skäligt«.

Nämnden konstaterade inledningsvis att det i uppdraget hade ingått att undersöka ett bolags finansiella status, och att det bland annat ingick att utvärdera den risk som ett amerikanskt dotterbolag till det tyska bolaget utgjorde. Någon antydning om det tyska bolagets riskexponering förekom inte i rapporten.

Vid en sammanvägd bedömning kom nämnden fram till att underlåtenheten att redogöra för den ifrågavarande riskbilden måste anses oaktksam samt att »underlåtenheten helt enkelt innebär att KPMG fundamentalt åsidosatt sitt uppdrag i det aktuella hänseendet«. Nämnden konstaterade därefter att en ansvarsbegränsning av det slag som föreligger i målet kan genombrytas, samt att detta ofta sägs kunna ske vid grov vårdslöshet på den avtalsbrytande partens sida.

Enligt skiljenämnden skulle frågan i vad mån en ansvarsbegränsning kunde sättas åt sidan bedömas med utgångspunkt inte främst i hur klandervärd skadegöraren är utan vad som med hänsyn till samtliga omständigheter framstår som en rimlig riskavvägning. I ett sådant fall kan den risk som annars faller på uppdragsgivaren begränsas genom att uppdragstagaren tydliggör de förutsättningar och inskränkningar som hävdats gälla för uppdraget. Efter att ha gått igenom hur den risk som uppdraget innebar kunde ha fördelats kom nämnden fram till att begränsningen med hänsyn till omständigheterna var orimlig.⁶⁴⁵

Nämnden konstaterade därefter att 36 § möjliggör smidigare avvägningar av vad som är en rimlig riskfördelning. Detta förutsätter att riskfördelningen som följer av ansvarsbegränsningen måste anses orimlig

645. Här hänvisas till Lundmark, *Friskrivningsklausuler*, s. 142.

(eller oskäligen) beträffande ett visst skadeståndsanspråk. Nämnden avslutade med att säga att en nivå på 10 – 25 gånger uppburet arvode framstår som rimlig vid ett sådant uppdragsförhållande som det i målet.⁶⁴⁶ Sammantaget gjorde detta att beloppsbegränsningen jämkades till 8 000 000 kr.⁶⁴⁷

9.5 NJA 2017 S. 113 OCH AVTALSVITEN

Vid bedömningen av ett avtalsvites skälighet är relationen mellan skadan och den ersättning som följer av avtalsvitet central. Av särskild betydelse för skälighetsbedömningen av en ansvarsbegränsning är numera – i vart fall i fråga om överlåtelsebesiktningar – den omfördelning av risken som begränsningen innebär. Nedan ska först undersökas om detta jämkningsskäl för ansvarsbegränsningar även utgör ett jämkningsskäl för avtalsviten. Jag börjar med jämkning av typ (2), eftersom detta slags jämkning av avtalsviten innebär jämkning av samma slags norm som jämkas vid jämkning av ansvarsbegränsningar. Därefter görs en motsvarande undersökning för jämkning enligt typ (1) av avtalsviten.

Vid jämkning eller åsidosättande av en ansvarsbegränsning korrigeras begränsningen av den dispositiva rätten till ersättning. Vid åsidosättande öppnas möjlighet för skadestånd enligt det positiva intresset och vid jämkning utgår det belopp som rättstillämparen finner skäligt. Det senare skedde i KMPG-fallet, där den avtalsnorm som föreskrev att ersättningen enligt den dispositiva rätten var begränsad till ca 800 000 kr,

646. Kleineman, *Professionsutövers ansvarsbegränsningar*, s. 546 påpekar att »den tumregel som skiljenämnden valde för jämkning, d.v.s. 10 – 25 gånger uppburet arvode är ju taget ur luften och varför arvodet skall påverka ersättningens belopp framgår inte lika lite som det belopp nämnden verkar ha tagit ur tomma luften».

647. »ProfilGruppen mot KPMG» *in fine*. Hänvisning sker också till SOU 1974:83, s. 180 f., PECL 8:109 och DCFR III. – 3:105(2) med tillägget att frågan om jämkning måste avgöras efter en helhetsbedömning.

jämkades. Istället blev dess begränsande rättsverkan sådan att ersättning enligt den dispositiva rätten istället begränsades till 8 000 000 kr, och eftersom denna skada hade bevisats av ProfilGruppen tvingades KPMG betala detta belopp.

Detta slags jämkning av en ansvarsbegränsning och jämkning av typ (2) av ett avtalsvite innebär jämkning av samma slags norm som gör att avtalsvitet är exklusivt. Framgår denna regel genom tolkning av avtalsvitet handlar båda fallen om jämkning av en avtalsnorm. Detta slags jämkning av avtalsviten är därmed identisk med jämkning av ansvarsbegränsningar, och faller således inom det direkta tillämpningsområdet för NJA 2017 s. 113. Därmed kan de skäl för jämkning som framgår av NJA 2017 s. 113 appliceras direkt på jämkning av typ (2) av avtalsviten.

Återstår att se i vilken mån NJA 2017 s. 113 kan tillämpas på jämkning av typ (1) av avtalsviten. Om så är fallet innebär det att vitesbeloppet kan jämkas med hänsyn till om den omfördelning av risken som vitet medför är oskälig eller orimlig. Högsta domstolen påpekade att en ansvarsbegränsning i ett avtal om överlåtelsebesiktning innebär en riskförskjutning i förhållande till vad som annars skulle ha följt av tillämpliga rättsregler.⁶⁴⁸ En motsvarande riskförskjutning behöver inte inträffa med ett avtalsvite, men givet att vitesbeloppet i ett exklusivt avtalsvite understiger skadan uppkommer en motsvarande förskjutning även här.

För att se i vilken mån 2017 års fall kan tillämpas för detta slags jämkningar gäller att utifrån prejudikatet undersöka i vilken mån dess fastslagna rättsregel kan appliceras utanför rättsfallets egentliga område.⁶⁴⁹ Detta kan till exempel ske genom att argumentera för att 2017 års fall uttrycker en allmän princip rörande skälighetsbedömningar enligt 36 § eller att det i jämningshänseende inte ska göras någon skillnad mellan

648. »Den övertagna överlåtelsebesiktningen«, p. 35.

649. Westberg, P. (2000), *Prejudikattolkningens ABC* i Normativa perspektiv: festskrift till Anna Christensen, s. 612.

jämkning av typ (1) eller (2) så länge de ekonomiska effekterna är desamma.

Som exempel på hur risken omfördelas kan tas följande. En av avtalsparterna drabbas av en skada på 100 med anledning av motpartens avtalsbrott. I avtalet finns en ansvarsbegränsning med ett tak på 20. Detta gör att det ansvar som den skadevällande haft enligt dispositiv rätt – 100 – begränsas till 20. Den risk som den skadevällande tidigare burit förskjuts således med 80 % till den skadelidande.

Med ett exklusivt avtalsvite på 20 och en skada på 100 uppkommer samma slags riskförskjutning. Med samma skyddsbehov som i exemplet finns det inget i 2017 års fall som gör att jämkning på grund av riskförskjutning inte skulle vara tillämplig. Redan här finns således anledning att förespråka jämkning av avtalsviten på denna grund. Prejudikatet och dess hänvisning till omfördelningen av risken gör ingen skillnad mellan de olika typerna av jämkning, utan synes enbart villkorad av de ekonomiska effekterna. Om dessa är desamma bör därför också skälen för jämkning vara desamma. Inte heller partsställningen framstår som av betydelse som grund för jämkning.

En väsentlig skillnad mellan ansvarsbegränsningar och avtalsviten är att de senare kan jämkas både uppåt och neråt. Om vitet som i exemplet ovan överstiger skadan kommer en eventuell jämkning att ske nedåt istället för uppåt. Detta är också den »traditionella» jämkningen av vitesbeloppet. Ingenting i rättsfallet ger emellertid att riskförskjutningens betydelse skulle vara begränsad i endera riktningen, även om domstolen av naturliga skäl enbart talar om en ökning av ansvaret. Detta stärker bilden att jämkning enligt typ (1) av avtalsviten kan göras i båda riktningar.

Domstolen betonar vidare betydelsen av senare inträffade omständigheter och vikten av en helhetsbedömning, vilka båda förekommer

som allmänna jämkningsgrunder enligt lagmotiven till 36 §.⁶⁵⁰ Även om det som sägs om de ekonomiska effekterna enligt domstolen får särskild betydelse i konsumentförhållanden påpekas att en naturlig utgångspunkt är att ta fasta på effekten av villkoret och att ju mer överraskande och ingripande denna är för konsumenten, desto mer talar för en jämkning.⁶⁵¹

Bortsett från att domstolen talar om konsumentförhållanden förs samma slags resonemang som i Generalklausulutredningen.⁶⁵² Ju mer skadan och vitesbeloppet skiljer sig, desto större skäl för jämkning. Detta gäller även utan hänsyn till en eventuell konsumentrelation. Domstolen påpekar också att arten och graden av överträdelse bör beaktas. Brott mot en huvudförpliktelse kan i det sammanhanget tala för jämkning jämfört med ett brott mot en biförpliktelse eller en förpliktelse som annars kan anses vara av perifer natur.⁶⁵³

Skälen i denna del för och emot jämkning är desamma som tas upp av Generalklausulutredningen som skäl för jämkning av avtalsviten. Utredningen nämner å ena sida överträdelsens karaktär och den ekonomiska förlusten och å andra sidan vitesbeloppet samt att hänsyn också »bör tas till det intresse som den berättigade i övrigt kan ha haft i handlingens företagande eller underlåtande».⁶⁵⁴

Domstolen tar också upp – i fallet med en besiktningsman – att när han begränsar sitt ansvar innebär det typiskt sett att hans uppdragsgivare efter vad som följer av begränsningen får stå risken för skada som kan orsakas av att besiktningsmannen är oaktsam, en risk som besiktningsmannen annars skulle ha stått för själv.

650. »Den övertagna överlåtelsebesiktningen«, p. 30 respektive SOU 1974:83, s. 132 och 156.

651. »Den övertagna överlåtelsebesiktningen«, p. 30.

652. SOU 1974:83, s. 170 f.

653. »Den övertagna överlåtelsebesiktningen«, p. 30.

654. SOU 1974:83, s. 170.

Också detta resonemang kan appliceras på avtalsviten. Till exempel är säljarens produktion förknippad med vissa osäkerhetsfaktorer. Om hon enligt avtalet ska leverera en viss produkt till ett visst pris inom en viss tid, innebär det att hon står risken dels för att produktionen blir försenad, dels att den blir fördyrad. Med ett exklusivt vite som understiger köparens skada överförs till viss del säljarens risk till köparen, och det uppstår därmed en motsvarande riskförskjutning som hos en ansvarsbegränsning.

I båda dessa fall ska frågan om skälighet avgöras med vilka skyddsbehov som kan göras gällande, givet att domstolens resonemang i 2017 års fall kan abstraheras och tillämpas inom andra kategorier än besiktningsmän. Högsta domstolen vägde i 2017 års fall köparens skyddsbehov mot besiktningsmannens befogade intressen. Det saknas emellertid anledning till att uttalandet inte skulle kunna abstraheras till att också omfatta betydelsen av parternas skyddsbehov i allmänhet.⁶⁵⁵ Detta bör innebära att parternas inställning till att bära risken får betydelse för skälighetsprövningen av ett avtalsvite.⁶⁵⁶ Här kan till exempel vägas in parternas inställning till att bära den risk som osäkerhetsfaktorer knutna till avtalsförhållandet innebär och hur den fördelas. Skyddsbehoven kan också framgå genom de olika parternas verksamheter, särskilt om omfattningen av dem skiljer sig åt.

Som exempel kan tas en liten verksamhet med en enda stor kund – till exempel en mindre tillverkare av delar och en multinationell biltillverkare – är mer känslig för riskerna med den egna produktionen än vad dess motpart är, som har helt andra möjligheter att sprida sina risker.⁶⁵⁷ Det skadeståndsansvar som det positiva intresset innebär i detta fall

655. För detta sätt att generalisera ett prejudikat, se Westberg, *Prejudikattolkningens ABC*, s. 611 f.

656. Lindskog, *Jämkning i kommersiella avtalsförhållanden*, s. 320.

657. Se till exempel Shavell, S. (2004), *Foundations of economic analysis of law*, s. 351 för ett liknande exempel.

skulle kunna bli mycket stort i förhållande till omfattningen av motpartens verksamhet, till exempel genom att biltillverkarens produktionslinje måste stoppas. I sådana fall kommer ett exklusivt vite som understiger skadan innebära att en del av säljarens risk flyttas över till köparen. Skyddsbehoven omfattar i detta exempel i högre grad säljaren än köparen, vilket gör att omfördelningen av risken i detta fall inte – i vart fall inte på denna grunden – är oskälig.⁶⁵⁸

Om istället vitesbeloppet hade överstigit det positiva intresset hade det inneburit att säljaren i än högre grad burit risken än vad hon gjort enligt det positiva intresset. Här sker därför ingen omfördelning av risken utan istället blir risken än större för säljaren. Det är emellertid oklart om detta omfattas av 2017 års fall som ett skäl för jämkning. För att så ska vara fallet krävs att skälen för jämkning på grund av en oskälig eller orimlig omfördelning av risken är desamma som skälen för jämkning av en oskälig eller orimlig fördelning av risken.

658. Att detta också är en *Pareto*-effektiv omfördelning av risken framgår av kapitel 10 nedan.

IO EKONOMISKA MODELLER

IO.1 INLEDNING

DETTA KAPITEL KOMMER att gå igenom tre olika ekonomiska modeller. Dessa modeller kommer i sin tur att ligga till grund för nästkommande kapitel, där avtalsvitets effekter för avtalsparterna ska förklaras närmare. I denna förklaring har modellerna en stor betydelse.

Kapitlets kärna är hur olika avtalsvillkor påverkar parternas nytta. Hur nyttan påverkas visas genom de olika modellerna, vilka från ett förenklat perspektiv och med bortseende från en mängd mer eller mindre irrelevanta faktorer visar hur variationer av avtalsvitets samt yttre faktorer påverkar parternas nytta.

Fokus på parternas nytta snarare än att avtal ska hållas gör att tyngdpunkten flyttas från det juridiskt tillåtna eller otillåtna till det ekonomiskt effektiva eller ineffektiva. Det innebär också att gränsen mellan effektiva handlingar som leder till fullgörelse och effektiva handlingar som leder till avtalsbrott försvinner.

IO.2 UTGÅNGSPUNKTER

IO.2.1 Incitament

I kapitel 2 redogjorde jag för vad det innebär att agera rationellt i avhandlingens bemärkelse. I avsnittet nedan ska parternas preferensrelationer i sin tur kopplas till incitament, samt redogöras för hur dessa påverkar varandra. Detta görs i syfte att på ett bättre sätt kunna visa hur parter agerar i en modellerad avtalssituation.

Ordet *incitament* används här om något som ger aktörer skäl att agera, antingen genom handling eller genom underlåtenhet.⁶⁵⁹ En handling kan därmed också *ex post* härledas: om en avtalspart har handlat på ett visst sätt är det för att hon har haft incitament att handla på just detta sätt.

Samtidigt kan ett incitament inte uppstå ur intet. Utgångspunkten är istället en *jämvikt*. Att ett socialt system, bestående av rationella aktörer, är i jämvikt innebär att varje aktör handlar så att hon maximerar sin egen nytta, givet hennes förväntningar om hur andra aktörer kommer att handla samt hur dessa förväntningar infrias.⁶⁶⁰ Därigenom uppkommer en *Nash-jämvikt*, där ingen av de inblandade får en högre nytta av att ändra sig, givet att motparten resonerar på samma sätt.⁶⁶¹ I en *Nash-jämvikt* finns därmed – med avhandlingens terminologi – inga incitament till förändring.

Verkligheten innebär emellertid störningar av jämvikten, bland annat genom *slumpmässiga händelser*. Slumpmässig betyder här att parterna inte med säkerhet kan förutsäga om händelsen kommer att inträffa eller inte.⁶⁶² Dessa händelser kan vara av olika karaktär. De kan till exempel

659. Jag har nedan valt att bara tala om handling. Emellertid gäller detta även underlåtenhet om inget annat särskilt anges.

660. Torsvik, G. (2006), *Människonatur och samhällsstruktur: en kritisk introduktion till ekonomisk teori*, s. 78 f., sammanfattar detta som att »vi betraktar en situation där ett mycket stort antal aktörer gör upp handlingsplaner, och när var och en handlar efter sin plan får vi en handlingsprofil, som genererar ett socialt utfall eller mönster».

661. Se till exempel Fudenberg, D. och Tirole, J. (1991), *Game theory*, s. 11 ff. och Dixit, A. K., Skeath, S., och Reiley, D. (2015), *Games of strategy*, s. 94 ff. för definitioner av *Nash-jämvikt*. Se också Shavell, S. (1980), *Damage Measures for Breach of Contract*. *Bell Journal of Economics*, s. 473 för att se avtalsförhållandet på detta sätt.

662. Definitionen är hämtad från Blom, G. m. fl. (2005), *Sannolikhetsteori och statistikteori med tillämpningar*, s. 6. Slumpens betydelse framkommer också i stort antal ekonometriskartiklar, till exempel Holmström, B. (1979), *Moral Hazard and Observability*. *Bell Journal of Economics*, s. 75, Holmström, B. och Tirole, J. (2011), *Inside*

utgöras av utåt synliga och verifierbara händelser som prisfall eller räntehöjningar.

Kronologiskt kan händelseförloppet beskrivas enligt följande:

- (10.1) 1. händelse → 2. förändrad preferensrelation → 3. incitament till förändring → 4. handling → 5. förändring → 6. ökad nytta.

Att en aktör inte befinner sig i ett avtalsförhållande kan i enlighet med ovanstående förklaras av hennes (och potentiella avtalsparter) preferensrelationer mellan alternativen »icke-avtalsförhållande» och »avtalsförhållande». Preferensrelationen är i sin tur kopplad till förväntad nytta. Parten föredrar ett alternativ framför ett annat om och endast om det förra ger en högre förväntad nytta än det senare.⁶⁶³

En part som inte är i ett avtalsförhållande har en preferensrelation mellan avtal och icke-avtal. Preferensrelationen ger henne en högre nytta utan avtal än den förväntade nyttan med ett avtal. För att parten ska ingå ett avtal krävs att hennes preferensrelationer förändras. En förändring beror i sin tur på faktiska händelser. Men alla faktiska händelser skapar inte förändringar av preferenserna. Dels kan en part omöjligen uppfatta alla händelser, dels skulle det leda till alltför höga transaktionskostnader om parterna skulle agera på alla händelser som de uppmärksammar.

and outside liquidity, s. 18 f. för olika varianter av hur slumpen en annan variant av slumpens betydelse. Även artiklar om ofullständiga kontrakt inkluderar i regel någon form av stokastisk variabel, se till exempel Hart, O. och Moore, J. (1988), *Incomplete Contracts and Renegotiation*. *Econometrica*, s. 757, Hart, O. och Moore, J. (1999), *Foundations of Incomplete Contracts*. *The Review of Economic Studies*, s. 117 och Tirole, J. (1999), *Incomplete Contracts: Where Do We Stand?* *Econometrica*, s. 745. Se även Lindskog, S. (2015), *Jämkning i kommersiella avtalsförhållanden i Aftaleloven 100 år*. Baggrund, status, utmaningar, framtid, s. 319 f., som menar att identifierade risker – till skillnad från oidentifierade risker – kan prissättas.

663. Jfr kapitel 2 och Mas-Colell, A., Winston, M. D., och Green, J. R. (1995), *Microeconomic theory*, s. 9.

Det incitament som en händelse skapar är tidsbegränsat. När förändringen har skett är incitamentet förbrukat och en ny jämvikt uppstår. För att ett nytt incitament ska skapas måste en ny incitamentsskapande händelse inträffa, vilken leder till nya nyttoökande handlingar och så vidare.

Genom att avtal faktiskt ingås kan man dra slutsatsen att preferensrelationer kan ändras. Denna förändring sker mot bakgrund av vissa slags inträffade faktiska händelser. Dessa händelser skapar sådana incitament som i sin tur leder till förändringar enligt (10.1). Andra händelser skapar av olika skäl inga incitament, och leder således inte till någon förändring. Detta gör att vi kan avgränsa en kategori preferensförändrande händelser, vilka skapar olika incitament. Mängden *preferensförändrande händelser* kommer därför vara densamma som mängden *incitamentsskapande händelser*.

Om händelsen skapar incitament till förändring kommer denna förändring att ske, eftersom den förväntade nyttan – inklusive eventuella transaktionskostnader – är högre. Den jämvikt som därefter uppkommer beror, i fallet med avtalsförhållandet, på hur motparten reagerar på förändringen.

Detta resonemang kan appliceras på både ingåendet av avtal som parter agerande under avtalsförhållandet. Utan ett avtal har aktören följande preferensrelation och tillhörande relation mellan de olika nyttorna.

$$(10.2) \quad \text{avtal} \prec \text{inte avtal} \text{ och därmed också } \text{nyttan av avtal} < \text{nyttan utan avtal}.$$

Jämvikten består så länge det inte inträffar några preferensförändrande händelser. Några avtal kommer därför inte att ingås. En del av denna tröghet beror på de tidigare nämnda transaktionskostnaderna, vilka gör att parterna inte får en ökad nytta av att agera givet varje händelse.

Om en preferensändrande händelse däremot inträffar rubbas jämvikten. Preferensrelationen ser nu istället ut enligt följande:

(10.3) *avtal* $\succ$ *icke-avtal* och därmed *nyttan av avtal* $>$ *nyttan utan avtal*.

Med händelsen har parten fått en ändrad preferensrelation mellan alternativen »avtal« och »icke-avtal«. Ändringen medför att parten bedömer att den förväntade nyttan (inklusive transaktionskostnader) med ett avtal är högre än den faktiska nyttan utan avtalet. Detta skapar incitament till handling. Med en motpart som resonerar på samma sätt kommer ett avtal att ingås och en ny jämvikt uppkomma.

Med ett ingånget men inte fullgjort avtal har vardera parten två uttömmande och oförenliga handlingsalternativ: fullgörelse eller icke-fullgörelse. Hur parterna väljer är villkorat av olika händelser som påverkar preferensrelationerna. Inträffar inga sådana händelser kommer avtalet fullgöras och respektive avtalspart få en högre nytta än om någon eller båda väljer icke-fullgörelse.

Emellertid finns alltid en viss sannolikhet (som är större än noll) att dessa händelser kommer att inträffa. Om en sådan preferensförändrande händelse inträffar kommer partens preferensrelationer att se ut enligt följande.

(10.4) *fullgörelse* $\prec$ *icke-fullgörelse* och därmed också *nyttan av fullgörelse* $<$ *nyttan av icke-fullgörelse*.

Intill dess hade inga händelser påverkat parternas preferensrelationer (till viss del beroende på transaktionskostnader), och några incitament till förändring skapas inte. Men med denna händelse är det annorlunda. Den förändring av preferensrelationerna som händelsen skapar ger parten incitament att genom handling realisera sin nya preferensrelation.

10.2.2 Avtalsexempel

Från situationen utan avtal, via en faktisk händelse och en förändrad preferensrelation med ett nyskapat incitament, kommer aktörer att ingå

ett avtal om avtalet ökar deras förväntade nytta. Detta gäller också beslutet att inkludera ett avtalsvite i avtalet. Eftersom båda parter resonerar likadant kommer avtalet att öka båda parter individuella nytta.

Den *Pareto*-effektiva fullgörelsen är emellertid bara ett av flera utfall för ett avtalsförhållande. Sammanlagt kan ett avtalsförhållande leda till fyra olika varianter. Antalet bygger på två parter, två handlingsalternativ och två sätt att mäta effektivitet.

Avtalsförhållandet ses här som ett *sekventiellt spel* där A väljer först.⁶⁶⁴ Det sekventiella spelet passar i detta sammanhang bättre för att beskriva en typisk avtalssituation som modellerna nedan bygger på. I dessa modeller är säljarens produktionskostnad den osäkra variabeln. En ökning av produktionskostnaderna vid ett tillverkningsavtal drabbar i första hand säljaren. Det är därför naturligt att säljaren är den som först reagerar på en sådan händelse. Köparen vet emellertid om säljarens drag när han själv ska välja. Avtalet löper över en viss tid och är redan ingånget, vilket gör att A väljer mellan fullgörelse eller icke-fullgörelse.

Exemplen bygger på att det under ett avtals löptid inträffar ett utfall ω . Utfallet kan tillhöra en av två faktiska händelser. Den första, X , innebär att ingen av parterna får ändrade preferensrelationer. Det motsatta gäller den andra, Y , där en eller båda parter får ändrade preferensrelationer. Utfallen ska ses mot bakgrund av den rådande jämvikten. En icke-förändring innebär därför att parten alltså föredrar fullgörelse framför icke-fullgörelse.

För att förenkla framställningen antar jag att det inträffar ett utfall per avtalsförhållande. Jag utgår också från att det bara är en handlingsnorm som är aktuell och att denna norm föreskriver ett visst agerande både av A och av B. Fullgörelse innebär att parten agerar i enlighet med normen och icke-fullgörelse att parten inte gör det.

664. Se till exempel Dixit m. fl., *Games of strategy*, s. 20 för definitionen av ett sekventiellt spel (spel med sekventiella drag).

- (10.5) Ett utfall $w_1 \in X$ inträffar. Ingen av parterna får ändrade preferensrelationer. A och B får var och en för sig en högre nytta vid fullgörelse än vid icke-fullgörelse.

Detta lär vara det vanligaste sättet som ett avtal fortlöper. Det ingås med syfte att öka den individuella och således också den sammanlagda nyttan. Händelsen leder inte till någon förändring av parternas initiala preferensrelationer. Några incitament till förändring uppkommer därför inte, utan förändringen från det avtalslösa tillståndet via avtalsförhållandet till det fullgjorda avtalet är *Pareto*-effektiv.

Nästa variant är följande:

- (10.6) Ett utfall $w_2 \in Y$ inträffar. Båda parter får ändrade preferensrelationer. Dessa innebär att A och B får incitament till icke-fullgörelse och väljer detta. A och B får var och en för sig en högre nytta vid icke-fullgörelse än vid fullgörelse.

Att en part »väljer« bygger på att parten kan kalkylera nyttan av respektive val, och att parten sedan väljer det alternativ av – i exemplet fullgörelse eller icke-fullgörelse – som ger den högsta nyttan. I detta fall innebär den inträffade händelsen att båda parter får förändrade preferensrelationer. Det innebär emellertid inte att det uppkommer ett avtalsbrott. Istället kommer rationella parter i detta fall att omförhandla avtalet, till exempel genom att det alternativ som ger den högsta nyttan inte längre innebär icke-fullgörelse.⁶⁶⁵ Att tala om ett *Pareto*-effektivt avtalsbrott blir därför missvisande, eftersom det i juridiskt hänseende inte sker något avtalsbrott.

Nästa variant är denna:

665. Ett medgivande eller erkännande av handlingen kan i detta fall ses som en omförhandling av det tidigare avtalet, se till exempel Grönfors, K. (1995), *Avtal och omförhandling*, s. 65 för en svensk framställning av omförhandling.

- (10.7) Ett utfall $w_3 \in Y$ inträffar. A men inte B:s preferensrelationer ändras. A får incitament till förändring, i detta fall till icke-fullgörelse och väljer detta. B väljer därefter fullgörelse. A och B:s respektive val leder till avtalsbrott. Avtalsbrottet ger A men inte B en högre nytta. A och B får en sammanlagd högre nytta.

Att B:s preferensrelationer inte ändras innebär i detta fall att B, ställd vid valet att A har valt icke-fullgörelse, fortfarande föredrar fullgörelse framför icke-fullgörelse. Att vi kan säga att A:s val av icke-fullgörelse i detta fall leder till avtalsbrott beror på att B:s val. Genom att A och B har valt olika alternativ i förhållande till avtalets handlingsnorm uppkommer ett avtalsbrott.

(10.7) är ett exempel på ett *Kaldor-Hicks*-effektivt kontraktsbrott. Till skillnad från i exempel (10.6) får B i (10.7) en lägre nytta. Händelsen påverkar inte B:s preferensrelationer, utan dessa är fortfarande sådana att han – mot bakgrund av att A har valt icke-fullgörelse – alltså föredrar fullgörelse framför icke-fullgörelse. Huruvida avtalsbrottet är effektivt i detta fall följer av den sammanlagda nyttan för A och B. Eftersom denna ökar i (10.7) är förändringen i detta fall *Kaldor-Hicks*-effektiv (men inte *Pareto*-effektiv).

Den fjärde och avslutande varianten är följande:

- (10.8) Ett utfall $w_4 \in Y$ inträffar. A men inte B:s preferensrelationer ändras. A får incitament till förändring, i detta fall till icke-fullgörelse och väljer detta. B väljer därefter fullgörelse. A och B:s respektive val leder till avtalsbrott. Avtalsbrottet ger A men inte B en högre nytta. A och B får en sammanlagd lägre nytta.

Detta är ett *Kaldor-Hicks*-ineffektivt avtalsbrott. Samtidigt agerar A rationellt, eftersom hennes nytta blir högre. Att B väljer fullgörelse beror

på att han, med hänsyn till att A redan har valt icke-fullgörelse, till exempel gör en mindre förlust än om han hade valt icke-fullgörelse.

10.3 PARTERNAS SYFTE MED AVTALSVITET

10.3.1 Allmänt

Parternas syfte med avtalsvitet är givetvis av olika slag och individuella. Vissa gemensamma drag förekommer emellertid, i vart fall enligt den juridiska doktrinen. Dessa påståenden framförs emellertid utan belägg för huruvida parterna faktiskt har dessa syften, om syftena uppnås och i så fall om det sker som en följd av avtalsvitet. Juridiska framställningar är inte heller empiriskt underbyggda, där parternas syfte jämförs med en faktisk effekt.⁶⁶⁶

Till exempel påstås att avtalsvitet minskar risken för avtalsbrott. Någon förklaring av hur eller varför vitet får denna effekt eller någon förklaring av vad realiserande av risken innebär ges emellertid inte. Inte heller görs någon skillnad på olika former av avtalsviten. Parter kan därför – utan att reflektera närmare över vad som står i den civilrättsliga litteraturen – inkludera ett avtalsvite i detta syfte samtidigt som effekten blir den motsatta.

666. Wilkinson-Ryan, T. (2010), *Do Liquidated Damages Encourage Breach? A Psychological Experiment*. Michigan Law Review, s. 633 ff. är ett exempel på en empirisk studie av avtalsvitets effekter. Studien visar att avtalsparter i högre grad utnyttjar möjligheterna till effektiva kontraktsbrott om avtalet innehåller vite. Detta beror enligt författaren på att »the economic assumption of rational wealth-maximizing actors fails to capture important, shared, nonmonetary values and incentives that shape behavior in predictable ways» och att »when sanctions for uncooperative behavior are specified or otherwise formalized between the parties, behavior becomes more strategic and more self-interested. A liquidated-damages clause makes the remedy for breach explicit«.

Som exempel på tänkbara syften kan tas de som Högsta domstolen nämner i NJA 2010 s. 629, »Temarör och den borttappade huvudnyckeln«:

Beroende på vilken innebörd en vitesklausul har, kan den tjäna olika ändamål. Den kan förstärka preventionen mot kontraktsbrott, den kan ge den skadelidande större ersättning och med andra ansvarsförutsättningar än som skulle följa av skadeståndsrättsliga regler, den kan utgöra en ansvarsbegränsning till förmån för den kontraktsbrytande parten och den kan förenkla skadehantering.⁶⁶⁷

Samtliga dessa återfinns också i litteraturen, men då med delvis andra namn. För att lättare kunna redogöra för dessa har jag valt att dela upp dem i tre grupper: fullgörandesyftet, ersättningssyftet och avvecklings- syftet och relatera dessa till domstolens uttalande i 2010 års fall.⁶⁶⁸

10.3.2 Fullgörandesyftet

Fullgörandesyftet innebär med Högsta domstolens ord att vitet förstärker preventionen mot avtalsbrott. Detta får med användning av avhandlingens terminologi förstås som att allt annat lika kommer avtalsvitet att göra att den förpliktade parten inte i lika stor utsträckning får incitament till icke-fullgörelse. Med användning av den kronologi som beskrevs ovan skulle en händelse som leder till förändrade preferensrelationer i ett avtal utan ett vite inte i lika stor utsträckning leda till förändrade preferensrelationer i ett avtal med ett vite.

667. NJA 2010 s. 629, »Temarör och den borttappade huvudnyckeln«, p. 10. Se även NJA 2018 s. 834, »Vitesundantaget i ansvarsförsäkringen«, p. 26 som talar om vitet som »ett på förhand normerat skadestånd som ofta syftar till att parterna inte ska behöva tvista om förhållandena i det enskilda fallet«.

668. Indelningsgrunderna är inspirerade av Taxell, L. E. (1972), *Avtal och rättsskydd*, s. 442.

Denna effekt beskrivs också i litteraturen. Formuleringar på temat är att vitet ska »öka trycket på gäldenären så att han verkligen fullgör sin prestation« eller »[ö]fverenskommelse om vite har till ändamål att ytterligare försäkra mottagaren att å utsatt tid erhålla prestationen (...) förekommer«. ⁶⁶⁹ Andra uttalanden är att vitet ska »utgöra påtryckningsmedel mot den naturapresterande parten att fullgöra sina förpliktelser«. ⁶⁷⁰

10.3.3 Ersättningssyftet

Nästa syfte är att vitet kan ge den skadelidande större ersättning, och med andra regler än vad som skulle följa av skadeståndsrättsliga regler. Detta hör delvis samman med ett annat ändamål som också nämns, att vitet kan utgöra en ansvarsbegränsning till förmån för den kontraktsbrytande parten. ⁶⁷¹ Huruvida dessa ändamål uppfylls beror emellertid på vitesbeloppet, dess relation till ersättning enligt det positiva intresset samt skadans storlek.

Ett vitesbelopp som är högre än det positiva intresset ger som utgångspunkt den skadelidande högre ersättning än utan ett avtalsvite. På motsvarande sätt kan ett exklusivt avtalsvite få samma ekonomiska effekter som en ansvarsbegränsning. Dessa ändamål är således möjliga båda två under förutsättning att vitet är exklusivt. Vem av parterna som

669. Olsen, L. (1986), *Ersättningsklausuler: vite och andra avtalade ersättningar vid kontraktsbrott*, s. 30 och Nordling, E. V. (1913), *Anteckningar efter prof. E. V. Nordlings föreläsningar i svensk civilrätt: allmänna delen*, s. 276.

670. Se Adlercreutz, A., Gorton, L., och Lindell-Frantz, E. (2016), *Avtalsrätt I*, s. 340. Även Fehr, M. (1913), *Om vitesbestämmelser i aftal enligt svensk rätt: en profföreläsning*, s. 6 f., Almén, T., Eklund, R., och Nordström, T. (1997, urspr. publ. 1968), *Lagen om avtal*, s. 139, Rodhe, K. (1956), *Obligationsrätt*, s. 585 och Taxell, *Avtal och rättsskydd*, s. 442 använder liknande formuleringar.

671. För avtalsvitets funktion som ansvarsbegränsning, se avsnitt 9.5 ovan.

gynnas respektive missgynnas beror på vitesbeloppets relation till skadan.⁶⁷²

De »andra ansvarsförutsättningar än som skulle följa av skadeståndsrättsliga regler« följer även dessa av jämförelsen med den dispositiva rätten. Ansvarsförutsättningarna är bland annat krav på inträffad ren förmögenhetsskada, vårdslöshet och adekvat kausalitet mellan avtalsbrottet och skadan, där den skadelidande som huvudregel har bevisbördan för samtliga dessa.⁶⁷³ Eftersom avtalsvitet per definition inte är villkorat av vare sig skada eller vårdslöshet, ökar sannolikheten att skadelidande får ersättning vid motpartens avtalsbrott.

10.3.4 Avvecklingssyftet

Det avslutande syftet är att vitet kan förenkla skadehantering.⁶⁷⁴ Detta har delvis redan behandlats, eftersom samtliga frågor där skadelidande har bevisbördan, med ett avtalsvite innebär att bevisbördan försvinner

672. Att vitesklausulen har ett ersättningssyfte förekommer på en mängd ställen i litteraturen, till exempel från den romerska rätten, Justiniani institutioner Bok 3, kapitel 15, stycke 7 i återgiven i Moyle, J. B. (1913), *The institutes of Justinian*, s. 134, Nehrman, D. (1729), *Inledning til then swenska iurisprudentiam civilem, af naturens lagh och Sweriges rikes äldre och nyare stadgar uthdragen och vpsatt af David Nehrman. Med hans kongl. may:tz nådigsta privilegio*, s. 241, Schrevelius, F. (1857), *Lärobok i Sveriges allmänna nu gällande civil-rätt. D. 2, Förmögenhetsrätten*, s. 686, Fehr, *Om vitesbestämmelser*, s. 6 f., Taxell, *Avtal och rättsskydd*, s. 442, Olsen, *Ersättningsklausuler*, s. 30, Adlercreutz m. fl., *Avtalsrätt I*, s. 340, Ramberg, J. och Ramberg, C. (2019), *Allmän avtalsrätt*, s. 252 samt Ramberg, J. och Herre, J. (2016), *Allmän köprätt*, s. 231 f.

673. Almén, T. och Eklund, R. (1960), *Om köp och byte av lös egendom: kommentar till lagen den 20 juni 1905*, s. 318 och Gorton, L. och Samuelsson, P. (2005), *Kontraktuella viten i Festskrift för Ingemar Ståhl*, s. 83.

674. Nehrman, *Inledning til then swenska iurisprudentiam civilem*, s. 282, Fehr, *Om vitesbestämmelser*, s. 6 f., Rodhe, *Obligationsrätt*, s. 585, Taxell, *Avtal och rättsskydd*, s. 442, Olsen, *Ersättningsklausuler*, s. 30, Almén m. fl., *Lagen om avtal*, s. 139, Adlercreutz m. fl., *Avtalsrätt I*, s. 340 och Ramberg och Ramberg, *Allmän avtalsrätt*, s. 252.

– bortsett från skyldigheten att bevisa avtalsbrott – och därmed allt annat lika uppfyller avvecklingssyftet. Det gör att skadehanteringen för-
enklas, att avtalet avvecklas på ett mindre omfattande sätt än om det
inte innehållit något vite.⁶⁷⁵ Avvecklingssyftet kan också uppnås indi-
rekt, genom att parterna mot bakgrund av vitet inte inleder någon pro-
cess. Även detta syfte bygger emellertid på att avtalsvitet är exklusivt.

10.4 TILLÄMPNINGEN AV DE EKONOMISKA MODELLERNA

Genomgången av de ekonomiska modellerna kommer att ske på lik-
nande sätt i återstående delen av kapitlet. Genom modellerna visas vil-
ken nytta avtalsparterna får givet vissa förutsättningar. Detta kommer
sedan att jämföras med nyttan som parterna får om dessa förutsättningar
varieras.

Först beskrivs hur parterna kommer att agera med ett *Pareto-optimalt
fullständigt avtal*. Dessa avtal maximerar per definition parternas nytta.
Med ett sådant avtal kommer, eftersom det är fullständigt, samtliga
rättsverkningar följa av avtalsnormerna.

Avtal är emellertid i allmänhet ofullständiga och det fullständiga av-
talet är därmed en utopi. Men som utopi är de ändå användbara, ef-
tersom de utgör förebilder för utformningen av de ofullständiga avta-
len. Om parterna i ett ofullständigt avtal kan fås att agera på samma sätt
som om avtalet vore fullständigt, innebär det att också det ofullständiga
avtalet är *Pareto-optimalt* i dessa delar.⁶⁷⁶

675. Se till exempel Kihlman, J., Munukka, J., och Svensson, O. (2017), *Köplagen: en kommentar*, s. 611.

676. Polinsky, A. M. (2011), *An introduction to law and economics*, s. 33.

10.5 MODELL I – EFFEKTIVA AVTALSBROTTSPÅFÖLJDER

10.5.1 Det fullständiga avtalet

Denna modell ska användas för att visa hur förändringar i den ekonomiska ersättningen vid avtalsbrott påverkar parternas agerande i valet mellan fullgörelse och icke-fullgörelse.⁶⁷⁷ En köpare och en säljare ingår ett avtal, enligt vilket säljaren ska tillverka och sälja en vara till köparen. Köparens nytta av att äga varan är 100. Priset betalas vid fullgörelse. Osäkerhetsfaktorn är i detta fall säljarens produktionskostnader, fördelade enligt följande.

<i>Produktionskostnad</i>	<i>Sannolikhet</i>
20	30 %
60	50 %
200	20 %

Eftersom köparen får en nytta på 100 av att äga varan följer att han inte kommer att betala mer än 100 för att äga den. Om priset enligt avtalet sätts till 80 ger de två lägre produktionskostnaderna en vinst för säljaren ($80 - 20 = 60$ eller $80 - 60 = 20$), medan den högsta nivån ger en förlust ($80 - 200 = -120$). Med ett avtal som tvingar säljaren att fullgöra oavsett produktionskostnad blir den sammanlagda förväntade nyttan för henne $30 \% \cdot (80 - 20) + 50 \% \cdot (80 - 60) + 20 \% \cdot (80 - 200) = 4$. Köparen, som är garanterad fullgörelse får en nytta på $100 - 80 = 20$. Således blir den sammanlagda nyttan 24.

677. Framställningen nedan bygger på Shavell, *Damage Measures for Breach of Contract*, s. 466 ff. och Shavell, S. (2004), *Foundations of economic analysis of law*, s. 340 ff. Se också Barton, J. H. (1972), *The Economic Basis of Damages for Breach of Contract*. The Journal of Legal Studies, s. 277 ff. för en tidigare studie på samma tema.

Den sammanlagda nyttan är oberoende av priset. Om priset är 90 innebär det en förväntad nytta för säljaren på $30\% \cdot (90 - 20) + 50\% \cdot (90 - 60) + 20\% \cdot (90 - 200) = 14$. Köparens nytta är $100 - 90 = 10$, och den sammanlagda nyttan blir även i detta fall 24.

Säljaren påverkas uppenbarligen negativt av att tvingas fullgöra vid en produktionskostnad på 200. Om avtalet därför justeras så att säljaren inte behöver fullgöra vid den högsta produktionskostnaden, till exempel genom en *force majeure*-klausul, inträffar följande. Köparen kommer i detta fall inte att garanteras fullgörelse. Denna nackdel kan emellertid kompenseras genom att priset sänks till exempelvis 65. I sådana fall är säljarens förväntade nytta $30\% \cdot (65 - 20) + 50\% \cdot (65 - 60) = 16$ medan köparens förväntade nytta är $80\% \cdot (100 - 65) = 28$, det vill säga en sammanlagd nytta på $28 + 16 = 44$. Båda parterna får det därmed bättre, vilket gör att detta avtal är *Pareto*-effektivt i förhållande till det förra.

Priset påverkar inte heller här den sammanlagda nyttan. Denna påverkas först genom en förändring av säljarens skyldighet att fullgöra. Om denna skyldighet justeras uppkommer ett mönster, där den sammanlagda nyttan maximeras om säljaren fullgör när hennes produktionskostnader understiger köparens värdering av att äga varan.⁶⁷⁸

För att undvika att säljaren tvingas fullgöra när fullgörelse än ineffektivt måste ett fullständigt avtal ta hänsyn till de fall där produktionskostnaden överstiger köparens värdering av varan. Dessa fall kallas gemensamt för *avtalsbrottsmängden*, nedan kallad *B*.⁶⁷⁹ *B* utgör en samling faktiska händelser som innebär att den sammanlagda nyttan vid avtalsbrott blir högre än den sammanlagda nyttan vid fullgörelse.

Som exempel på en avtalsbrottsmängd kan tas det tidigare avtalet där köparen värderar fullgörelse till 100 och priset sätt till 80. Säljarens produktionskostnader kan uppgå till någon av följande.

678. Shavell, *Foundations of economic analysis of law*, s. 341.

679. Efter engelskans *breach set*, Shavell, *Damage Measures for Breach of Contract*, s. 472.

(10.9) 60, 70, 82, 87, 93, 101, 105, 110 och 113.

I enlighet med tidigare konstaterande kommer – vid fullgörelse – den sammanlagda nyttan att maximeras om produktionskostnaden understiger köparens nytta av varan. Således kommer fullgörelse vid produktionskostnaden 60, 70, 82, 87 eller 93 maximera den sammanlagda nyttan. Om kostnaden däremot är 101, 105, 110 eller 113 kommer den sammanlagda nyttan att maximeras om säljaren inte fullgör.⁶⁸⁰ Dessa fyra produktionskostnader utgör således avtalsbrottsmängden och på motsvarande sätt hade de sex första kunnat kallas för fullgörelsemängden.⁶⁸¹ Ett sätt att genom avtalsnormerna skapa en avtalsbrottsmängd är att inkludera en *force majeure*-klausul, vilken i detta fall skulle föreskriva att säljaren inte behöver fullgöra om produktionskostnaden överstiger 100.

Vid ett avtalsingående förekommer ofta så kallade *tillitsutgifter*.⁶⁸² Tillitsutgifter är utgifter som endera parten (i dessa modeller köparen) har med anledning av avtalets ingående. Vid ersättning enligt det negativa intresset ersätts tillitsutgifterna, och de kan också vara en del av det positiva intresset. De syftar till att öka nyttan vid fullgörelse och görs i tillit till att avtalet kommer att fullgöras.⁶⁸³ Värdet för köparen av att

680. Här har jag medvetet valt ett diskret intervall, trots att kostnaden i Shavells artiklar är fördelad enligt en kontinuerlig funktion.

681. Detta beskrivs som »the set of contingencies under which the seller will not perform», se Shavell, S. (1984), *The Design of Contracts and Remedies for Breach*. The Quarterly Journal of Economics, s. 125.

682. Se till exempel Shavell, *Damage Measures for Breach of Contract*, s. 471 f., Rogerson, W. P. (1984), *Efficient Reliance and Damage Measures for Breach of Contract*. The RAND Journal of Economics, s. 40, Shavell, *Foundations of economic analysis of law*, s. 356 ff. och Polinsky, *An introduction to law and economics*, s. 37. Se även Gomard, B. och Iversen, T. (2011), *Obligationsret. D. 2*, s. 257 för en civilrättslig version av tillitsutgifter.

683. Shavell, *Damage Measures for Breach of Contract*, s. 474, angående att »otherwise it would never be advantageous to engage in reliance».

avtalet ska fullgöras kommer att öka ju större tillitsutgifter han har samtidigt som nyttan av tillitsutgifterna vid avtalsbrott i allmänhet antas vara noll. Vid avtalsbrott blir tillitsutgifterna istället enbart en kostnad.

Exempel på sådana kostnader är att köparen av en maskin innan maskinen har levererats måste anpassa verksamheten till maskinen, utbilda personal, sälja och transportera iväg en äldre maskin och så vidare. Detta slags kostnader gör att värdet av fullgörelse blir högre än om kostnaderna inte hade funnits, men kostnaderna är samtidigt värdelösa vid avtalsbrott.

10.5.2 Det ofullständiga avtalet

10.5.2.1 DET POSITIVA INTRESSET

Av ekonomisk litteratur följer att skadestånd enligt det positiva intresset gör att parterna – i valet mellan fullgörelse och icke-fullgörelse – agerar som om avtalet vore fullständigt.⁶⁸⁴ Det beror något förenklat på att ersättningen försätter (i detta fall köparen) i samma ekonomiska situation som om riktig fullgörelse hade skett. Han kommer därför (i teorin) att vara indifferent mellan fullgörelse och skadestånd.⁶⁸⁵ Säljaren väljer icke-fullgörelse endast under förutsättning att den, inklusive det skadestånd hon måste betala till köparen, ger en högre nytta än fullgörelse.

Med utgångspunkt i det fullständiga avtalet ska nedan visas hur parterna agerar med ett ofullständigt avtal där skadeståndet för avtalsbrott uppgår till det positiva intresset. Fördelningen av säljarens produktionskostnad är som tidigare. Om köparen värderar varan till 100 och priset sätts till 75, innebär det att säljaren ska betala 25 till köparen i skadestånd

684. Se till exempel Cooter, R. och Ulen, T. (2012), *Law and Economics*, s. 289 och Posner, R. A. (2014), *Economic analysis of law*, s. 130.

685. Jfr Wilkinson-Ryan, *Do Liquidated Damages Encourage Breach?*, s. 634 f. med hänvisning till Houser, D. m. fl. (2008), *When punishment fails: Research on sanctions, intentions and non-cooperation*. Games and Economic Behavior, s. 517.

vid avtalsbrott. Därigenom kommer köparen att hamna i samma ekonomiska situation som om avtalet rätteligen fullgjordes.

För säljaren innebär det för de två lägsta nivåerna av produktionskostnad att hon kommer att välja fullgörelse, eftersom detta ger den högsta nyttan för henne. Om produktionskostnaden istället uppgår till 200 står hon inför två alternativa förluster: antingen fullgöra och göra en förlust på $75 - 200 = -125$ eller välja icke-fullgörelse och göra en förlust på -25 (vilket motsvarar skadeståndet enligt det positiva intresset). Den rationella säljaren kommer vid därför vid produktionskostnader på 200 att välja icke-fullgörelse, och istället betala skadestånd. Säljarens förväntade nytta uppgår i detta fall till $30\% \cdot (75 - 20) + 50\% \cdot (75 - 60) + 20\% \cdot 25 = 19$ och köparens nytta till $100 - 75 = 25$. Detta gör att den sammanlagda förväntade nyttan blir $25 + 19 = 44$, det vill säga samma belopp som om kontraktet vore fullständigt.⁶⁸⁶

Detta är med andra ord det som eftersträvas om syftet är att maximera parternas sammanlagda nytta: att få parterna till ett ofullständigt kontrakt att agera som om kontraktet vore fullständigt.⁶⁸⁷ Även i detta fall saknar priset betydelse, så länge det understiger köparens värdering av att äga varan. Om priset är 65 kommer säljarens förväntade nytta att vara 9 medan köparens förväntade nytta är 35. Om priset istället är 95 kommer säljarens nytta att vara 39 medan köparens är 5.

686. Shavell, *Foundations of economic analysis of law*, s. 344: »[I]n general, the expectation measure leads to performance if and only if the (gross) value of performance exceeds production cost – exactly when performance would occur under the terms of a mutually desirable completely specified contract.« Samma slutsats förekommer hos Rogerson, *Efficient Reliance and Damage Measures*, s. 47.

687. Allgebraiskt kan detta visas enligt följande. k är priset, c är produktionskostnaden och v köparens nytta av fullgörelse. Om säljaren fullgör är hennes nytta differensen mellan priset och produktionskostnaden, $k - c$. Köparens nytta är differensen mellan nyttan av fullgörelse och priset, $v - k$. Om säljaren begår avtalsbrott ska hon betala motsvarande differens till köparen, och gör då en vinst på $k - v$. Detta ger två olika nyttor: $k - c$ vid fullgörelse och $k - v$ vid avtalsbrott. Säljaren fullgör om och endast om den förra är högre än den senare, eller om $k - c > k - v$, det vill säga om $v > c$.

10.5.2.2 TILLITSUTGIFTER

I ekonomiska modeller innebär tillitsutgifterna en *investering*, som förväntas ge en viss avkastning högre än utgiften, samtidigt som den ofrånkomligen är förknippad med en viss osäkerhet. Detta har kort förklarats i kapitel 6. Utan tillitsutgifter antas nyttan av fullgörelse vara 100. Priset för köparen är 80. Nyttoökningen blir därför 20 med ett fullgjort avtal. Om köparen också har tillitsutgifter på 10 antas dessa ge en nytta på 15 vid fullgörelse. Det innebär i detta fall att köparens nytta, med tillitsutgifter och vid fullgörelse, är 115. Nyttoökningen blir därför i detta fall 25. Men investeringen som tillitsutgifterna innebär är också en osäkerhetsfaktor, eftersom nyttan vid avtalsbrott av dessa utgifter i regel är noll. För att återkoppla till tidigare exempel har köparen ingen nytta av att ha utbildad sin personal i hur den nya maskinen ska handhas, om maskinen på grund av avtalsbrott inte levereras. Eftersom avtalsbrott alltid kan inträffa – det finns en sannolikhet för avtalsbrott som är större än noll – innebär det att tillitsutgifterna med en viss sannolikhet blir värdelösa. Detta måste tas hänsyn till i modellerna.

Köparen väljer tillitsutgifter så att dessa ska maximera hans förväntade nytta. Skulle säljaren begå avtalsbrott kommer ersättningen enligt det positiva intresset att inkludera tillitsutgifterna och beräknas utifrån nyttan av fullgörelse inklusive tillitsutgifterna (det vill säga 125 istället för 100 i exemplet ovan). Tillitsutgifterna blir för honom samma minuspost oavsett fullgörelse eller avtalsbrott, men skillnaden att nyttan med dem blir högre vid fullgörelse.

Såvitt gäller det positiva intresset är skadeståndet skillnaden mellan köparens nytta vid fullgörelse och köparens nytta vid avtalsbrott enligt följande.

$$(10.10) \quad d = v(r) - u(r)$$

där v respektive u är köparens nytta vid fullgörelse respektive icke-fullgörelse och r är tillitsutgifterna.

Respektive nytta är en funktion av tillitsutgifterna. Dessa bygger på att de är just en investering med osäker avkastning (på grund av risken för avtalsbrott). Vid ersättning enligt det positiva intresset blir dessa utgifter en *försäkring* istället för en investering. Försäkringen, som med sannolikhet $p = 1$ kommer att falla ut, innebär att ju högre utgifter köparen drar på sig, desto högre skadestånd kommer han att få.

I detta fall kan framställningen underlättas av ett numeriskt exempel.⁶⁸⁸ Precis som tidigare är den osäkra variabeln säljarens produktionskostnader, vilka är fördelade på samma sätt som tidigare. Men nu förekommer också köparens tillitsutgifter i modellen, vilka i sin tur påverkar köparens nytta av fullgörelse. Tillitsutgifterna kan hamna på tre olika nivåer: 0, 5 eller 50. Till varje nivå är kopplad en nyttonivå för köparen vid fullgörelse enligt följande.

<i>Tillitsutgifter</i>	<i>Nytta vid fullgörelse</i>
0	50
5	100
50	150

Med ett fullständigt kontrakt kommer parternas nytta se ut enligt följande. Om köparens värde av fullgörelse är 50 kommer produktionen bara att ske vid den lägsta produktionskostnaden. Detta ger en nytta för både säljaren och köparen på $30\% \cdot (50 - 20) = 9$, det vill säga sammanlagt 18. Om tillitsutgifterna är 5 kommer värdet av fullgörelse att vara 100 för köparen, och produktion kommer att ske vid den lägre och den mellersta produktionskostnaden. Detta leder till en sammanlagd nytta på $30\% \cdot (100 - 20) + 50\% \cdot (100 - 60) - 5 = 39$. Avslutningsvis, om tillitsutgifterna är 50 och värdet av fullgörelse 150 förändras inte produktionen,

688. Shavell, *Foundations of economic analysis of law*, s. 355 ff.

utan säljaren väljer fortfarande fullgörelse vid den lägre och den mellersta nivån på produktionskostnader. Den sammanlagda nyttan kommer då att vara $30\% \cdot (150 - 20) + 50 \cdot (150 - 60) - 50 = 34$.

En ökning av tillitsutgifterna på $50 - 5 = 45$ ökar nyttan med 50, men den sammanlagda nyttan blir lägre. Det beror på att nyttan av de nedlagda tillitsutgifterna är villkorad av fullgörelse (vilket sker med 80 % sannolikhet) medan tillitsutgiften inträffar med säkerhet. Köparens nyttoökning vid fullgörelse inträffar med andra ord med 80 % sannolikhet, och nyttan blir 80 % av 50, det vill säga 40. Den ökade förväntade nyttan blir 40 mot en ökad utgift på 45, vilket förklarar varför den optimala nivån för tillitsutgifterna är 5 och inte 50.

10.5.2.3 RISKFÖRDELNING

Ersättning enligt det positiva intresset tar inte hänsyn till parternas inställning till risk. Hittills har framställningen utgått från att parterna är riskneutrala. Detta är emellertid en förenkling. Istället är utgångspunkten inom ekonomisk litteratur (baserat på verkligheten) att parter i allmänhet är riskaversiva. Denna inställning förekommer också som förutsättning för en mängd ekonomiska modeller inom olika områden.⁶⁸⁹ Att en part står risken för en viss omständighet innebär att parten ensam bär konsekvenserna av om omständigheten inträffar.⁶⁹⁰ Risken är också i allmänhet ofrånkomlig. Nyttomaximeringen går därför inte ut på att

689. Se till exempel Laffont, J.-J. och Martimort, D. (2002), *The theory of incentives: the principal-agent model*, s. 158.

690. Risk förknippas i det allmänna språkbruket som något negativt, att den inträffade händelsen i någon mån minskar partens nytta, se till exempel Runesson, E. M. (1996), *Rekonstruktion av ofullständiga avtal: särskilt om köplagens reglering av risken för ökade prestationskostnader*, s. 19 ff. Så behöver emellertid inte vara fallet, utan det kan också handla om nyttoökande omständigheter. Polinsky, *An introduction to law and economics*, s. 65 talar till exempel om »beneficial risk», som om den inträffar i hans exempel innebär en nyttoökning för den part som bär risken.

eliminera risken, utan att allokera den så att den sammanlagda nyttan maximeras.

Parternas olika inställning till risk innebär att deras nytta påverkas olika av hur risken fördelas. Nyttan hos en riskneutral part påverkas inte av att han eller hon bär risken. Däremot minskar nyttan för en riskaversiv part av att bära risken, medan nyttan av att bära risken ökar för en risksökande part. Är båda avtalsparter riskaversiva gäller att sätta deras inställning i relation till varandra. Detta innebär att en nyttomaximerande riskfördelning uppkommer om risken allokeras hos den minst riskaversiva parten.⁶⁹¹

I exemplet ovan med säljarens produktionskostnad innebär ersättning enligt det positiva intresset att säljaren står hela risken. Detta är en nyttomaximerande riskfördelning bara om säljaren är mindre riskaversiv än köparen. Om säljaren istället är mer riskaversiv än köparen är den riskfördelning som skapas av det positiva intresset ineffektiv. Situationen kan beskrivas med följande exempel av Shavell.

In this case, the seller could easily be imagined to be unable or unwilling to bear the risk of paying the expectation damages, or else would charge a very high price to compensate it for bearing the risk. In a situation in which the expectation measure has such disadvantages on grounds of risk bearing, another damage measure, a lower one, may be mutually desirable even though it results in performance less often than is ideal.⁶⁹²

Ett sätt att minska säljarens risk är att minska hennes ersättningsskyldighet vid avtalsbrott, det vill säga till ett belopp som understiger det positiva intresset. Detta gör att den sammanlagda nyttan enbart med hänsyn till riskfördelningen ökar, om säljaren är riskaversiv. Men minskningen av ersättningen vid avtalsbrott innebär också att säljaren – allt

691. Polinsky, *An introduction to law and economics*, s. 65.

692. Shavell, *Foundations of economic analysis of law*, s. 351.

annat lika – i vissa fall kommer att agera ineffektivt i valet mellan fullgörelse och avtalsbrott. Dessa nackdelar måste vägas mot varandra. Är parternas främsta intresse en nyttomaximerande riskfördelning kan de att välja storlek på ersättningen som givet en viss riskfördelning kan komma att skapa ineffektiva incitament mellan fullgörelse och avtalsbrott.⁶⁹³

10.6 M O D E L L 2 – A S Y M M E T R I S K I N F O R M A T I O N

10.6.1 Allmänt om moral hazard

Modell nr 2 bygger på den del av Principal agent-teorin som kallas *moral hazard* eller *hidden action*, och visar hur delegation av en arbetsuppgift, tillsammans med informationsasymmetri och motstående intressen minskar parternas sammanlagda nytta.⁶⁹⁴ I framställningen nedan har jag som bakgrund valt rättsfallen som togs upp i föregående kapitel: skiljenämndens dom i Svea hovrätts dom i mål T 1085 – 11, »ProfilGruppen mot KPMG« samt NJA 2017 s. 113, »Den överlåtna besiktningen«, eftersom de problem som Principal Agent-modellen adresserar är samma problem som i rättsfallen.

693. Shavell, *The Design of Contracts*, s. 146 f. skriver att »what is a mutually desirable remedy from the point of view of risk-sharing may be an undesirable remedy from the point of view of the creation of incentives to perform«.

694. Litteraturen kring denna modell är omfattande. Avsnittet nedan bygger till stor del på Laffont och Martimort, *The theory of incentives*, s. 148 - 156. Liknande framställningar framgår i bokform av till exempel Macho-Stadler, I. och Pérez-Castrillo, J. D. (2001), *An introduction to the economics of information: incentives and contracts*, s. 37 ff., Bolton, P. och Dewatripont, M. (2005), *Contract theory*, s. 129 ff. och Salanié, B. (2005), *The economics of contracts: a primer*, s. 119 ff. Enligt vedertagen terminologi är Principalen en hon och Agenten en han.

Modellen innehåller två parter: *Principal* och *Agent*. Principalen delegerar utförandet av en arbetsuppgift till Agenten.⁶⁹⁵ Principalens nytta ökar genom att Agenten utför de delegerade uppgifterna och Agentens nytta ökar genom att han får betalt av Principalen. Ju bättre arbete av Agenten, desto högre nytta för Principalen. Om Agenten anstränger sig ökar sannolikheten för ett bra resultat. Samtidigt minskar Agentens nytta av att han tvingas anstränga sig, och han får inte del av det mervärde som följer av hans ansträngning.⁶⁹⁶ Att få Agenten att anstränga sig kostar pengar för Principalen, och ju högre betalning Agenten får, desto lägre nytta får Principalen (allt annat lika). Ansträngningen kallas i litteraturen för *effort variables*, vilka »positively influence the agent's level of production but also create a disutility for the agent«.⁶⁹⁷

I rättsfallen motsvaras Principalen av köparna av genomgången av besiktningsutlåtandet respektive beställaren av rapporten om bolagets finansiella status, ProfilGruppen. Agenten är den som utför uppgiften, besiktningsmannen respektive KPMG.⁶⁹⁸ Undersökningarna kostar pengar att genomföra, 17 250 respektive ca 400 000 kr. Den rationella

695. Fördelarna med delegering av arbetsuppgifter är noterade redan i Platon (2003, urspr. publ. ca 380 f. Kr.), *Skrifter. Bok 3, Staten*, s. 87. Andra exempel på Principal Agent-relationer är jordägare och arrendator, aktieägare och bolagsledning samt försäkringsgivare och försäkringstagare.

696. Detta problem hade iakttagits redan av Smith, A. (2007, urspr. publ. 1776), *An Inquiry Into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, s. 249 ff.

697. Laffont och Martimort, *The theory of incentives*, s. 145 f.: »For instance, the yield of a field depends on the amount of time that the tenant has spent selecting the best crops, or the quality of their harvesting«.

698. Av rättsfallet framgår inte uttryckligen vem som gick igenom protokollet med köparna. Jag har antagit att besiktningsmannen också gjorde genomgången av besiktningsprotokollet tillsammans med köparna. Jag har också valt att se besiktningen samt genomgången av den som en enhet, vilket är en medveten förenkling. Detta är också förklaringen att priset är 17 250 (vilket säljaren betalade för besiktningen) och inte 3 900 kr, vilket köparen betalade för genomgången av besiktningsutlåtandet.

Agenten vill ha så mycket ersättning som möjligt men utföra så lite arbete som möjligt, eftersom det är enbart då som hans individuella nytta maximeras.

Delegeringen av arbetsuppgifterna skapar en *informationsasymmetri*. Asymmetrin innebär bland annat att Agenten är förstahandsinformerad av hur arbetet utförs. Principalen kan efter delegeringen inte fullt ut kontrollera vad Agenten gör och har också »annat för sig« än att kontrollera Agenten. En övervakning skulle dessutom leda till höga kostnader för Principalen.

Agentens val av åtgärder eller hur han i allmänhet väljer att utföra sitt uppdrag är heller ingenting som parterna kan formulera i ett kontrakt. Principalen kan därför inte heller avtalsvis kontrollera Agentens förehavanden. Laffont och Martimort förklarar detta enligt följande.

By the mere fact of delegation, the principal often loses any ability to control those actions that are no longer observable, either by the principal who offers the contract or by the court of law that enforces it. Those actions cannot be contracted upon because no one can verify their value. In such cases we will say that there is moral hazard.⁶⁹⁹

Delegeringen är således ett nödvändigt villkor i en informationsasymmetri. Därutöver antas också att parterna har olika eller motstridiga syften eller intressen såvitt gäller de arbetsuppgifter Agenten ska utföra.⁷⁰⁰ Denna konflikt framgår av det tidigare noterade, att Principalen vill att Agenten ska göra ett bra arbete medan Agenten vill göra så lite som möjligt (vilket i sin tur minskar sannolikheten för ett bra arbete).

Resultatet av Agentens arbete är en produkt av Agentens förehavanden och en slumpfaktor, »the realized production level is just a noisy

699. Laffont och Martimort, *The theory of incentives*, s. 145.

700. A. a. s. 146 och Salanié, *The economics of contracts*, s. 120.

signal of the agent's action». ⁷⁰¹ Hade inte slumpfaktorn funnits hade delegering och informationsasymmetri inte skapat några problem, eftersom både Principal och en domstol hade kunnat observera utfallet av arbetet och från det sett huruvida Agenten agerat avtalsenligt eller inte.

Det avtalsenliga ligger nämligen inte i själva utfallet av avtalet, utan att Agenten anstränger sig samtidigt som ansträngningen inte kan avtalas om eller kontrolleras. Principalen får istället försöka att genom ett kontrakt att ge Agenten incitament att anstränga sig.

Through this contract the principal wants to induce, at a reasonable cost, a high effort from the agent despite the impossibility of directly conditioning the agent's reward on his action. ⁷⁰²

10.6.2 Utgångspunkter

I jämningsfallen kan ett bra arbete likställas med ett krav på ett fackmässigt arbete, vilket antas ange den grundläggande nivån på Agentens arbete. Om besiktningsmannen eller revisionsfirman anstränger sig ökar sannolikheten för ett fackmässigt (alternativt omsorgsfullt) arbete. Frågan blir hur Principalen ska ge Agenten incitament att anstränga sig, eftersom hon inte kan kontrollera huruvida så faktiskt sker (till exempel kunde ProfilGruppen inte övervaka hur faktiskt KPMG arbetade).

Om resultatet varit direkt proportionellt mot det nerlagda arbetet hade det inte varit något problem med avtalsformuleringen, eftersom Principalen i sådana fall hade kunnat skriva ett avtal där Agentens er-

701. Laffont och Martimort, *The theory of incentives*, s. 146.

702. A. a.

sättning varit direkt kopplad till utfallet eller resultatet. Men ansträngning och produktionsvolym är inte direkt proportionella, utan här spelar slumpen roll.⁷⁰³

Slumpen påverkar på två olika sätt. Det ena är dess betydelse för utfallet av Agentens arbete, det andra att den inte är en kontrakterbar variabel. Anstränger sig Agenten för att göra ett bra resultat ökar förvisso sannolikheten att han lyckas. Men samtidigt är ansträngningen ingen garanti för ett lyckat resultat. I stället kan, på grund av faktorer som Agenten inte kan styra över, Agenten misslyckas trots att han anstränger sig eller kan han lyckas utan att anstränga sig.

En Principal som vill att Agenten ska anstränga sig måste hantera slumpvariabeln. Detta sker genom ett avtal där ansträngning är det bättre alternativet för Agenten (och för Principalen). Agenten ska i valet mellan att anstränga sig eller att inte göra det värdera den förväntade nyttan högre vid den förra situationen än den senare.

Även utfallet av produktionen är enligt modellen tvådelad, hög eller låg, där q_2 är hög produktion och q_1 låg. Här gör jag en koppling mellan produktionsvolymen och fackmässigt utförande. Hög produktionsvolym innebär att undersökningen är fackmässigt utförd och innebär således fullgörelse. Låg volym innebär att den inte är fackmässigt utförd och därmed föreligger avtalsbrott.

Agentens betalning är kopplad till resultatet, och ett fackmässigt utförande ger en hög ersättning och vice versa. Om Agenten inte uppfyller förpliktelserna enligt avtalet och begår avtalsbrott ger detta därför inte fullt betalt. Om Agenten blir skadeståndsskyldig innebär det istället i vissa fall att Agentens ersättning är negativ, det vill säga han tvingas

703. Se till exempel Ross, S. A. (1973), *The Economic Theory of Agency: The Principal's Problem*. American Economic Review, s. 134, Holmström, *Moral Hazard and Observability*, s. 75, Shavell, S. (1979), *Risk sharing and incentives in the principal and agent relationship*. Bell Journal of Economics, s. 57 och Grossman, S. J. och Hart, O. (1983), *An Analysis of the Principal-Agent Problem*. Econometrica, s. 10 för olika exempel på slumpens förekomst i Principal Agent-modeller.

betala Principalen, istället för tvärtom. Båda jämningsfallen är exempel på det senare, eftersom i båda fall ersättningen från uppdragsgivarna var avsevärt lägre än den skada som de drabbades av. I KPMG-fallet, där ersättning tillerkändes, innebär den att ersättningen från Principal till Agent blev $400\,000 - 8\,000\,000 = 7\,600\,000$ kr.

Principalens nytta ökar av en fackmässigt utförd besiktning och minskar av betalningen till Agenten.⁷⁰⁴ Principalens förväntade netto-nytta är V_1 om Agenten anstränger sig och V_0 om Agenten inte anstränger sig. Om Agenten anstränger sig är sannolikheten högre för ett fackmässigt utförande.⁷⁰⁵

Principalens nytta av att betala Agenten minskar exponentiellt.⁷⁰⁶ Detta innebär att om ersättningen till exempel är 100, kommer Agentens nytta att öka med 100 om han får ersättningen. Principalens nytta kommer istället att minska med 100. Om Agenten får ytterligare 100 i ersättning kommer emellertid hans ytterligare nytta inte att vara 100 utan till exempel 95, medan Principalens nytta av de ytterligare 100 minskar med säg 105. På motsvarande sätt gäller för nästa 100 i ersättning och så vidare. Detta innebär att varje ytterligare ersättning som Principalen måste betala Agenten innebär att den sammanlagda nyttan

704. Jag antar här något förenklat att båda rättsfall handlade om besiktning.

705. Principalens förväntade nytta är $V_1 = \pi_1(S(q_2) - t_2 + (1 - \pi_1)(S(q_1) - t_1))$ om Agenten anstränger sig. Om Agenten inte anstränger sig blir nyttan istället $V_0 = \pi_0(S(q_2) - t_2 + (1 - \pi_0)(S(q_1) - t_1))$. Slumpens inverkan på Agentens produktion är $\Pr(q = q_2 \mid e = 0) = \pi_0$ respektive $\Pr(q = q_2 \mid e = 1) = \pi_1$, det vill säga att sannolikheten π_i för avtalsenligt resultat är högre om Agenten anstränger sig än om han inte gör det, π_1 , Laffont och Martimort, *The theory of incentives*, s. 149.

706. Av modellens förutsättningar framgår att Agentens nyttofunktion är ökande och konkav (det vill säga en positiv förstaderivata och en negativ andraderivata). För Principalen gäller istället att hennes onytta är ökande och konvex (det vill säga både första- och andraderivatan är positiva).

minskar. Vid den första betalningen är den sammanlagda nyttan konstant, medan den vid andra betalningen minskar med $95 - 105 = -10$, och så vidare. Även nyttominskningen sker exponentiellt.

Ett avtalsbrott skapar i allmänhet transaktionskostnader som inte uppkommer vid fullgörelse. Målet är därför för Principalen att skapa ett avtal som ger Agenten incitament att anstränga sig, eftersom detta minskar sannolikheten för avtalsbrott. Sådana incitament får Agenten genom att ansträngning ger den högsta förväntade nyttan för honom. Ett avtal som ger sådana incitament uppfyller *incitamentsvillkoret*.⁷⁰⁷ Utöver detta krävs att Agenten om han anstränger sig, får en högre förväntad nytta av avtalet än utan avtalet, *medverkansvillkoret*.⁷⁰⁸ Avtal som uppfyller båda dessa villkor är *incitamentsförenliga avtal*. Ett sådant avtal kommer dels att bli ingånget, dels leda till att Agenten anstränger sig.

Om besiktningen utförs fackmässigt motsvarar detta en hög produktionsnivå, det vill säga (q_2). Denna innebär i sin tur att avtalsförpliktelsen är fullgjord. På motsvarande sätt gäller att om besiktningen inte utförs fackmässigt motsvarar det en låg produktionsnivå (q_1) och avtalsbrott.

Modellen följer en enkel, formaliserad kronologi. Först erbjuder Principalen Agenten ett avtalsförslag, där Agentens resultatbaserade ersättning framgår. Agenten kan välja att acceptera eller avböja förslaget. Om Agenten accepterar avtalet väljer han också sin ansträngningsnivå, vilken är osynlig för Principalen. Resultatet visar sig därefter, och avtalet avslutas med att Agenten överlämnar arbetet och Principalen betalar Agenten. Med ett avtal baserat på produktionsvolymen, och mot bakgrund av de variabler som beskrivits ovan, kommer Agenten att producera antingen q_2 eller q_1 , och för detta få betalt i t_2 respektive t_1 .

707. Villkoret är $\pi_1 u(t_2) + (1 - \pi)u(t_1) - \psi \geq \pi_0 u(t_2) + (1 - \pi_0)u(t_1)$, där särskilt vänsterledets ψ kan noteras, nyttominskningen det innebär att anstränga sig.

708. Laffont och Martimort, *The theory of incentives*, s. 147.

10.6.3 Det fullständiga och optimala avtalet

Med ett fullständigt avtal finns ingen informationsasymmetri eller motstridiga intressen. Istället kan både (en riskneutral) Principal och en domstol se vad Agenten gör. Således kan den Principal som vill att Agenten ska anstränga sig avtala om detta och kräva ersättning om Agenten bryter mot detta villkor. I dessa fall saknar incitamentsvillkoret betydelse. Det enda villkoret som måste uppfyllas är medverkansvillkoret, att Agenten ska om han anstränger sig få en högre förväntad nytta av att ingå avtalet än att inte ingå det.

För Principalen innebär detta att så länge Agenten får en högre förväntad nytta av att ingå avtalet kommer han också att göra det. Denna Agentens nytta utgörs av differensen mellan ersättningen och kostnader hänförliga till den ansträngning det innebär att utföra arbetet. Därigenom finns bara en begränsning för Principalen, eftersom hon (och en domstol) kan se i vilken mån Agenten fullgör sin avtalade skyldighet att anstränga sig. Om Agenten inte uppfyller denna skyldighet innebär det avtalsbrott och eventuellt en skadeståndsskyldighet.

Med en synlig variabel kommer Agenten få samma ersättning oavsett om Agenten utför arbetet fackmässigt eller inte, så länge Agenten har ansträngt sig (vilket är den relevanta och avtalade variabeln i detta fall, och det som Principalen vill). Detta leder till att ett avtal kan ingås. Agentens ersättning i detta fall blir precis så stor att den täcker hans kostnader (och således är medverkansvillkoret uppfyllt) av att anstränga sig. Detta utgör också den förväntade ersättningen, »the *first-best cost* C^{FB} of implementing the positive effort level« från Principal till Agent om Principalen vill ge Agenten incitament att anstränga sig.⁷⁰⁹

Om Principalen vill ge dessa incitament är hennes förväntade nytta V_1 . V_1 utgörs av summan av den förväntade nyttan vid fullgörelse och

709. A. a. s. 152.

den förväntade nyttan vid avtalsbrott. Denna minskas sedan med ersättningen till Agenten, C^{FB} . Om hon däremot inte vill att Agenten ska anstränga sig är hennes förväntade nytta V_0 . V_0 innebär på samma sätt som V_1 summan av den förväntade nyttan vid fullgörelse och den förväntade nyttan vid avtalsbrott. Däremot minskas inte V_0 av C^{FB} , eftersom den bara förekommer när Principalen vill ge Agenten incitament att anstränga sig. Nackdelen för henne är att sannolikheten minskar för ett fackmässigt arbete. Dessa för- och nackdelar måste vägas mot varandra, och Principalen väljer att ge Agenten incitament att anstränga sig om och endast om $V_1 > V_0$.⁷¹⁰

10.7 MODELL 3 – TYPER AV HUVUDFÖRPLIKTELSE R

10.7.1 Det fullständiga avtalet

Även denna modell utgår från vad som framgick av Modell 1, att i valet mellan fullgörelse och avtalsbrott är ersättning enligt det positiva intresset den ersättningsform som maximerar den sammanlagda nyttan. Modell 3 beskriver hur parterna väljer vilka rättsverkningar som följer av avtalsnormerna, vilka som följer av utfyllnadsnormerna samt hur relationen mellan dessa normgrupper tillsammans med andra faktorer påverkar nyttan. Utgångspunkten är att parterna föredrar att låta rättsverkningarna följa av avtalsnormerna om och endast om detta ger en högre nytta än om de följer av den dispositiva rätten.

Samtidigt innebär avtalsskrivandet transaktionskostnader (inklusive tid), vilket gör att rationella parter i många fall medvetet låter avtalen

⁷¹⁰. Formellt skrivs uttrycken som $V_1 = \pi_1 S_2 + (1 - \pi_1) S_1 - h(\psi)$ respektive $V_0 = \pi_0 S_2 + (1 - \pi_0) S_1$ där π_1 är sannolikheten för ett fackmässigt arbete, S_2 Principalens nytta av ett fackmässigt arbete, π_0 sannolikheten för ett icke-fackmässigt arbete samt S_1 Principalens nytta av ett icke-fackmässigt arbete. För ersättningen $h(\psi)$ till Agenten gäller att både dess första- och andraderivata är positiv.

vara mer eller mindre ofullständiga. Anledningarna till att rättsverkningarna av en viss faktisk händelse ska följa av avtalsnormerna varierar givetvis. Vissa gemensamma drag finns emellertid, delvis beroende på innehållet i den dispositiva rätten. Om en viss önskad rättsverkan inte har någon motsvarighet i en norm i den dispositiva rätten måste parterna ha en avtalsnorm för att den eftersökta rättsverkan ska inträffa. Om däremot en motsvarighet till avtalsnormerna förekommer också i den dispositiva rätten innebär det att liknande rättsverkningar som följer av avtalsnormerna inträffar ändå.

Avtalsvitet är ett exempel på det senare. Förklaringen till dess förekomst ligger därför inte i en viss rättsverkan – ersättning vid avtalsbrott – eftersom denna hade förekommit ändå i form av ersättning enligt det positiva intresset. Istället måste avtalsvitet ha andra fördelar. Dessa kan till exempel vara skillnaden i regeln rekvisit, där skadelidandes bevis-skyldighet är betydligt mindre med ett avtalsvite. De kan också vara en eller flera av de syften med avtalsvitet som beskrivs i den juridiska litteraturen.⁷¹¹

Som tidigare utgår jag från det fullständiga och nyttomaximerande avtalet för att därefter se i vilken mån ett ofullständigt avtal avviker från detta. Ett avtal är i denna bemärkelse fullständigt om rättsverkningarna av samtliga faktiska händelser följer av avtalsnormerna.

Även här används säljarens produktionskostnad som osäkerhetsfaktor. Om avtalet är fullständigt förekommer emellertid ingen osäkerhet, eftersom avtalsnormerna kommer svara även på dessa frågor. Avtalsnormerna kommer till exempel att reglera vad som sker vid förändringar i marknadsvärdet och eller vad som sker vid ökade produktionskostnader. Detta avtal är också *Pareto*-optimalt, i bemärkelsen att ingen av parterna kan förbättra det utan att någon av dem får en lägre förväntad nytta. Även tillitsutgifter inkluderas i modellen, med samma innebörd som tidigare.

711. Se avsnitt 10.3 ovan.

Precis som i Modell 1 innehåller det fullständiga avtalet en avtalsbrottsmängd, B . Denna gör att det fullständiga avtalet för varje händelse maximerar parternas sammanlagda nytta, även om avtalsbrott inte sker i juridisk bemärkelse. Säljaren kommer inte att fullgöra om hennes produktionskostnader överstiger köparens nytta av fullgörelse. Detta gör att hon fullgör vid en viss händelse om och endast om den sammanlagda nyttan ökar.

10.7.2 Det ofullständiga avtalet

Mot bakgrund av kostnaderna och tiden det tar för att låta avtalsnormerna omfatta alla frågor väljer parterna i regel att låta avtal i olika hög grad vara ofullständiga. Kostnaden gör att den förväntade nyttan för ett ofullständigt avtal understiger den förväntade nyttan med ett fullständigt avtal, vilket till stor del beror på kostnaden för avtalsskrivande. Denna kostnad antas belasta båda parter, men är till skillnad från rättegångskostnader en transaktionskostnad som minskar den sammanlagda nyttan. Kostnaden ska i sin tur jämföras med »the possible adverse consequences of failure to provide for certain contingencies» och hur detta förhåller sig till de kostnader som uppstår med säkerhet.⁷¹²

Modellen visar nyttan för parterna att givet en viss händelse, låta rättsverkningarna följa av avtalsnormerna respektive utfyllnadsnormerna. Med lånad terminologi från Shavell avses med S mängden avtalade händelser. En specifik händelse kallas nedan för θ . Shavell beskriver modellens förutsättningar enligt följande.

First, the parties must choose a set S of contingencies for which to write explicit enforceable provisions: Only if a contingency θ is in S

712. 713. Shavell, *The Design of Contracts*, s. 128. Här ska också påpekas den osäkerhetsfaktor det innebär att parterna inte med säkerhet vet konsekvenserna av vare sig den dispositiva rätten eller avtalsnormerna. Det blir därför subjektiva värderingar som ligger till bakgrund för den förväntade nyttan och inte en *von Neumann-Morgenstern*-nytta.

does the contract specify whether the seller shall perform. Let $B \subset S$ be the subset of contingencies under which according to the contract the seller does not perform. If θ is not in S , then something outside the contract (contract law, custom, renegotiation) determines what will happen should θ occur.⁷¹³

Här uppstår frågan vad – med dessa förutsättningar – ett *Pareto*-optimalt ofullständigt avtal ska innehålla med hänsyn till relationen mellan S och B . För att kunna göra skillnad mellan fullgörelse och icke-fullgörelse krävs att skillnad görs mellan B och S . B , det vill säga avtalsbrottsmängden, utgörs av de faktiska händelser vars rättsverkan följer av avtalsnormerna och enligt vilka avtalsbrott ger högre nytta än fullgörelse. Om θ istället tillhör S men inte B innebär det att den faktiska händelsen omfattas av avtalsnormerna men inte innebär avtalsbrott. Om händelsen θ inte omfattas av de avtalade händelserna S kommer bedömningen av avtalsbrott eller inte att följa av den dispositiva rätten. Detta kan till exempel jämföras med om parterna i en klausul anger reklamationstiden till en vecka. I sådana fall gäller inte köplagens reklamationskrav på inom skälig tid, och rättsverkningarna av en inträffad faktisk händelse (reklamation) följer av avtalsnormerna istället.

Urvalsprocessen av händelser att inkludera i mängden S innebär arbete för parterna. Arbetet innebär kostnader, vilket generellt ger att ju fler händelser som parterna inkluderar, desto högre kostnader. Men fler händelser innebär också högre sannolikhet att rättsverkan av en viss händelse följer av avtalsnormerna. Kostnaden för parterna att kontraktera en händelse delas enligt modellen lika.

Vid icke-fullgörelse aktualiseras avtalsbrottspåföljder, där dessa kan vara både avtalade och sådana som följer av den dispositiva rätten. Eftersom det är säljaren som ska utföra avtalets huvudprestation följer att det är köparen som vill visa att säljaren inte har uppfyllt denna (om så är

713. A. a. s.

fallet). Denna kostnad kommer därför att enbart belasta köparen. Kostnaden beror på händelsen och kallas för *verifikationskostnad*.

För att redogöra för nyttan för de olika omfattningarna av S och B krävs ytterligare tre variabler, kopplade till varsin nyttofunktion. Dessa är x , y och z , vars värden är en funktion av den inträffade händelsen. Alla utgör parternas sammanlagda nytta av respektive utfall enligt följande.

(10.11) $x(\theta)$ = parternas sammanlagda nytta givet den inträffade händelsen, att denna är avtalad och innebär fullgörelse.

(10.12) $y(\theta)$ = parternas sammanlagda nytta (exklusive verifikationskostnaderna) givet händelsen, att denna är avtalad och innebär icke-fullgörelse.

(10.13) $z(\theta)$ = parternas sammanlagda nytta om händelsen inte är en avtalad händelse.

Med dessa förutsättningar gäller för ett ofullständigt *Pareto*-optimalt avtal, att om händelsen är en avtalad händelse kommer (1) klausulen att ge säljaren incitament att fullgöra om och endast om den sammanlagda nyttan vid fullgörelse överstiger den sammanlagda nyttan vid icke-fullgörelse, minskad med köparens verifikationskostnader. Mot bakgrund därav kommer (2) mängden avtalade händelser ges av följande uttryck:

$$(10.14) \quad S = \{\theta \mid \alpha(\theta) < h(\theta)[\max(x(\theta), y(\theta) - \beta(\theta)) - z(\theta)]\}$$

Olikheten ger – förvisso trivialt – att en hög kostnad att kontraktera en händelse minskar parternas incitament att kontraktera den. I olikhetens högerled återfinns vidare flervariabelfunktionen

$$(10.15) \quad \max(x(\theta), y(\theta) - \beta(\theta)) - z(\theta)$$

Denna visar förhållandet mellan olika nyttor för samma händelse. Nyttan är i sin tur beroende av om händelsen omfattas av avtalsnormerna eller inte samt om den enligt avtalsnormerna innebär fullgörelse eller inte. Om händelsen omfattas följer i enlighet med 1) att värdet av (10.15)

ges av vilket av $x(\theta)$ och $y(\theta) - \beta(\theta)$ som är störst (vilket också följer av det grundläggande antagandet om rationella parter). Detta minskas sedan med $z(\theta)$, det vill säga nyttan av att händelsen skulle omfattas av den dispositiva rätten.

Ju högre värde på x respektive y , desto högre värde på funktionen och desto högre sannolikhet att parterna avtalar den faktiska händelsen θ . Detta värde minskas med köparens kostnad att visa att händelsen innebär icke-fullgörelse. Värdet minskas också av det sammanlagda värdet som parterna åsätter att rättsverkningarna av händelsen skulle följa av den dispositiva rätten. Således gäller att ju högre värde på $z(\theta)$, det vill säga ju »bättre» dispositiv rätt, desto mindre sannolikt att parterna vill att θ ska omfattas av avtalsnormerna.

Mot bakgrund av dessa premisser kan ett av tre sinsemellan oförenliga utfall inträffa:

- (10.16) $\theta \in S \cap B^* \rightarrow$ utfall som omfattas av avtalsnormerna och som enligt dessa innebär avtalsbrott.
- (10.17) $\theta \in B \rightarrow$ utfall som omfattas av avtalsnormerna och som enligt dessa innebär fullgörelse.
- (10.18) $\theta \notin S \rightarrow$ utfall som omfattas av den dispositiva rätten och bedöms enligt den antingen som fullgörelse eller avtalsbrott.

Denna modell ska i nästa kapitel tillämpas i en viteskontext, där jag med utgångspunkt i avtalsvitets och den dispositiva rättens rättsverkningar ska undersöka hur parterna bör använda avtalsvitets med avseende på olika typer av huvudförpliktelser.

II KONTRAKTUELL DESIGN

II.1 INLEDNING

I DETTA AVSLUTANDE kapitel kommer föregående kapitelts modeller att tillämpas i en viteskontext. Det innebär att jag kommer att visa hur avtalsvitets utformning på olika sätt påverkar parternas nytta. Detta ligger i sin tur till grund för hur parterna bör använda vitet för att effektivitetskriteriet – största möjliga sammanlagda nytta – ska uppnås.

Modellerna tillämpas utifrån två olika sorters användare: avtalsparterna och rättstillämparen. Såvitt gäller avtalsparterna kommer jag att ange hur avtalsvitet – *ex ante* – bör utformas för att deras nytta ska maximeras. För rättstillämparen är perspektivet *ex post*, att en vitesfordran redan har uppkommit och frågan är om och i så fall hur vitet bör jämkas för att framtida avtalsparter nytta ska maximeras.

Utgångspunkten är parternas avtalsfrihet, samt att avtalsvitet och vitesbeloppet omfattas av principen om avtalsbundenhet. Vad parterna har avtalat ska därför gälla, med undantag för tvingande normer. Avtalsfriheten gör att de inte är bundna till vare sig det positiva eller negativa intresset, som de var i de ekonomiska modellerna i föregående kapitel. Det positiva intresset kommer emellertid alltjämt att förekomma frekvent, eftersom det är den ersättningsform som aktualiseras i avsaknad av ett avtalsvite. Det är också i riktning mot det positiva intresset som vitesbeloppet som huvudregel kommer att jämkas.

Vitets (eventuella) påverkan på parternas nytta kommer att analyseras utifrån de områden som redogjordes för i föregående kapitel: (a) det effektiva agerandet, (b) den effektiva riskfördelningen och (c) den effektiva nivån på tillitsutgifter. Därefter kommer jag också att redogöra för (d) hur parterna bör välja klausultyper att koppla till ett avtalsvite.

I det avslutande avsnittet kommer mycket av det som redan har sagts om parternas användning av vitet att tillämpas på jämkning av vitesbeloppet. Här måste emellertid hänsyn också tas till de normer som särskilt gäller för jämkning av typ (2) av avtalsviten, där skälighetsbedömningen ska göras främst med hänsyn till den omfördelning av risken som ett avtalsvite givet vissa förutsättningar kan medföra.⁷¹⁴ Detta argument för jämkning kommer att analyseras utifrån ett ekonomiskt perspektiv för att se i vilken mån jämkning enligt 36 § är förenlig med en maximering av parternas nytta.⁷¹⁵

11.2 AVTALSVITET SOM EFFEKTIV AVTALSBROTTSPÅFÖLJD

Av genomgången i avsnitt 10.5 ovan följer att ersättning enligt det positiva intresset gör att en rationell avtalspart, i valet mellan fullgörelse och icke-fullgörelse, agerar så att den sammanlagda nyttan maximeras. Om vitesbeloppet sätts lika med det positiva intresset kommer parten – med hänsyn till den ekonomiska ersättningen att utge vid avtalsbrott – att agera på samma nyttomaximerande sätt. Men det innebär också att nackdelarna förknippade med det positiva intresset, till exempel i fråga om tillitsutgifterna och riskfördelningen, förs över till avtalsvitet.

Avtalsvitet genererar transaktionskostnader *ex ante*, vilka inte förekommer om parterna använder det positiva intresset. Däremot skapar avtalsvitet i allmänhet inte lika stora transaktionskostnader *ex post*, eftersom rättegångskostnaderna – allt annat lika – blir mindre vid en process, om ersättning för avtalsbrottet regleras av avtalsvitet jämfört med om ersättningsfrågan skulle avgjorts enligt dispositiv rätt.

714. NJA 2017 s. 113, »Den övertagna överlåtelsebesiktningen«, p. 36.

715. Jfr Wilhelmson, T.-L. (1995), *Avtalelovens § 36 og økonomisk effektivitet*. Tidsskrift for Rettsvitenskap, s. 3 ff., som undersöker huruvida 36 § medför Kaldor-Hicks-effektiva lösningar.

Vid tvist i allmän domstol där den vinnande parten får full ersättning för sina rättegångskostnader kommer den sammanlagda nyttan (i teorin och utan hänsyn till den avtagande marginalnyttan) inte att påverkas. Den nyttominskning det innebär för den förlorande parten att ersätta motpartens rättegångskostnader kan kompenseras, men kan också innebära att den förlorande partens nyttominskning är större än den vinnande partens nyttoökning. Om tvisten istället avgörs av en skiljenämnd uppkommer rättegångskostnader genom skiljemännens arvode oavsett utgången i målet.⁷¹⁶ Dessa kostnader minskar den sammanlagda nyttan.

Enbart mot bakgrund av ett nyttomaximerande agerande i valet mellan fullgörelse och icke-fullgörelse följer att parterna bör ange vitesbeloppet till samma storlek som det positiva intresset. Om priset uppgår till 80 och köparens (B) nytta av fullgörelse 100 innebär det att köparens nyttoökning vid fullgörelse är 20. Beroende på om köparen har betalat i förväg eller vid fullgörelse följer att säljaren (A) ska betala 100 eller 20 i skadestånd enligt det positiva intresset. Om priset betalas vid fullgörelse uppgår det positiva intresset till 20. Således skulle avtalsvitet »Om A bryter mot punkt 7 i avtalet ska A betala 20 till B« skapa samma nyttomaximerande handlande hos (i detta fall) säljaren i valet mellan fullgörelse och avtalsbrott som det positiva intresset hade gjort.

Utifrån detta går det också att visa hur avtalsvitets givet viss användning leder till ineffektivt agerande. Med pris på 80 och produktionskostnad på 70 är säljarens nytta vid fullgörelse $80 - 70 = 10$. Hennes nytta vid avtalsbrott och med tillämpning av det positiva intresset är $80 - 70 - (100 - 80) = -10$. Köparens nytta av fullgörelse antas vara 100. Det är säljaren som väljer mellan fullgörelse och icke-fullgörelse och hon kommer i detta fall att välja fullgörelse, eftersom detta ger den högsta nyt-

716. Se 37 § lag (1999:116) om skiljeförfarande.

tan. Hade produktionskostnaden varit 88 hade hon fortfarande valt fullgörelse, eftersom detta ger en högre nytta (-8) än avtalsbrott (-28). Om produktionskostnaden däremot hade varit 105 hade hon valt avtalsbrott, eftersom detta ger en högre nytta (-20) än fullgörelse (-25).⁷¹⁷ Att ersättningen styrs av det positiva intresset gör att det som är rationellt för henne också är det som ger den högsta sammanlagda nyttan.

Om vitesbeloppet i ett exklusivt avtalsvite avviker från det positiva intresset kan avvikelserna göra att säljarens agerande förändras.⁷¹⁸ Med ett vitesbelopp på 5 samt med samma förutsättningar som ovan följer att säljaren vid en produktionskostnad på 88 istället kommer att välja avtalsbrott. Detta bygger på följande alternativ.

- (11.1) *fullgörelse*: säljarens nytta blir $80 - 88 = -8$ och köparens nytta blir $100 - 80 = 20$. Sammanlagda nyttan blir $20 - 8 = 12$.
- (11.2) *avtalsbrott*: säljarens nytta blir -5 och köparens nytta blir 5. Sammanlagda nyttan blir 0.

Utan ett vite hade alternativen istället sett ut enligt följande.

- (11.3) *fullgörelse*: säljarens nytta blir $80 - 88 = -8$ och köparens nytta blir $100 - 80 = 20$. Sammanlagda nyttan blir $20 - 8 = 12$.
- (11.4) *avtalsbrott*: säljarens nytta blir -28 och köparens nytta blir 0. Sammanlagda nyttan blir -28 .

⁷¹⁷. Se avsnitt 10.5.2.1.

⁷¹⁸. Jag kommer i allmänhet att använda det exklusiva avtalsvitet i mina exempel. Detta bygger på en i källorna påstådd empiri, se till exempel Tørum, A. B. (2019), *Interpretation of commercial contracts*, s. 173, »many commercial contracts include limitations expressly stating that, for damages in excess of the maximum liquidated damages sum to be awarded, gross negligence must be established«. Att ha det exklusiva avtalsvitet som utgångspunkt skapar därför en högre grad av verklighetsförankring. Exklusiva viten är också vanligt förekommande i många standardavtal, till exempel AB 04 och NL 17, och det är också detta som rekommenderas i avhandlingen.

Med ett avtalsvite väljer säljaren mellan (11.1) och (11.2). I och med att (11.2) ger henne en högre nytta kommer hon att välja avtalsbrott. Samtidigt leder detta val till en lägre sammanlagd nytta än fullgörelse, vilket hon hade valt om avtalet inte hade innehållit något avtalsvite. Detta utgör därmed ett exempel på hur avtalsvitet skapar ett ineffektivt kontraktsbrott jämfört med om ersättningen hade reglerats av den dispositiva rätten. Att så är fallet beror på att vitesbeloppet är för lågt i förhållande till skadan, och därmed innehåller avtalsbrottsmängden fler element än vad som är effektivt.⁷¹⁹

Om produktionskostnaden istället uppgår till 103 och med 25 i vitesbelopp har säljaren följande alternativ.

- (11.5) *avtalsbrott*: säljarens nytta blir -25 och köparens nytta blir 25 . Sammanlagda nyttan blir 0 .
- (11.6) *fullgörelse*: säljarens nytta blir $80 - 103 = -23$ och köparens nytta blir $100 - 80 = 20$. Sammanlagda nyttan blir $20 - 23 = -3$.

I valet mellan avtalsbrott och fullgörelse väljer säljaren fullgörelse, eftersom detta ger henne högre nytta. Valet leder emellertid till en lägre sammanlagd nytta än om hon hade valt avtalsbrott. Hade avtalet saknat ett vite hade den sammanlagda nyttan vid avtalsbrott varit noll. Säljaren hade emellertid fått en högre nytta vid avtalsbrott och därför valt detta, vilket lett till att den sammanlagda nyttan blivit högre. Därmed gör avtalsvitet även i detta fall att den sammanlagda nyttan blir lägre än om avtalet inte hade innehållit något vite, även om just denna variant – att avtalsvitet skapar en ineffektiv fullgörelse – inte är lika uppmärksammad i litteraturen.

Genom att ange vitesbeloppet till det positiva intresset undviker parterna dessa nyttominskande effekter med avtalsvitet. Men exemplen

⁷¹⁹ Shavell, S. (1980), *Damage Measures for Breach of Contract*. Bell Journal of Economics, s. 479.

bygger på att det positiva intresset kan fastställas *ex ante*, vilket i verkligheten givetvis är betydligt mer komplicerat. Här kan, precis som framgår av kapitel 6, viss ledning ges av priset och huruvida detta betalas i förskott. Priset är som en del av avtalsingåendet också något som båda parter har viss kunskap om. Genom priset fås ett nettovärde av fullgörelse för köparen, vilket måste vara större än noll (annars skulle han inte ingått avtalet). Ett alternativt sätt är att använda ett marknadsvärde, om ett sådant finns. Ytterligare ett sätt är att med utgångspunkt i säljarens produktionskostnader med ett visst påslag för vedertagen marginal komma fram till det positiva intresset.⁷²⁰

Om avtalsvitets huvudförpliktelse bygger på underlåtenhet, till exempel en sekretessförbindelse eller konkurrensförbud, finns inget pris som på motsvarande sätt kan användas för att identifiera ett positivt intresse. Här kan man emellertid utgå från att om dessa förbud inte överträds kan nyttan sättas till 0, där överträdelse innebär skador med tillhörande minusposter. Här förekommer ofta stor osäkerhet när en sådan skada ska fastställas på förhand. Det väsentliga är emellertid att i vart fall resonera kring onyttan av ett avtalsbrott, snarare än att hitta jämna tal, och på så sätt jämföra onyttan vid avtalsbrott med nyttan vid fullgörelse.

I förhållande till tillsutsgifterna måste parterna vara medvetna om att dessa, med det positiva intresset, kommer att hamna på en ineffektiv nivå. Samma effekt uppstår om vitesbeloppet sätts till samma nivå som det positiva intresset. Parterna får här väga två oförenliga ändamål mot varandra: vad som är effektivt utifrån ett visst perspektiv är ineffektivt utifrån ett annat. Som utgångspunkt kan emellertid tas att i och med att det positiva intresset alltid är större än det negativa, bör man lägga mer

720. Kihlman, J., Munukka, J., och Svensson, O. (2017), *Köplagen: en kommentar*, s. 451 och 624, och Regeringens proposition 1988/89:76. Ny köplag, s. 151 f. Se även Norlén, A. (2004), *Oskälighet och 36 § avtalslagen*, s. 352 f.

tyngd vid att parterna ska agera effektivt och anpassa vitesbeloppet därefter. Målet kan på det sättet alltså vara det effektiva agerandet, men där vitesbeloppet justeras nedåt för att minska de negativa effekterna av för höga tillitsutgifter. Denna hänsyn bör också väga tyngre ju högre tillitsutgifterna är. Tillitsutgifterna har också fördelen att de – till skillnad från en framtida vinst – är lättare att uppskatta på förhand.

11.3 MORAL HAZARD

Om Agenten är riskneutral kommer *moral hazard* inte innebära något problem för att ingå det optimala kontraktet. Om Agenten däremot är riskaversiv förändras förutsättningarna. Ett sätt att kompensera för Agentens inställning till att bära risken är att i avtalet inkludera en ansvarsbegränsning eller ett exklusivt avtalsvite. I modellen som jag gick igenom i kapitel 10 följer Principalens nytta av en flervariabelfunktion. Denna når ett maximum givet vissa värden på variablerna. Det framgick också att *moral hazard* inte är ett problem – i bemärkelsen att den maximala nyttan inte nås – om Principalen direkt genom avtalet kan få Agenten att anstränga sig. I dessa fall kommer Principalens nyttofunktion att uppnå maxvärdet trots delegering och motstående intressen, vilket bland annat beror på att Principalen får full ersättning för skador (enligt det positiva intresset) som Agentens avtalsbrott medför.⁷²¹ Detta implicerar att besiktningsmannen respektive KPMG enligt modellen hade gjort ett bättre arbete om de hade varit ansvariga för hela skadan.

Om Agenten anstränger sig minskar sannolikheten för avtalsbrott. Allt annat lika ökar därigenom Principalens förväntade nytta av fullgörande. Detta gör att Principalen som utgångspunkt vill att Agenten ska

⁷²¹ Jag kommer nedan, precis som i föregående kapitel, tala om fackmässigt resultat istället för hög produktion.

anstränga sig. För att Agenten ska göra detta gäller att både *incitamentsvillkoret* och *medverkansvillkoret* är uppfyllda.⁷²² Dessa villkor utgör bivillkor till Principalens nyttofunktion. Trots dessa kan nyttofunktionens maxvärde alltså erhållas, eftersom bivillkoren inte behöver vara bindande.

Om Principalen vill att Agenten ska anstränga sig måste hon lösa ett visst optimeringsproblem, det vill säga se vilka värden på de olika variablerna som ger det högsta värdet för hennes nyttofunktion. Problemet löses genom ett ekvationssystem, vilket ger två ersättningar till Agenten för hans utförda arbete: t_1 och t_2 . Ersättning t_2 är större än noll medan ersättning t_1 är mindre än noll. Utan ett exklusivt avtalsvite kommer Principalen kunna strukturera Agentens betalning och ersättning precis som om hon själv utförde arbetet, alternativt kunde övervaka allt vad Agenten gör: »The principal can costlessly structure the agent's payment so that the latter has the right incentives to exert effort.»⁷²³

Genom att Agenten genom ansträngningen går från $e = 0$ till $e = 1$ kommer han att få den högre ersättningen oftare, eftersom sannolikheten ökar för ett fackmässigt arbete. Agenten får betalt precis så mycket som behövs för att anstränga sig, och fullgörelse uppkommer oftare. Om Agentens ansträngning är önskvärd – vilket den är givet avhandlingens effektivitetskriterium, om den ökar den förväntade nyttan – kommer den också att inträffa.

Om avtalet däremot innehåller ett exklusivt avtalsvite och vitesbeloppet understiger skadan kommer Principalen inte få full ersättning för skadan. Som ytterligare bivillkor förekommer nu att Agentens ersättning, oavsett utfall, måste överstiga en viss nivå, här kallad $-l$ där l är

722. Se avsnitt 10.6.2 ovan.

723. Laffont, J.-J. och Martimort, D. (2002), *The theory of incentives: the principal-agent model*, s. 153.

större än eller lika med noll, och är en följd av det exklusiva avtalsvitet.⁷²⁴ Villkoret gör att Principalen saknar möjlighet att kräva Agenten på full ersättning (för Principalens skada) om Agenten inte utför sitt arbete fackmässigt.

Detta kan exemplifieras med den ansvarsbegränsning som förekom NJA 2017 s. 113. Omgjord till ett exklusivt avtalsvite hade den kunnat formuleras enligt följande, där punkten 7 anger att besiktningen ska utföras fackmässigt.⁷²⁵

- (11.7) Om besiktningsmannen bryter mot punkten 7 ska han betala 636 000 kr till uppdragsgivarna. Uppdragsgivarna har inte rätt till ersättning för skada som inte täcks av vitesbeloppet.

Skadan uppgick enligt uppdragsgivarna till drygt 1 900 000 kr. Den uppdragsgivare som vill ge incitament till besiktningsmannen att anstränga sig – och därmed också öka sannolikheten för att besiktningen utförs fackmässigt – måste betala besiktningsmannen mer om avtalet innehåller en giltig ansvarsbegränsning eller ett avtalsvite enligt (11.7). En högre kostnad för dessa incitament minskar Principalens förväntade nytta. Denna nytta minskar också konvext enligt modellen. Detta gör att Principalen inte i samma utsträckning som utan avtalsvitet vill skapa incitament för Agenten att anstränga sig. Detta leder i sin tur till högre sannolikhet för avtalsbrott, och därmed – på grund av transaktionskostnader förbundna med avtalsbrott och skillnaden i nytta – en lägre förväntad sammanlagd nytta.

De ytterligare bivillkoren innebär – omvandlat till en viteskontext – att oavsett om besiktningsmannen utför sin besiktning fackmässigt kommer Principalen inte kunna »straffa» honom med mer än 636 000 kr. Bivillkoren som (11.7) skapar gör att den optimala lösningen inte längre kan nås. Detta beror på att bivillkoren är *bindande*. Bindande bivillkor

724. Efter engelskans *limited liability constraint*, se a. a. s. 155.

725. Se kapitel 10 ovan för den medvetna förenklingen av omständigheterna i målet.

gör att mängden potentiella avtal begränsas, vilket gör att det tidigare identifierade optimala avtalet inte längre kommer att kunna ingås.

Kostnaden för besiktningsspaketet i 2017 års fall var 17 250 kr. Utan avtalsvite hade betalningen från Principal till Agent i och med avtalsbrottet varit $17\,250 - 1\,900\,000 = -1\,882\,750$ kr. Detta är nettoersättningen från Principal till Agent, det vill säga i praktiken att Agenten genom avtalsbrottet och tillhörande skadeståndsskyldighet tvingas betala Principalen 1 882 750 kr, eftersom besiktningen inte var fackmässigt utförd.

Om I har ett högt värde kommer den tidigare optimala nivån på ersättning uppnås ändå. Detta motsvarar att vitesbeloppet uppgår till det positiva intresset. Om vitesbeloppet däremot understiger det positiva intresset leder avtalsvitet till ett ineffektivt agerande. Avtalsvitet skapar transaktionskostnader i bemärkelsen kostnader som är nödvändiga men samtidigt minskar den sammanlagda nyttan. Med bindande bivillkor kan Principalen inte längre straffa Agenten för att ge honom rätt incitament, eftersom avtalsvitet i (11.7) gör att Agenten slipper stå de fulla ekonomiska konsekvenserna av sitt icke-avtalsenliga agerande: »The risk-neutral agent does not have enough assets to cover the punishment requested by the principal if $[q_1]$ is realized in order to induce effort provision.«⁷²⁶

Detta gör att om Agenten fullgör måste Principalen betala mer. Det görs genom att Principalen erlägger »a non-negative *ex ante* limited liability rent«. Denna betalning utgår »because of the conjunction of moral hazard and limited liability«.⁷²⁷ I exempel (11.7) utgörs I av vitesbeloppet på 636 000 kr. Därmed framgår också begränsningen som avtalsvitet utgör, där ersättningen från Principal till Agent måste vara större än $-636\,000$ kr. Detta är inte uppfyllt i 2017 års fall (eftersom $-1\,882\,750 < -636\,000$).

726. Laffont och Martimort, *The theory of incentives*, s. 156.

727. A. a.

Om Agenten anstränger sig ökar Principalens förväntade nytta, eftersom risken för avtalsbrott minskar. Nyttöökningen minskas i sin tur med den ökade kostnaden för att ge Agenten sådana incitament. Principalen kommer ge dessa incitament till Agenten om nyttan av att ge dessa incitament är större än eller lika med kostnaden för att ge dem. Som i föregående kapitel är V_0 Principalens nytta om Agenten inte anstränger sig. Denna förändras inte med ett exklusivt avtalsvite. Däremot förändras V^{SB} , Principalens förväntade nytta av att Agenten anstränger sig om avtalet innehåller ett exklusivt avtalsvite. Denna är lägre än i ett avtal utan ett sådant vite.⁷²⁸ Dessa två olika nyttor jämförs, och Principalen ger Agenten incitament att anstränga sig om V_{SB} är större än V_0 .

För Principalen får detta konsekvenser för vid vilka tillfällen hon får en högre förväntad nytta av att Agenten anstränger sig. Att en *limited liability rent* måste betalas för att ge Agenten vissa incitament är ett exempel på de transaktionskostnader som *moral hazard* skapar. Med den avtagande marginalnyttan och Principalens exponentiellt växande nyttominskning följer också att den nyttoförlust som Principalen gör genom den ytterligare betalningen inte kompenseras fullt av den nyttoökning som tillkommer Agenten.

Moral hazard tillsammans med ett exklusivt avtalsvite gör sammanfattningsvis att det kostar mer för Principalen att ge Agenten incitament att anstränga sig jämfört med den optimala nivån. Den rationella Principalen kommer därför att mer sällan ge dessa incitament, vilket gör att sannolikheten för avtalsbrott ökar och därmed minskar också Principalens förväntade nytta.⁷²⁹

Av detta följer i normativt hänseende att vid delegation av arbetsuppgifter bör vitesbeloppet – för att undvika de transaktionskostnader som *moral hazard* medför – vara detsamma som det positiva intresset. I så fall kommer Principalens rätt till ersättning från Agenten inte att vara

728. SB står här för *second best*.

729. Laffont och Martimort, *The theory of incentives*, s. 157.

begränsad, vilket leder till en högre sammanlagd nytta för parterna. Oavsett om detta följer av innehållet i den dispositiva rätten, vilket det enligt kapitel 8 i och för sig bör göra, kan parterna genom avtalsnormerna fastställa att antingen avtalsvitet inte utesluter tillämpning av den dispositiva rättens regler för ersättning, eller att det är exklusivt men att parterna istället lägger det på en nivå som motsvarar det positiva intresset. Med ett sådant exklusivt vite minskas också i allmänhet parternas transaktionskostnader, jämfört med om ersättningen hade reglerats av den dispositiva rätten.

11.4 RISKFÖRDELNING

Det positiva intresset tar inte hänsyn till parternas inställning till att bära risken. Detta påpekas också i de framställningar som nämner fördelarna med avtalsvite, att detta – till skillnad från det positiva intresset – kan sättas till vilket belopp som helst och därför kan spegla en tänkt riskfördelning mellan parterna, givet att vitet är exklusivt.⁷³⁰

Hänsyn till riskfördelningen innebär att avtalsparterna, precis som i valet mellan effektivt agerande och effektiv nivå på tillitsutgifterna, i vissa fall måste väga två oförenliga krav på nyttomaximering mot varandra. En effektiv nivå för vitesbeloppet utifrån ett riskfördelningsperspektiv behöver inte ge parterna effektiva incitament i valet mellan fullgörelse och avtalsbrott.

I exemplet med de osäkra produktionskostnaderna och det positiva intresset ligger risken till fullo hos säljaren. En sådan riskfördelning är effektiv under förutsättning att säljaren är mindre riskaversiv än köparen (alternativt att båda parter är riskbenägna men säljaren mer riskbenägen än köparen). Är säljaren istället mer riskaversiv än köparen innebär det positiva intresset – utifrån ett riskfördelningsperspektiv – en ineffektiv fördelning.

730. Se till exempel Polinsky, A. M. (1983), *Risk Sharing through Breach of Contract Remedies*. The Journal of Legal Studies, s. 428.

Om parterna värderar riskfördelningen högre än incitament till effektivt agerande måste ersättningen avvika från det positiva intresset för att ge den högsta sammanlagda nyttan. Det är givetvis svårt att göra bedömningar i varje enskilt fall, men vissa hållpunkter kan ändå formuleras. En generell sådan är parternas inbördes storlek och verksamhet. Detta bygger på att ju större och mer diversifierad verksamhet, desto större möjlighet att sprida risken och därmed också en i förhållande till motparten större nytta (eller i vart fall mindre nyttominskning) av att bära risken.

För att visa hur vitesbeloppet kan justeras med hänsyn till riskfördelningen kan man skapa ett antal varianter. Utgångspunkten är ett vitesbelopp identiskt med det positiva intresset. Säljaren bär hela risken och är riskneutral eller mindre riskaversiv än köparen. Här blir vitesbeloppet nyttomaximerande både genom att det ger effektiva incitament i valet mellan fullgörelse och avtalsbrott och att det ger en effektiv riskfördelning.

Om säljaren däremot är mer riskaversiv än köparen, kommer säljaren inte vilja bära risken, alternativt vilja ha kompensation för att göra det. I sådana fall är vitesbeloppet ineffektivt, och måste sänkas för att ge en högre sammanlagd nytta. Ju mer riskaversiv en part är relativt en annan, desto mer måste vitesbeloppet justeras för att vara effektivt. I vilken riktning vitet påverkar beror på vilken av parterna som är mer riskaversiv i förhållande till den andra samt vilken av parterna som är prestationsskyldig för den osäkra prestationen.

Om köparen är riskneutral eller risksökande och säljaren är riskaversiv kommer det positiva intresset ge en ineffektiv riskfördelning. Med vitet på samma belopp som det positiva intresset följer att dess effekter som funktion av riskfördelningen blir desamma som för det positiva intresset. En riskaversiv säljare kommer inte att vilja bära risken, eftersom hon – men inte köparen – påverkas av den slumpmässiga faktiska händelsen om den inträffar. För att bära risken vill hon ha ersättning. Såvitt

gäller avtalsvitet kan detta ske genom att den i valet mellan avtalsbrott och fullgörelse effektiva ersättningen justeras.

Ett utopiskt sätt för säljaren att inte bära någon risk alls hade varit att priset alltid översteg produktionskostnaden. Om produktionskostnaden blivit dubbelt så hög, och det på grund av omständigheter hänförliga till säljaren, skulle priset också fördubblas. Detta hade inneburit att köparen istället skulle bära all risk. Ett sådant kontrakt skulle emellertid köparen svårigen gå med på. Istället kan köparen genom avtalsvitet »köpa« delar av risken från säljaren. Detta gör att vitesbeloppet med utgångspunkt från det positiva intresset sänks. På så sätt kan avtalsvitet användas till en ökning av den sammanlagda nyttan med avseende på riskfördelningen.

Dessa scenarion med risksökande parter är emellertid rätt osannolika. Det mer sannolika är att båda parter är riskaversiva och i så fall får vitesbeloppet spegla respektive parts inställning till att bära risken. Utgångspunkten är som tidigare det positiva intresset och en osäkerhet kring säljarens produktionskostnader. Osäkerheten innebär att hon vid vissa produktionskostnader inte kommer att göra vinst.⁷³¹

Med användning av de tidigare värdena på produktionskostnad, pris och köparens värdering av att äga varan gäller följande. Säljaren kan få en lägre nytta med avtalet än utan det, om hennes produktionskostnader överstiger 80. Detta inträffar med en viss sannolikhet. Om så sker kommer säljaren att få en minskad nytta och om produktionskostnaden överstiger 100 kommer säljaren att begå avtalsbrott och betala skadestånd enligt det positiva intresset.

Med ett avtalsvite på samma belopp som det positiva intresset kommer beteendet inte att förändras, och säljaren kommer fortfarande att bära hela risken. Om däremot vitesbeloppet eller parternas inställning till risken varieras uppkommer varianter där parternas nytta som en

731. Detta enligt den fördelning av produktionskostnaderna som användes i kapitel 10.

funktion av att bära risken förändras. Hur parterna väljer mellan dessa oförenliga effektivitetskrav beror på dem själva. Värderar de en effektiv riskfördelning högre än ett effektivt agerande kommer vitesbeloppet att närma sig 0 medan det motsatta gäller om de värdesätter ett effektivt agerande.

Resonemanget kan sammanfattas med följande tabell, där (+) betyder att parten är risksökande, (0) att den är riskneutral och (–) att den är riskaversiv. Säljaren är vitesgäldenär och köparen vitesborgenär. Tabellen bygger på säljarens produktionskostnader som osäkerhetsfaktor. I högra spalten framgår i vilken mån ett exklusivt avtalsvite har möjlighet att öka den sammanlagda nyttan.

<i>Säljare</i>	<i>Köpare</i>	<i>Möjlighet att öka den sammanlagda nyttan?</i>
0	0	Ja.
0	+	Ja.
0	—	Nej.
+	0	Nej.
+	+	Ja.
+	—	Nej.
—	0	Ja.
—	+	Ja.
—	—	Ja.

Vad som särskilt kan noteras är att om parter i allmänhet är riskaversiva, det vill säga den nedersta raden, kan avtalsvitet användas för att öka den sammanlagda nyttan, givet att det används på rätt sätt.

11.5 TYPER AV HUVUDFÖRPLIKTELSE

Nedan ska analyseras avtalsvitets betydelse för parternas agerande i valet mellan att låta avtals- eller utfyllnadsnormer ange rättsverkningarna av faktiska händelser. Av föregående kapitel följer att mängden rättsverkningar som följer av avtalsnormerna ges av följande olikhet, enligt vilken en rättsverkan följer av avtalsnormerna om och endast om parterna får en högre sammanlagd nytta än om rättsverkan inte skulle följa av avtalsnormerna. Detta framgår av följande olikhet.

$$(11.8) \quad S = \{\theta \mid \alpha(\theta) < h(\theta)[\max(x(\theta), y(\theta) - \beta(\theta)) - z(\theta)]\}$$

Modellen ska emellertid inte användas för att beräkna antalet element i S . S kommer här istället att beteckna en huvudförpliktelse med tillhörande avtalsvite, där huvudförpliktsen (och givetvis också avtalsvitet) följer av avtalsnormerna. På så sätt utgör S en form av konstant, att ett avtalsvite inklusive huvudförpliktelse redan föreligger, och det som ska undersökas är istället hur parternas nytta givet avtalsvitet kan maximeras. Med utgångspunkt i att avtalsvitet redan finns, kan modellen användas till slutsatser av typen »här borde avtalsvitet inte ha funnits« alternativt att förespråka ett avtalsvite i en situation där nyttan av att avtala en händelse är väsentligt högre än nyttan av att inte avtala den. Detta sker genom att utgå från olika typer av huvudförpliktelser knutna till ett avtalsvite för att se i vilken mån parternas nytta är hög eller låg om rättsverkan av denna typ av huvudförpliktelse följer av avtalsnormerna.

Av (11.8) följer att en hög kostnad för att avtala om händelsen, en låg sannolikhet för att den faktiska händelsen ska inträffa, en hög verifikationskostnad samt ett högt värde på den dispositiva rätten minskar omfattningen av de avtalade händelserna. På motsvarande sätt gör en låg kostnad för att avtala, en hög sannolikhet att händelsen inträffar, en låg

verifikationskostnad samt ett lågt värde på den dispositiva rätten att omfattningen av avtalade händelserna ökar.

Ett högt värde på den dispositiva rätten beror bland annat på transaktionskostnader för att uppnå en viss rättsverkan, eftersom parterna inte behöver formulera några egna avtalsnormer. Rättsverkan inträffar i alla fall. Är värdet lågt innebär det istället höga transaktionskostnader. Som exempel kan tas ersättning enligt det positiva intresset, som vid överträdelse av vissa typer av förpliktelser – bland annat underlåtenhetsförpliktelser och utebliven vinst – innebär höga transaktionskostnader vid skadeståndsprocesser.

Den första variabeln i (11.8) är kostnaden för att inkludera en viss faktisk händelse, till exempel genom att leveranstidpunkten eller att rättsverkningarna av att inte betala priset i tid ska följa av avtalsnormerna. Denna kostnad är större än noll. Den relevanta jämförelsen är i detta fall emellertid inte en jämförelse mellan avtalsnormer och utfyllnadsnormer. Jämförelsen får istället göras i två steg, där det första steget är en jämförelse mellan olika faktiska händelser och kostnaden för att avtala dessa och det andra steget är kostnaden att avtala samma faktiska händelser men där de ekonomiska konsekvenserna av överträdelsen följer av ett exklusivt avtalsvite.

Avtalsvitet är en vanligt förekommande klausultyp, både i avtalsmallar och i standardavtal. Detta gör att kostnaden för att formulera ett avtalsvite är förhållandevis låg och att värdet av det vänstra ledet i (11.8) således också blir lågt. Därför gäller att om kostnaden för att inkludera ett avtalsvite är låg kommer sannolikheten öka att parterna vill att rättsverkningarna av den till avtalsvitets huvudförpliktelse knutna faktiska händelsen följer av avtalsnormerna. Med utgångspunkten att den faktiska händelsen är ett element i S , det vill säga att det redan finns ett avtalsvite och huvudförpliktelse, säger modellen att parternas nytta blir högre om kostnaden för att kontraktera händelsen är låg, vilken den också är för ett avtalsvite.

Den stora delen av kostnaden i denna del kommer emellertid inte från avtalsvitet, utan från arbetet att formulera huvudförpliktelsen. Det gör att den största delen av $\alpha(\theta)$ utgörs av sådana åtgärder som inte är direkt kopplade till avtalsvitet. Har parterna väl formulerat en huvudförpliktelse blir formulerandet av avtalsvitet en i sammanhanget mindre kostnad.

Detta innebär att om parternas nytta vid användningen av ett avtalsvite ska maximeras, bör avtalsvitet användas till faktiska händelser som har låga kostnader för att avtalas. Ju »enklare» en huvudförpliktelse är, desto högre nytta – allt annat lika – för parterna att avtala den.

Även för högra ledet i (11.8) får analysen göras på olika sätt, och inte bara i förhållande till avtalsvitet utan också till typen av huvudförpliktelse. Sannolikheten att en slumpmässig händelse ska inträffa är oberoende av avtalsvitet. Däremot påverkas parternas nytta av sannolikheten att den faktiska händelsen ska inträffa, om den faktiska händelsen är avtalad och knuten till ett avtalsvite. Med en hög sannolikhet för händelsen följer – allt annat lika – att parterna får en högre nytta om den avtalade händelsen är knuten till ett avtalsvite. Detta beror bland annat på att den kostnad parterna har lagt ut på att formulera ett avtalsvite med tillhörande huvudförpliktelse blir onödig om händelsen inte är avtalad eller om den är avtalad men inte knuten till ett avtalsvite. Utifrån en strävan efter största möjliga nytta följer därför att parterna bör avtala och koppla till ett avtalsvite sådana händelser som inträffar med en hög sannolikhet. Vilka sådana händelser är får bygga på parternas egen empiri.

Vidare förekommer i högra ledet en faktor där avtalsvitets påverkan är väsentlig, främst genom att skadelidandes bevisbörda för skadans storlek försvinner. Detta innebär också att kostnaden för att få ekonomisk ersättning för avtalsbrott minskar. I och med att denna kostnad minskar värdet på nyttofunktionen vid avtalsbrott kommer parterna – allt annat lika – att få en högre sammanlagd nytta vid avtalsbrott om avtalet innehåller ett avtalsvite.

Det avgörande i detta fall är att kunna koppla en kostnad till den minskade bevisskyldigheten som avtalsvitet innebär. Bevisskyldigheten med avtalsvite beskrivs enligt följande av Taxell.

Borgenären hänvisar till klausulen och kräver det utfästa vitet. Han behöver blott visa att gäldenären åsidosatt avtalet på ett sådant sätt att vitesklausulen träder i funktion. Däremot behöver han inte styrka vilka faktiska följder avtalsbrottet haft för honom. Härigenom undgår man den ofta vanskliga jämförelse mellan hypotetiskt och verkligt händelseförlopp som beräkandet av avtalsersättning förutsätter (...). Detta innebär en påtaglig rationalisering.⁷³²

För att vitet ska få dessa effekter gäller att dess fördelar kan relateras till den kostnad som Shavell beskriver. Eftersom detta inte framgår uttryckligen från Shavell kan syftet med kostnaden $\beta(\theta)$ förklaras bättre om den anpassas till en svensk viteskontext.

$\beta(\theta)$ är en kostnad som köparen drabbas av »in order to verify the occurrence of θ «. ⁷³³ Händelsen θ är ett nödvändigt villkor för skadestånd enligt det positiva intresset. Om θ innebär överträdelse av avtalsvitets huvudförpliktelse är den också ett nödvändigt villkor för uppkomsten av en vitesfordran. Köparen har som huvudregel bevisbördan för att vissa faktiska händelser har inträffat, och att dessa konstituerar ett avtalsbrott, samt bevisbördan för rätten till skadestånd.

Alla köparens handlingar ska i detta sammanhang ses som handlingar i syfte att aktualisera en eller flera avtalsbrottspåföljder. Med ett sådant synsätt blir det missvisande att i modellen läsa $\beta(\theta)$ enbart som en kostnad för att bevisa faktiska händelser som konstituerar avtalsbrott. Istället bör det i denna kostnad ingå också övriga kostnader för att få skade-

732. Taxell, L. E. (1972), *Avtal och rättsskydd*, s. 444.

733. Shavell, S. (1984), *The Design of Contracts and Remedies for Breach*. The Quarterly Journal of Economics, s. 128.

stånd enligt det positiva intresset. Genom att inkludera dessa blir modellen mer användbar, särskilt med hänsyn till avtalsvitets påverkan på parternas nytta.

För att göra denna precisering mer konkret antar jag att verifikationskostnaderna kan anta två värden och att dessa värden har följande relationer.

(11.9) $\overline{\beta(\theta)}$ innebär höga verifikationskostnader medan $\underline{\beta(\theta)}$ innebär låga verifikationskostnader.

Vidare gäller att $\overline{\beta(\theta)} - \underline{\beta(\theta)} = \Delta\beta(\theta) > 0$.

Att bevisa en faktisk händelse med höga verifikationskostnader minskar sannolikheten att parterna vill att händelsens rättsverkningar ska följa av avtalsnormerna. Om händelsen redan omfattas av S följer – allt annat lika – att händelsen hade låga verifikationskostnader. Detta följer också av följande två mängder rättsverkningar från avtalsnormerna, S_1 och S_2 där verifikationskostnaderna antar de tidigare angivna värdena, hög respektive låg.

$$(11.10) \quad S_1 = \{\theta \mid \alpha(\theta) < h(\theta) [\max \left((x(\theta) - y(\theta) - \overline{\beta(\theta)}) - z(\theta) \right)]\}$$

$$(11.11) \quad S_2 = \{\theta \mid \alpha(\theta) < h(\theta) [\max \left((x(\theta) - y(\theta) - \underline{\beta(\theta)}) - z(\theta) \right)]\}$$

S_1 utgör mängden rättsverkningar som följer av en avtalsnorm i ett avtal med höga verifikationskostnader för den faktiska händelsen θ . S_2 utgör mängden rättsverkningar som följer av en avtalsnorm i ett avtal med låga verifikationskostnader för den faktiska händelsen θ . Allt annat lika kommer S_1 utgöra en äkta delmängd av S_2 . Det kommer således att finnas minst en rättsverkan i S_2 som inte förekommer i S_1 .

Eftersom både S_1 och S_2 avser rättsverkningar från avtalsnormerna, innebär det att med höga verifikationskostnader kommer mängden rättsverkningar som följer av avtalsnormerna att innehålla färre element än om verifikationskostnaderna varit låga. Med detta menas att parterna, med höga verifikationskostnader och allt annat lika, låter färre

rättsverkningar följa av avtalsnormerna än om verifikationskostnaderna hade varit låga.

Omvandlat till klausuler kommer parterna vid faktiska händelser med höga verifikationskostnader att låta färre rättsverkningar följa av avtalsnormerna. Med låga verifikationskostnader gäller det motsatta. Om en händelse innebär ett svårbevisat avtalsbrott med tillhörande svårbevisad skada kommer parterna att i större utsträckning låta rättsverkningarna av händelsen följa av den dispositiva rätten.

Detta kan i sin tur kopplas till avtalsviten. Eftersom avtalsvitet inte är villkorat av ekonomisk skada eller vårdslöshet uppkommer inte dessa höga kostnader för den som har bevisbördan för sådana händelser som konstituerar avtalsbrott. Kostnaden för att visa avtalsbrott förekommer förvisso även med ett avtalsvite, men det är den enda kostnaden som uppkommer jämfört med det positiva intresset. På så sätt kan avtalsvitet knytas till de låga verifikationskostnaderna enligt ovan, eftersom förekomsten av ett avtalsvite innebär att stora delar av verifikationskostnaderna uteblir. Detta innebär också att med ett avtalsvite, gäller att parternas nytta blir högre om den faktiska händelsen som konstituerar brott mot vitets huvudförpliktelse, i avsaknad av ett vite, är förknippad med höga verifikationskostnader.

11.6 JÄMKNING ENLIGT 36 §

Följande uttalande av Lindskog kan illustrera behovet att över huvud taget jämka avtalsvillkor.

Om parterna är fullt informerade och handlar rationellt ska det inte finnas något behov av avtalsjämkning.⁷³⁴

734. Lindskog, S. (2015), *Jämkning i kommersiella avtalsförhållanden* i Aftaleloven 100 år. Baggrund, status, utfordringar, framtid, s. 326. Se också Stole, L. A. (1992), *The Economics of Liquidated Damage Clauses in Contractual Environments with Private Information*.

Ur ett ekonomiskt perspektiv kan jämkning i förstone mot bakgrund av uttalandet framstå som obehövligt. Men denna syn bygger givetvis på en medveten förenkling: att parterna är fullt informerade och agerar rationellt. Detta är en utopi, och därför kan jämkningen förespråkas både ur ett juridiskt perspektiv och ett ekonomiskt (i syfte att maximera parternas sammanlagda nytta).

Om och hur avtalsvitet bör jämkas undersöks utifrån dels det effektiva agerandet, dels den effektiva riskfördelningen. Att just dessa är valda beror på att de modeller som förklarades i kapitel 10 kan användas även i fråga om jämkning. Vid en jämkning till det positiva intresset påverkas i och för sig inte de incitament som är förbrukade i det enskilda avtalet. Inte heller påverkas en riskfördelning om jämkning sker när avtalsbrottet har inträffat. Men syftet med dessa skäl för jämkning är att parterna *ex ante* ska beakta dem, medvetna om de jämningsmöjligheter som finns. En mer förutsägbar tillämpning av jämningsreglerna kommer därför att minska parternas osäkerhetsfaktorer och därmed öka sannolikheten för dem att göra mer korrekta nyttokalkyler.

En tillämpning av 36 § i enlighet med vad som här argumenteras för, att jämkning bör ske i riktning mot det positiva intresset, kan på det sättet ge parterna incitament att innan en eventuell jämkning, ange vitesbeloppet till en nivå som skapar ett effektivt agerande.

Kan parterna ange vitesbeloppet lika stort – eller i vart fall i närheten – som det positiva intresset skulle det medföra minskade transaktionskostnader samtidigt som det effektiva agerandet bibehålls. Mot bakgrund därav bör jämkning enligt 36 § göras så att parterna får starkare incitament att *ex ante* ange vitesbeloppet till eller i närheten av det positiva intresset.

Journal of Law, Economics, & Organization, s. 582 för en motsvarande inställning inom *common law*.

Med ett exklusivt avtalsvite kan det ske en omfördelning av risken jämfört med vad som gäller enligt den dispositiva rätten. Denna omfördelning kan med stöd av NJA 2017 s. 113 utgöra grund för jämkning, särskilt jämkning av typ (2) av avtalsviten men också för jämkning av typ (1) av avtalsviten.⁷³⁵

Ta som ett exempel ett avtalsvite enligt följande. Avtalet är mellan A och B och innebär att A enligt punkt 7 ska leverera en vara till B inom en viss tid där osäkerhetsfaktorn i detta fall är leveranstiden. Avtalet innehåller vidare följande exklusiva avtalsvite.

(11.12) Om A bryter mot punkt 7 i avtalet ska A betala 100 till B. B har inte rätt till ersättning för skada som inte täcks av vitesbeloppet.

Utan avtalsvitet hade hela risken för de osäkra faktorerna legat hos säljaren A. Beroende på vilken skada B drabbas av i och med förseningen kan (11.12) omfördela risken. Om skadan understiger 100 sker ingen omfördelning av risken. Den huvudsakliga rättsliga anledningen till jämkning enligt NJA 2017 s. 113 föreligger därför inte.

För att skäl för jämkning ska föreligga utifrån ett ekonomiskt perspektiv, krävs en utredning om parternas inställning till risk. Som ofta underlättas en sådan undersökning av att man utgår från det positiva intresset. Om det kan utredas att A är mindre riskaversiv än B är riskfördelningen som följer av ersättning enligt det positiva intresset effektiv. All omfördelning av risken från A till B innebär därför en ineffektiv lösning utifrån ett riskfördelningsperspektiv.

För att en omfördelning av risken ska aktualiseras som rättslig jämningsgrund krävs att avtalsvitet i (11.12) varierar. Till att börja med kan tas följande två exempel.

(11.13) Skadan överstiger vitesbeloppet. Eventuell jämkning av vitesbeloppet sker uppåt.

735. Se avsnitt 9.5.

- (11.14) Skadan understiger vitesbeloppet. Eventuell jämkning av vitesbeloppet sker neråt.

Vid (11.13) blir B genom A:s avtalsbrott och avtalsvitet i (11.12) underkompenserad i förhållande till ersättning enligt det positiva intresset. Avtalsvitets effekt blir i detta fall desamma som i KPMG-fallet och NJA 2017 s. 113, eftersom B inte får full ersättning för skadan.

Omfördelningen beräknas på samma sätt som i rättsfallet. I fallet uppgick skadan till ca 1 800 000 kr och det avtalade beloppet till drygt 600 000 kr. Utan ansvarsbegränsningen hade hela risken legat hos besiktningsmannen. Men i och med ansvarsbegränsningen flyttades $1\,800\,000 - 600\,000 = 1\,200\,000$ kr, det vill säga $2/3$, av risken till köparna.

Detta resonemang kan kopplas till exempel (11.12) och (11.13), om skadorna uppgår till 200. Här omfördelas halva risken från säljare till köpare. Huruvida denna omfördelning ökar parternas nytta görs utifrån ett ekonomiskt perspektiv, vilket är underställt det juridiska. Anger tillämpliga rättsnormer en viss riskfördelning, gäller denna oavsett om den är ineffektiv. Här följer också av 2017 års fall att de skyddsbehov som det talas om inte utgör några självständiga skäl, utan ska tas hänsyn till som en del av (o)skälighetsbedömningen.⁷³⁶

Ett vitesbelopp identiskt med det positiva intresset är – om säljaren är mindre riskaversiv än köparen – effektivt både såvitt gäller incitament och riskfördelning. Detta innebär också att ett avtalsvite som vid samma förutsättningar fördelar risken på ett annat sätt innebär en ineffektiv omfördelning.

Ur ett ekonomiskt perspektiv saknas därför skäl för jämkning i detta fall. Fördelningen av risk till den part som är minst riskaversiv är effektiv, och en »juridisk omfördelning« blir därför ineffektiv. Juridiken tar i detta fall inte hänsyn till parternas inställning till risk, bortsett från att

736. »Den övertagna överlåtelsebesiktningen«, p. 36.

den talar om skyddsbehov. Om parterna inte har denna riskinställning kan avtalsvitet leda till att risken omfördelas på ett effektivt sätt i förhållande till riskfördelningen enligt den dispositiva rätten. Detta innebär till exempel att om köparen är riskneutral och säljaren riskaversiv är en omfördelning av hela eller delar av risken från säljare till köpare effektiv, eftersom den ökar den sammanlagda nyttan. Ett avtalsvite som i (11.13) skulle i det fallet innebära en effektiv omfördelning av risken jämfört med den dispositiva rättens fördelning. Något skäl för jämkning från ett ekonomiskt perspektiv finns därför inte.

Avslutningsvis gäller enligt (11.14) att skadan understiger vitet. En eventuell jämkning sker därför neråt. Om skadan är 100 och vitesbeloppet 200, ser klausulen ut enligt följande.

- (11.15) Om A bryter mot punkt 7 i avtalet ska A betala 200 till B. B har inte rätt till ersättning för skada som inte täcks av vitesbeloppet.

I fråga om riskfördelning måste precis som tidigare undersökas var risken ligger från början och i vilken mån avtalsvitet medför en omfördelning. Med ersättning enligt det positiva intresset ligger all risk hos säljaren men till skillnad från (11.13) innebär (11.15) ingen omfördelning av denna risk. Några skäl för jämkning mot bakgrund av en *ex ante* ineffektiv riskfördelning saknas därför.

12 SAMMANFATTNING

AVHANDLINGEN ÄR NU redo att sammanfattas. I dess första kapitels första stycke återgav jag ett påstående från verkligheten, att ett vitesbelopp på 100 000 kr alltid är ett bra belopp. I samma anda återgav jag exempel från juridisk litteratur med liknande kategoriserande påståenden, denna gång att avtalsvitets minskar sannolikheten för avtalsbrott. Mot bakgrund av dessa påståenden ställde jag ett antal frågor på temat att avtalsviten borde kunna tillämpas på ett mer sofistikerat sätt. För denna tillämpning skulle emellertid krävas en djupare framställning av avtalsvitets än de för närvarande tillgängliga. Bilden som doktrinen gav uppmanade snarare till en slentrianmässig användning av avtalsvitets, utan vidare reflektion för vare sig vitesbeloppets storlek eller hur ett avtalsvite påverkar tillämpningen av den dispositiva rätten. Denna problematiska bild blev avhandlingens utgångspunkt.

Från denna identifierade jag ett antal problem som avhandlingen syftade till att lösa. För detta använde jag två olika metoder: en *rättsdogmatisk* och en *ekonomisk*. Den rättsdogmatiska metoden används för att undersöka och redogöra för innehållet i gällande rätt, för att därigenom presentera en samlad bild av de rättsverkningar som kan aktualiseras vid överträdelse av avtalsvitets huvudförpliktelse.

Den ekonomiska metoden används för att klargöra hur parterna bör utforma ett avtalsvite så att deras nytta maximeras. Användningen av den ekonomiska metoden görs främst mot bakgrund av parternas avtalsfrihet, enligt vilken de genom avtalet kan bestämma vilka rättsliga positioner som ska föreligga dem emellan. Rätt använt kan avtalsvitets öka parternas sammanlagda nytta. Fel använt gäller det motsatta, att parternas sammanlagda nytta minskar. Med nuvarande bild, given av

den juridiska litteraturen, ökar sannolikheten för att vitet används på ett ineffektivt sätt. En viktig del av avhandlingen blev därför att visa hur avtalsvitet bör användas för att åstadkomma en nyttomaximering.

Att i avtalet reglera de ekonomiska konsekvenserna av avtalsbrott förekom redan i den romerska rätten. Trots den långlivade användningen och en allmänt accepterad bild av vad som utgör ett avtalsvite visade sig bilden vara otillräcklig för att användas i en sådan fördjupad framställning som avhandlingen syftar till. För detta slags framställning krävdes att initialt definiera vad som i avhandlingen krävs för att en förpliktelse ska räknas som ett avtalsvite. Definitionen gjordes genom att ställa upp ett antal kriterier, *avtalsvitets konstituerande villkor*. Det mest centrala av dessa är att avtalsvitet inte får vara villkorat av något annat än överträdelse av dess huvudförpliktelse.

Med definitionen löses ett antal grundläggande problem med avtalsvitet, vilka har diskuterats i litteraturen sedan tidigt 1900-tal. Tre sådana är huruvida avtalsvitet är (1) villkorat av skada, (2) villkorat av vårdslöshet samt (3) vilken relation som avtalsvitet har till dess huvudförpliktelse. Tidigare framställningar har fokuserat på innehållet i den dispositiva rätten för att fylla ut avtalsvitet i dessa delar. Jag har valt ett annat angreppssätt, vilket bygger på att avtalsvitet, så som det definieras i avhandlingen, tillhandahåller svar på dessa problem. I och med att avtalsvitet inte får vara villkorat av något annat än överträdelse av huvudförpliktelsen finns per definition ett avtalsinnehåll för (1) – (3). En förpliktelse som är villkorad av något av dessa uppfyller inte kriterierna för att räknas som ett avtalsvite. Någon tillämpning av den dispositiva rätten aktualiseras därför inte i dessa fall, eftersom den förutsätter en sådan lucka som genom avtalsvitets definition inte existerar.

Med utgångspunkt i definitionen av avtalsvitet lanserade jag termen *vitesfordran* för när avtalsvitet aktualiseras. Avtalsvitets rättsverkan är i sig okomplicerad, eftersom den enbart innebär att det uppstår en penningfordran av ett visst innehåll och det enligt principen om avtalsbun-

denhet. Mer komplicerat är istället hur vitesfordran påverkar tillämpningen av sådana avtalsbrottspåföljder som annars hade varit tillämpliga, vilket sedan mitten av 1800-talet har diskuterats i framställningar om avtalsviten.

Avtalsvitet har en uppenbar koppling till ersättning enligt det positiva intresset, eftersom det är denna ersättning som aktualiseras vid överträdelse av en avtalsförpliktelse om avtalet inte innehåller något vite. Detta gör att relationen mellan dessa måste undersökas. Denna relation är också central för förståelsen av avtalsvitet och det genom hela avhandlingen.

I detta syfte genomförde jag först en undersökning av förutsättningarna för skadestånd enligt det positiva respektive det negativa intresset. I denna betonade jag skillnaden mellan dessa, att det positiva intresset är en kontraktuell ersättningsform medan det negativa intresset är en utomkontraktuell ersättningsform. I samband med framställningen av det negativa intresset argumenterade jag för att detta ska användas som en utomkontraktuell ersättning även vid överträdelse av ogiltiga förpliktelser samt att de rättsfall, främst NJA 1974 s. 526, som tar upp frågan måste läsas som att det är detta slags tillämpning som Högsta domstolen gör. Med en sådan tolkning av rättsfallen uppkommer också en högre grad av samstämmighet, eftersom ersättning vid överträdelse av ogiltiga förpliktelser styrs av samma normer som ger ersättning vid den likaledes utomkontraktuella ersättningsformen *culpa in contrahendo*.

Med denna tillämpning av det negativa intresset övergick jag till vad som sker med avtalsvitet om dess huvudförpliktelse är ogiltig och överträds. Tidigare har detta område varit oklart, så till vida att kopplingen mellan överträdelse av en ogiltig huvudförpliktelse inte borde skapa någon ersättningsskyldighet. Samtidigt visar rättspraxis att ersättning har betalats ut under dessa förhållanden. Ersättningen har också i litteraturen klassificerats som kontraktuell. En sådan klassificering skulle innebära ett brott mot en grundläggande förmögenhetsrättslig systematik,

däribland distinktionen mellan giltighet och ogiltighet. Genom att istället se ersättningen som en tillämpning av den utomkontraktuella ersättningsskyldigheten, skingrades den tidigare oklarheten.

Därefter kom jag till frågan om avtalsvitets relation till skadestånd enligt den dispositiva rätten. Att avtalsvitet alltid ska utgå följer av principen om avtalsbundenhet. Frågan är istället huruvida avtalsvitet påverkar rätten till skadestånd enligt den dispositiva rätten. Tendensen i litteraturen under andra halvan av 1900-talet är i brist på uttalanden i rättskällorna att avtalsvitet är *exklusivt*, det vill säga att vid överträdelse av avtalsvitets huvudförpliktelse exkluderar avtalsvitet andra på avtalsförhållandet tillämpliga regler. I avhandlingens fall måste denna tendens emellertid förhålla sig till dels NJA 2010 s. 629, »Temarör och den borttappade huvudnyckeln«, dels NJA 2014 s. 960, »Det Andra Bolaget«.

Dessa rättsfall kan vid en första anblick framstå som oförenliga, eftersom det äldre säger att någon regel som styr relationen mellan avtalsvite och skadestånd inte finns medan det yngre säger att en sådan regel finns och den innebär att borgenären som huvudregel har rätt till andra på avtalsförhållandet tillämpliga regler, inklusive ersättning enligt det positiva intresset. Men domskälens oförenlighet bygger på att man läser dem som att domstolen talar om rättsverkningar av tillämpning av den dispositiva rätten. Denna läsning är emellertid inte självklar. En analys av domskälen visar istället att domstolen i 2010 års fall letade efter ett innehåll i gällande rätt, men kom fram till att något sådant inte fanns. I 2014 års fall ligger det däremot närmast till hands att läsa avgörandet som att domstolen talar om de rättsverkningarna som uppstår vid tolkning.

Med denna syn på avgörandena framgår två saker. Dels att den dispositiva rätten inte innehåller någon regel som styr relationen mellan vite och skadestånd, dels att fallen är inbördes förenliga. I avhandlingens bemärkelse förekommer således en lucka i rättsordningen. Denna kan fyllas med utomrättsligt material, vilket gör att den ska fyllas med ett innehåll som gör att avtalsparternas nytta maximeras. Detta innebär att

luckan ska fyllas med en regel som ger vitesborgenären rätt till ersättning för hela skadan, med avräkning för det som utgått genom vitesbeloppet.

En motsvarande ordning gäller för andra avtalsbrottspåföljder, rätten till fullgörelse, prisavdrag och hävning, att dessa inte heller som huvudregel påverkas av uppkomsten av en vitesfordran. Denna lösning skapar med andra ord en högre grad av samstämmighet än tidigare, eftersom ingen av dessa avtalsbrottspåföljder påverkas av avtalsvitet.

Genom att beskriva avtalsvitets exklusivitet som en funktion av dess relation till den norm som styr relationen mellan avtalsvite och skadestånd uppkommer en tydlig koppling mellan vite och ansvarsbegränsningar. Dessa två typer av klausuler har tidigare, bland annat i NJA 2010 s. 629, ansetts vara besläktade. Domstolen skrev till exempel i 2010 års fall att ett avtalsvite kan utgöra en ansvarsbegränsning. Detta är med avhandlingens syn en felaktig bild. Istället innebär i båda dessa fall att tillämpningen av ersättning enligt det positiva intresset begränsas eller utesluts. Detta är ett utslag av avtalsfriheten, på samma sätt som rättsverkan av en ansvarsbegränsning är, att den begränsar (helt eller delvis) tillämpningen av den dispositiva rätten till ersättning för hela skadan. Detta innebär i sin tur att förhållandet mellan ansvarsbegränsningar och exklusiva avtalsviten blir förhållandevis okomplicerat, eftersom den begränsade rättsverkan följer av tillämpningen av samma slags norm.

Med denna syn kan också NJA 2017 s. 113 appliceras direkt på avtalsviten. Jämkning av avtalsviten ska i fortsättningen därför ske i enlighet med 36 § avtalslagen och med särskild hänsyn till om ett exklusivt avtalsvite innebär en skälig (eller oskälig) omfördelning av risken jämfört med vad som hade följt av dispositiv rätt.

I avhandlingens avslutande två kapitel appliceras ekonomisk teori på avtalsviten. Av de modeller som går igenom framgick bland annat att en rationell avtalspart – om ersättningen vid avtalsbrott följer av det positiva intresset – agerar effektivt i valet mellan fullgörelse och icke-

fullgörelse. Givet att avtalsvitet bör användas för att maximera parternas sammanlagda nytta argumenterade jag för att parterna dels bör använda ett exklusivt avtalsvite, dels ange vitesbeloppet så nära det positiva intresset som möjligt. Vitesbeloppet kan därefter behöva justeras med hänsyn till eventuella tillitsutgifter samt parternas inställning till att bära risken.

Jag visade också genom modellerna vilka egenskaper en huvudförpliktelse ska ha för att nyttan att koppla den till ett avtalsvite ska maximeras. Detta sker om huvudförpliktelsen och avtalsvitet har låga kostnader för att formuleras, att sannolikheten är hög för att händelsen ska inträffa, att verifikationskostnaderna för avtalsbrott är höga utan avtalsvite samt parterna sätter ett lågt värde på innehållet i den dispositiva rätten. Vidare visade modellerna att vid rättstillämparens jämkning av avtalsviten, bör dessa jämkas så att den ekonomiska ersättningen är i paritet med det positiva intresset.

WE ARE NOW in a position to summarize this thesis. I began with a concrete claim: that a damages clause (*avtalsvite*) specifying compensation of SEK 100,000 is always a good damages clause.⁷³⁷ I also referred to some examples from legal doctrine informed by this view, stating that a damages clause decreases the probability of a breach of contract. I asked a number of questions on the theme of whether it might be possible to use a damages clause in a more sophisticated manner. In order to achieve this more sophisticated understanding of damages clauses, I suggested, we would have to investigate the matter in more depth than has previously been attempted. The image created by legal doctrine encourages a rather routine use of damages clauses, without much reflection on either the level of compensation or on how the clauses affect the use of background law. This problematic image formed the starting point for the thesis.

I then identified a number of problems that the thesis aims to solve. To solve these problems, I used two different methods: a *legal dogmatic method* and an *economic method*. The former is a way of examining and describing the content of the legal system so as to present a coherent view of the consequences of a failure to fulfil the main obligation of a damages clause. The economic method is a way of clarifying how the parties should use the damages clause, in order to maximize their overall utility. That is, it is a way of explaining how a damages clause may be used in order to achieve this.

737. In Swedish law, there is no direct equivalent to the distinction in common law between a liquidated damages clause and a penalty clause. Therefore, I have used the neutral term 'damages clause' in this summary.

The use of the economic method is presupposed by the parties' freedom of contract, which is what allows them to determine their legal relationship to one another. Used correctly, these clauses may increase the parties' total utility. Used incorrectly, the parties' total utility may decrease. The current view in legal doctrine increases the probability that damages clauses will be used in an ineffective way. An important purpose of the thesis is therefore to show how – in the light of utility maximization – the damages clause should be used.

The inclusion of the economic consequences of a breach of contract within the agreement itself was already a feature of Roman law. Thanks to their long-standing use, there is a generally accepted picture of what damages clauses are, but, in fact, this picture turned out to be an insufficient basis for the deeper understanding at which this thesis aims. To pursue this understanding, I began by defining what is required for an obligation to be classified as a damages clause. This definition was constructed by combining a number of criteria. The most central of these is that the obligation in the damages clause must not be conditional on anything other than non-fulfilment of the main obligation of the clause. If the obligation were conditional on any additional conditions, it would not be a damages clause.

This definition might allow us to solve a number of problems with damages clauses, problems that have been debated in Nordic legal doctrine since the early twentieth century. One of these problems is whether the obligation contained in the damages clause is conditional on economic loss or whether it is conditional on negligence; another has to do with the relation between the obligation and the clauses' main obligation.

Previous commentators have focused on the content of the background law as a way of filling in gaps in the damages clause. I chose another way of filling in these gaps, which builds upon the definition of the damages clause. Since the obligation contained in the damages clause cannot be conditional on anything other than the non-fulfilment of its

main obligation, the clause has by definition a content with regard to these matters. An obligation that is conditional upon any one of these does not fulfil the requirements necessary for it to be counted as a damages clause. On this view, there is no room for the background law, since its application presupposes a legal gap that, due to my definition of the damages clause, does not exist.

I use the term 'damages clause claim' (*vitesfordran*) to refer to a situation in which the obligation in the damages clause, as I have defined it, is actualized. The legal effect of the clause is in itself straightforward; quite simply, a monetary claim with a certain content arises because of the binding nature of the contract. What is more complicated is the way in which a damages clause claim affects the application of the background law governing breach of contract that would otherwise be applicable. This issue has been the subject of some controversy in the Nordic legal literature on damages clauses since the middle of the nineteenth century.

A damages clause has an obvious connection to damages according to the expectation interest, since it is this compensation that is actualized in the event of a breach of a contractual obligation if the agreement does not contain any damages clause. This connection had, therefore, to be investigated, and it became central to the understanding of damages clauses adopted in the thesis.

With this in mind, I first examined the conditions for awarding damages according to the expectation and the reliance interest. I emphasized the difference between the expectation interest, as a contractual form of compensation, and the reliance interest, as a non-contractual form of compensation. In the course of making this distinction, I argued that the reliance interest can be used as a form of non-contractual compensation in the event of breach of invalid obligations, and I argued that certain legal cases, especially NJA 1974 p. 526 from the Swedish Supreme Court, should be interpreted in this way. Such an interpretation of these cases makes possible a greater degree of

coherence, since damages awarded in the event of breach of an invalid obligation are governed by the same norms that govern compensation according to the non-contractual compensation form *culpa in contrahendo*.

Having put forward this application of the reliance interest, I turned to the issue of what happens in situations in which the damages clause's main obligation is invalid and breached. In the past, this area of the law has been unclear; breaches of an invalid main obligation should not create any liability, but it is clear from the case law that damages have actually been awarded under these circumstances. These damages have been classified as contractual in the literature. Such a classification constitutes a violation of the fundamental distinction in Swedish contract law between the consequences of breaching a valid obligation compared to breaching an invalid one. But by seeing the compensation as an application of a non-contractual obligation, the questions are answered and the uncertainty dispelled.

I then addressed the question of the relationship between damages clauses and damages according to default rules. Damages according to the clause must always be paid, on the basis that the contract is binding. The question is whether a damages clause affects the right to damages according to the default rules. The tendency in the second half of the twentieth century was to say that the damages clause is *exclusive*. That is to say, in the event of a breach of the damages clause's main obligation, rules otherwise applicable to the contractual relationship are excluded. In investigating this issue, this thesis had to take into account the cases NJA 2010 p. 629 and NJA 2014 p. 960.

These cases may *prima facie* appear to be incompatible, since NJA 2010 s. 629 states that there is no default rule governing the relationship between a damages clause and damages according to the background law while NJA 2014 s. 960 states that there is such a rule and that this means that the creditor is, as a general rule, entitled to damages on the basis of the background law applicable to the contract, including

damages according to the expectation interest. But the conclusion that these cases are incompatible depends on reading them as if the court were referring to the legal consequences, derived from the application of the background law. However, this is not obvious. According to my analysis of the cases, the court in NJA 2010 s. 629 was looking for a default rule but did not find one. In NJA 2014 s. 960, on the other hand, it is more probable that the court was attempting to interpret the specific agreement and therefore referred to specific norms of interpretation.

Once we adopt this view of the decisions, two things become clear: the background law does not contain any rule that governs the relationship between a damages clause and awarding damages according to the background law, and the cases are compatible. Thus, there is a gap in the legal order for a legal official to fill. This may be achieved on the basis of extrajudicial material; I argued, specifically, that it should be filled with a content that maximizes the utility of the contracting parties. This means that the gap should be filled with a rule that grants the creditor the right to compensation for the total damages, with a deduction for what has been paid in order to satisfy the damages clause.

A corresponding arrangement applies to other damages measures, for example the right to performance, reduction of price, and termination, in their relation to the damages clause. These are not, as a general rule, affected by the inclusion of a damages clause. Because neither of these damages measures, nor damages according to the expectation interest, are – as a general rule – affected by the damages clause, we have brought about a greater degree of coherence.

By describing the exclusivity of a damages clause in terms of a limitation on the application of the default norm that governs the relationship between damages clauses and damages according to the background law, it becomes clear that there is a connection between the damages clause and different forms of limited liabilities. These two types of clause have previously been considered related, for example in

NJA 2010 p. 629. In this case, the Swedish Supreme Court stated that a damages clause may constitute a limited liability. In my view, however, this is not the correct way of looking at it. Rather, I believe that in these cases the application of compensation according to the expectation interest is limited. This is a consequence of the freedom of contract, in the same way that the legal effect of a limited liability is that it limits (wholly or partly) the application of the default rule of compensation for the total damages. This in turn means that the relationship between limited liabilities and exclusive damages clauses becomes relatively straightforward, as the limitation is based on the same type of norm in either case.

Because of this, NJA 2017 p. 113 can also be applied directly to damages clauses and their relationship to compensation according to expectation interest. According to this case, reconciliation of a damages clause should be carried out in accordance with section 36 of the Swedish Contract Act (*avtalslagen*) and should, in particular, take into account whether an exclusive damages clause would produce a reasonable (or unreasonable) redistribution of the risk compared to the distribution that would have followed from the background law.

In the thesis's final two chapters, I applied economic theory to damages clauses. From the economic models that I described, it follows that a rational part – if the damages is governed by the expectations damages – acts in a maximizing manner in the choice between fulfilment and non-fulfilment of a contractual obligation. Based on the assumption that damages clauses should be used to maximize the parties' total utility, I argued that the parties should use an exclusive damages clause and that the amount specified in the clause should be as close as possible to the expectation interest. This amount may then need to be adjusted to take account of any reliance expenditure and the parties' attitudes towards bearing the risk. I also showed which types of main obligation should be linked to the damages clause in order to maximize utility. The same applies in the case of the legal official's reconciliation

of the damages clause: in order to maximize the parties' overall utility, the amount specified in the clause should be adjusted in the direction of the expectation interest.

KÄLLFÖRTECKNING

OFFENTLIGT TRYCK

1815 års förslag till Handels Balk. 1815.

1826 års Förslag till Allmän Civillag. 1826.

Förslag till lag om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område m.m. 1914.

NJA II 1915, nr 5:1. Lag om avtal m.m. på förmögenhetsrättens område.

Kungl. Maj:ts proposition nr 20 år 1970 med förslag till jordabalk. Del B.

Kungl. Maj:ts proposition nr 15 år 1971 med förslag till lag om förbud mot otillbörliga avtalsvillkor, m.m.

Kungl. Maj:ts proposition nr 5 år 1972 med förslag till skadeståndslag m.m.

SOU 1974:83. Generalklausul i förmögenhetsrätten. 1974.

SOU 1976:66. Köplag. Slutbetänkande av köplagsutredningen. 1976.

Ds 1994:29. Oskäligen avtalsvillkor m.m. Införlivande med svensk rätt av EG:s direktiv om oskäligen villkor i konsumentavtal. 1994.

Proposition 1973:138. Kungl. Maj:ts proposition med förslag till konsumentköplag, m.m. 1973.

Proposition 1975/76:81 med förslag om ändring i lagen (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område, m.m. 1975.

Regeringens proposition 1988/89:76. Ny köplag. 1989.

Regeringens proposition 1994/95:17. Oskäligen avtalsvillkor m.m. Införlivande med svensk rätt av EG:s direktiv om oskäligen avtalsvillkor i konsumentförhållanden. 1994.

L I T T E R A T U R

- Adestam, Johan. (2014). Den dokumentvillkorade garantin. Stockholm: Karnov Group Sweden AB.
- Adestam, Johan, och Arvidsson, Niklas. (2014). Kommentar till lag (1936:81) om skuldebrev. Karnov.
- Adlercreutz, Axel. (1987). Rättsverkan av brutna avtalsförhandlingar och andra fall av ofullständiga avtal (om 'letters of intent', principöverenskommelser m. m.). Svensk Juristtidning 72: 493-514.
- Adlercreutz, Axel, och Gorton, Lars. (2010). Avtalsrätt II. Lund: Juristförlaget.
- Adlercreutz, Axel, Gorton, Lars, och Lindell-Frantz, Eva. (2016). Avtalsrätt I. Lund: Juristförlaget.
- Alchourrón, Carlos E., och Bulygin, Eugenio. (1971). Normative systems. Wien: Springer-Verlag.
- Almén, Tore. (1897). Om auktion: såsom medel att åvägabringa aftal. Uppsala: Akademiska boktryckeriet.
- . (1906). Om köp och byte af lös egendom: kommentar till lagen den 20 juni 1905. Förra delen, Omfattande §§ 1-41. Stockholm: Norstedt.
- . (1916). Lagen om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område av den 11 juni 1915 samt därav föranledda författningar: med litteraturhänvisningar och förklarande anmärkningar. Stockholm: Norstedt.
- Almén, Tore, och Eklund, Rudolf. (1960). Om köp och byte av lös egendom: kommentar till lagen den 20 juni 1905. Stockholm: Norstedt.

- Almén, Tore, Eklund, Rudolf, och Nordström, Torkel. (1997, urspr. publ. 1968). *Lagen om avtal*. Stockholm: Institutet för rättsvetenskaplig forskning.
- Anscombe, F. J., och Aumann, R. J. (1963). A Definition of Subjective Probability. *The Annals of Mathematical Statistics* 34: 199-205.
- Arditi, David, Khisty, C. Jotin, och Yasamis, Firuzan. (1997). Incentive/Disincentive Provisions in Highway Contracts. *Journal of Construction Engineering and Management* 123: 302-307.
- Arnholm, Carl Jacob. (1974). *Privatrett. 3, Allmänlig obligationsrett*. Oslo: Grøndt Tanum.
- Arrow, Kenneth J. (1986). Rationality of Self and Others in an Economic System. *The Journal of Business* 59: S385-S399.
- Arvidsson, Niklas. (2010). *Aktieägaravtal: särskilt om besluts- och överlåtelsebindningar*. Stockholm: Thomson Reuters Professional.
- . (2011). Högsta domstolen och den aktiebolagsrättsliga separationsprincipen. *Juridisk tidskrift vid Stockholms universitet* 23: 50-64.
- . (2014). Indirekt handlingsstyrande kontraktsklausuler - om ogiltighet och skadestånd. *Nordisk Tidsskrift for Selskabsret* 16: 22-42.
- . (2016). Avtals efterverkan vid utträden ur varaktiga flerpartsavtal. *Juridisk Tidskrift vid Stockholms universitet* 28: 19 - 42.
- . (2017). Avtalade ansvarsbegränsningar. Kommentarer med anledning av ett prejudikat om ogiltighet och jämkning i Modern affärsrätt. En antologi. Stockholm: Wolters Kluwer.
- . (2019). Begreppet sedvana i Juridiska grundbegrepp. *Vänbok till David Reidhav*. Lund: Studentlitteratur.
- Arvidsson, Niklas, och Samuelsson, Per. (2007). *Om avtals uppkomst i Vänbok till Axel Adlercreutz*. Lund: Juristförlaget i Lund.
- . (2015). Entreprenadrättslig fackmässighet - synpunkter med anledning av Gotlands-domen. *Ny Juridik* 22: 7-20.
- . (2015). Entreprenadrättsliga felpåföljder. *Ny Juridik* 22: 27-48.

- . (2018). *Entreprenadavtal mellan näringsidkare och konsument*. Stockholm: Norstedts juridik.
- Augdahl, Per. (1978). *Den norske obligasjonsretts almindelige del*. Oslo: Aschehoug.
- Austin, John. (1995, urspr. publ. 1832). *The province of jurisprudence determined*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Ayres, Ian, och Gertner, Robert. (1989). *Filling Gaps in Incomplete Contracts: An Economic Theory of Default Rules*. *The Yale Law Journal* 99: 87-130.
- Barton, John H. (1972). *The Economic Basis of Damages for Breach of Contract*. *The Journal of Legal Studies* 1: 277-304.
- Bastidas Venegas, Vladimir. (2018). *Rättsekonomi i Juridisk metodlära*. Lund: Studentlitteratur.
- Becker, Gary S. (1976). *The economic approach to human behavior*. Chicago: Univ. of Chicago Press.
- Bengtsson, Bertil. (2007). *Allmänna principer om kontraktsansvar? i Festskrift till Lars Gorton*. Lund: Juristförlaget.
- . (2017). *Om allmänna skadeståndsrättsliga principer*. *Juridisk Tidskrift vid Stockholms universitet* 29: 265-275.
- Bengtsson, Bertil, Ullman, Harald, och Unger, Sven. (2019). *Allehanda om skadestånd i avtalsförhållanden*. Stockholm: Jure Förlag AB.
- Bentham, Jeremy. (1970, urspr. publ. 1782). *Of laws in general*. London: Athlone.
- Bergström, Clas, och Samuelsson, Per. (2015). *Aktiebolagets grundproblem*. Stockholm: Norstedts juridik.
- Bernitz, Ulf. (2013). *Standardavtalsrätt*. Stockholm: Norstedts juridik.
- . (2018). *Standardavtalsrätt*. Stockholm: Norstedts juridik.
- . (2019). *Oklarhetsregeln och oskäliga avtalsvillkor: ny rättsutveckling för konsumentavtal*. *Svensk Juristtidning* (pre-print) 104. Stockholm.
- Bernoulli, Daniel. (1954, urspr. publ. 1738). *Exposition of a New Theory on the Measurement of Risk*. *Econometrica* 22: 23-36.

- Birmingham, Robert L. (1969). Breach of Contract, Damage Measures, and Economic Efficiency. *Rutgers Law Review* 24: 273-292.
- Björkdahl, Erika P. (2007). Lojalitet och kontraktsliknande förhållanden: en civilrättslig studie av förutsättningarna för ansvar vid förhandlingar eller andra kontakter mellan avtalsmässigt obundna parter. Uppsala: Iustus Förlag AB
- Björling, Carl G. (1923). Har gängse tolkning av 24 § köplagen visats vara oriktig? *Svensk juristtidning* 8: 281-291.
- Bliss, Christopher. (2016). Distribution Theories: Neoclassical i *The New Palgrave Dictionary of Economics*. London: Palgrave Macmillan UK.
- Blom, Gunnar, Enger, Jan, Englund, Gunnar, Grandell, Jan, och Holst, Lars. (2005). Sannolikhets teori och statistik teori med tillämpningar. Lund: Studentlitteratur.
- Blomkvist, Christina. (2011). Med vederbörlig omsorg - en skiljedom om due diligence. *Juridisk Tidskrift vid Stockholms universitet* 23: 299-312.
- Bogdan, Michael. (1997). Rekviem över letters of comfort i Festskrift till Jan Ramberg. Stockholm: Norstedts Juridik.
- Bolton, Patrick, och Dewatripont, Mathias. (2005). *Contract theory*. Cambridge, Massachusetts: MIT Press.
- Brækhus, Sjur. (1947). En analyse og vurdering av den såkalte negative kontraktinteresse i nordisk kontraktrett. *Tidsskrift for rettsvitenskap* 60: 515-536.
- Bruserud, Herman. (2010). *Hardshipklausuler*. Oslo: Fagbokforlaget.
- Bryde Andersen, Mads. (2015). *Praktisk aftaleret*. København: Gjellerup.
- Bryde Andersen, Mads, och Lookofsky, Joseph. (2015). *Lærebog i obligationsret 1. Ydelsen, beføjelser*. København: Karnov.
- Bulygin, Eugenio. (1992). On Norms of Competence. *Law and Philosophy* 11: 201-216.

- Calabresi, Guido. (1961). Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts. *The Yale Law Journal* 70: 499-553.
- Calabresi, Guido, och Melamed, A. Douglas. (1972). Property Rules, Liability Rules and Inalienability: One View of the Cathedral. *Harvard Law Review* 85: 1089-1128.
- CISG Advisory Council Opinion No. 10. Agreed Sums Payable upon Breach of an Obligation in CISG Contracts. 2012.
- Clarkson, Kenneth W., Miller, Roger LeRoy, och Muris, Timothy J. (1978). Liquidated Damages v. Penalties: Sense or Nonsense. *Wisconsin Law Review* 1978: 351-390.
- Coase, Ronald H. (1960). The Problem of Social Cost. *Journal of Law and Economics* 56: 837-877.
- Coleman, Jules L. (1980). Efficiency, Utility, and Wealth Maximization. *Hofstra Law Review* 8: 509-551.
- Cooter, Robert, och Ulen, Thomas. (2016). *Law and Economics*. Boston: Pearson Education International.
- Cordero-Moss, Giuditta. (2011). Introduction to Part 3 i Boilerplate Clauses, International Commercial Contracts and the Applicable Law. Cambridge: Cambridge University Press.
- Dahlman, Christian. (2010). Rätt och rättfärdigande: en tematisk introduktion i allmän rättslära. Lund: Studentlitteratur.
- . (2019). Begreppet rättskälla i Juridiska grundbegrepp: en vänbok till David Reidhav Lund: Studentlitteratur.
- Dahlman, Christian, Glader, Marcus, och Reidhav, David. (2005). Rättsekonomi: en introduktion. Lund: Studentlitteratur.
- Diogenes, Laertios. (2016 (urspr. publ. ca 200 e. Kr.)). Berömda filosofers liv och läror. Stockholm: Atlantis.
- Dixit, Avinash K., Skeath, Susan, och Reiley, David. (2015). *Games of strategy*. New York: W.W. Norton & Company.
- Domeij, Bengt. (1998). Läkemedelspatent: patent på läkemedel i Europa ur ett rättsvetenskapligt och rättsekonomiskt perspektiv. Stockholm: Jure Förlag AB.

- Dworkin, Ronald. (1977). *Taking rights seriously*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press.
- Dworkin, Ronald M. (1980). Is Wealth a Value? *The Journal of Legal Studies* 9: 191-226.
- Edlund, Lars. (2001). Boilerplate på svenska. *Svensk Juristtidning* 86: 172 - 178.
- Einstein, A., Podolsky, B., och Rosen, N. (1935). Can Quantum-Mechanical Description of Physical Reality Be Considered Complete? *Physical Review* 47: 777-780.
- Ekelöf, Per Olof. (1942). Straffet, skadeståndet och vitet: en studie över de rättsliga sanktionernas verkningssätt. Uppsala: Lundequist.
- Ekelöf, Per Olof, Edelstam, Henrik, och Heuman, Lars. (2009). *Rättegång*. H. 4. Stockholm: Norstedt.
- El-Gafy, Mohamed, och Abdelhamid, Tariq. (2015). Impact of I/D Contracts Used for Expediting Michigan's Road Construction. *Journal of Construction Engineering & Management* 141: 1-8.
- Fehr, Martin. (1913). Om vitesbestämmelser i aftal enligt svensk rätt: en profföreläsning. Uppsala: Almqvist & Wicksells Boktryckeri AB.
- Fishburn, Peter C. (1970). *Utility theory for decision making*. New York: Wiley.
- . (1986). The Axioms of Subjective Probability. *Statistical Science* 1: 335-345.
- . (2017). *Utility Theory and Decision Theory* i *The New Palgrave Dictionary of Economics*. London: Palgrave Macmillan UK.
- Fleischer, Carl August. (1959). Den negative kontraktsinteresse i Festskrift til professor dr. juris Carl Jacob Arnholm fra de juridiske studenter ved universitetet i Oslo. Oslo: Universitetsforlaget.
- Flodgren, Boel. (2015). The Doctrine of Precontractual Liability i *The Nordic Contracts Act. Essays in Celebration of its One Hundreth*

- Anniversary. Copenhagen: Jurist- og Økonomforbundets Forlag.
- . (2016). Civilrätten i ett framtidsperspektiv i Svensk Juristtidning 100 år. Stockholm: Iustus Förlag AB.
- . (2019). Felparkeringsrätt - hellre fälla än fria? Juridisk Tidskrift vid Stockholms universitet. JT net 2018-19 30: 48-86.
- Fudenberg, Drew, och Tirole, Jean. (1991). Game theory. London: The MIT Press.
- Fuller, L. L., och Perdue, William R., Jr. (1936). The Reliance Interest in Contract Damages: 1. The Yale Law Journal 46: 52-96.
- Goetz, Charles J., och Scott, Robert E. (1977). Liquidated Damages, Penalties and the Just Compensation Principle: Some Notes on an Enforcement Model and a Theory of Efficient Breach. Columbia Law Review 77: 554-594.
- Gomard, Bernhard, Godsk Pedersen, Hans Viggo, och Ørgaard, Anders. (2012). Almindelig kontraktsret. København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag.
- Gomard, Bernhard, och Iversen, Torsten. (2011). Obligationsret. D. 2. København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag.
- Gorton, Lars. (1999). Något om 36 och 38 §§ i 1915 års avtalslag - då och nu i Rättsvetenskapliga studier till minnet av Tore Almén. Uppsala: Iustus.
- . (2011). The Nordic tradition: Application of boilerplate-clauses under Swedish law i Boilerplate clauses, international commercial contracts and the applicable law. Cambridge: Cambridge University Press.
- Gorton, Lars, och Samuelsson, Per. (2005). Kontraktuella viten i Festschrift för Ingemar Ståhl. Lund: Studentlitteratur.
- Grauers, Folke. (2016). Fastighetsköp. Lund: Juristförlaget.
- Gregow, Torkel. (2015). Obiter dictum - något att uppmuntra eller motarbeta? Juridisk Tidskrift vid Stockholms universitet 27: 36-49.

- Grossman, Sanford J., och Hart, Oliver. (1983). An Analysis of the Principal-Agent Problem. *Econometrica* 51: 7-45.
- Grönfors, Kurt. (1995). Avtal och omförhandling. Stockholm: Nerenius & Santérus.
- . (2013). Avtalsgrundande rättsfakta. Stockholm: Santérus förlag.
- Grönfors, Kurt, och Dotevall, Rolf. (2016). Avtalslagen: en kommentar. Stockholm: Norstedts juridik.
- Gustafsson, Johan. (2008). Om culparegeln - särskilt inom kontraktsförhållanden. *Juridisk Tidskrift vid Stockholms universitet* 20: 17-29.
- Hagerup, Francis. (1884). Om kjøb og salg: forelæsninger, holdt ved Kristiania universitet. Kristiania: Aschehoug.
- Hagstrøm, Viggo. (2011). Obligasjonsrett. Oslo: Universitetsforlaget.
- Hakulinen, Yrjö Juho. (1962). Obligationsrätt. 1, Allmänna läror. Helsingfors: Söderström.
- Hart, H. L. A. (1961). The concept of law. Oxford: Clarendon.
- Hart, H. L. A., Bulloch, Penelope A., Raz, Joseph, och Green, Leslie. (2012). The concept of law. Oxford: Oxford University Press.
- Hart, Oliver, och Moore, John. (1988). Incomplete Contracts and Renegotiation. *Econometrica* 56: 755-785.
- . (1999). Foundations of Incomplete Contracts. *The Review of Economic Studies* 66: 115-138.
- Hasselrot, Berndt. (1912). Handelsbalken jämte dithörande författningar: med förklarande anmärkningar och belysande prejudikat till praktiska juristers och affärsmäns tjänst. D. 1, Om köp och byte. Stockholm: P. A. Norstedt & Söners Förlag.
- Heidbrink, Jakob. (2005). Logistikavtalet: allmän kontraktsrätt i transporträttslig miljö. Uppsala: Iustus Förlag AB.
- Hellner, Jan. (1969). Syften och uppgifter för rättsvetenskaplig forskning. Festskrift til professor, dr. jur. & phil. Alf Ross 10. juni 1969

- . (1993). *Kommersiell avtalsrätt: kompendium*. Stockholm: Juristförlaget.
- . (1999). *Negativt kontraktsintresse. Variationer över ett tema av Almén i Rättsvetenskapliga studier till minnet av Tore Almén*. Uppsala: Iustus Förlag AB.
- Hellner, Jan, Hager, Richard, och Persson, Annina H. (2016). *Speciell avtalsrätt II: kontraktsrätt. H. 2, Allmänna ämnen*. Stockholm: Wolters Kluwer.
- Hellner, Jan, och Radetzki, Marcus. (2014). *Skadeståndsrätt*. Stockholm: Norstedts Juridik.
- Hernberg, Alarik. (1929). Till frågan om avtalsvitets konstruktion. *Defensor legis: Suomen asianajajaliiton äänenkannattaja: organ för Finlands advokatförbund* 10: 415-423.
- Herre, Johnny. (1996). *Ersättningar i köprätten: särskilt om skadeståndsberäkning*. Stockholm: Juristförlaget.
- . (1999). Relationen mellan prisavdrag, avhjälpandekostnadsersättning och skadestånd - några systematiska reflexioner mot bakgrund av NJA 1998 s. 792 i *Rättsvetenskapliga studier tillägnade minnet av Knut Rodhe*. Stockholm: STiftelsen Mercurius.
- . (2005). Svensk rättspraxis. *Förmögenhetsrätt 1978-2004*. *Svensk Juristtidning* 90: 549-800.
- . (2012). DCFR och svensk rätt. *Svensk Juristtidning* 98: 933-940.
- . (2016). Köprättens divergerande innehåll i *Svensk Juristtidning* 100 år. Stockholm: Iustus Förlag AB.
- . (2018). Användningen av utländsk rätt i Högsta domstolen på det förmögenhetsrättsliga området i *Festskrift til Mads Bryde Andersen*. København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag.
- . (2018). *Obligationsrätt i Norden - nuläge och utmaningar*. *Tidsskrift for Rettsvitenskap* 131: 272-298.

- Herre, Johnny, och Ramberg, Jan. (2016). Köplagen (26 oktober 2018, Zeteo).
- Hessler, Henrik. (1983). Svensk rättspraxis. Sakrätt 1964 - 1981. Svensk Juristtidning 68: 161-215.
- Heuman, Lars. (2005). Bevisbörda och beviskrav i tvistemål. Stockholm: Norstedts juridik.
- . (2015). Är avtalstolkning endast en rättslig verksamhet eller kräver den också bevisbedömningar? Svensk Juristtidning 100: 793-825.
- Hillman, Robert A. (1999). Limits of Behavioral Decision Theory in Legal Analysis: The Case of Liquidated Damages. Cornell Law Review 85: 717-738.
- Himma, Kenneth Einar. (1999). Judicial Discretion and the Concept of Law. Oxford Journal of Legal Studies 19: 71-82.
- . (2002). Inclusive Legal Positivism i Oxford Handbook of Jurisprudence and Legal Philosophy. Oxford: Oxford University Press.
- Hohfeld, Wesley Newcomb. (1913). Some fundamental legal conception as applied in judicial reasoning. The Yale Law Journal 23: 16-59.
- Holm, Anders. (2013). Kalibrerade krav på bundenhet vid successivt undertecknade köpehandlingar. Juridisk Tidskrift vid Stockholms universitet 25: 149-158.
- Holmgren, Sven, och Lundqvist, Dick. (1988). Letter of intent: värt mer än pappret? Lund: Studentlitteratur.
- Holmström, Bengt. (1979). Moral Hazard and Observability. Bell Journal of Economics 10: 74-91.
- Holmström, Bengt, och Tirole, Jean. (2011). Inside and outside liquidity. Cambridge, MA: MIT Press.

- Houser, Daniel, Xiao, Erte, McCabe, Kevin, och Smith, Vernon. (2008). When punishment fails: Research on sanctions, intentions and non-cooperation. *Games and Economic Behavior* 62: 509-532.
- Håstad, Torgny. (2009). Köprätt och annan kontraktsrätt. Uppsala: Iustus Förlag AB.
- . (2015). DCFR Rules in the Swedish Supreme Court i The Nordic Contracts Act. Essays in Celebration of its One Hundreth Anniversary. Copenhagen: Jurist- og Økonomforbundets Forlag.
- . (2017). Emissionsgarantimålet NJA 2016 s. 107; nu fråga om domvilla och resning samt lämplig domstol för vissa extraordina-
nära ärenden. *Juridisk Tidskrift vid Stockholms universitet* 28: 605-624.
- Iversen, Torsten. (2000). Erstatningsberegning i kontraktsforhold: et bi-
drag til undersøgelsen af de i dansk ret gældende principper for
erstatningsberegning i kontraktsforhold med særlig henblik på
ikke-opfyldelse af aftaler om køb, leje og entreprise. København:
Thomson - GadJura.
- . (2009). Nogle bemærkninger om dagbøder i Festskrift til Der
Danske Selskab for Byggeret. København: Thomson Reuters.
- Jaraiedi, Majid, Plummer, Ralph W., och Aber, Mary S. (1995). Incentive/Disincentive Guidelines for Highway Construction Contracts. *Journal of Construction Engineering & Management* 121: 112-120.
- Jevons, William Stanley. (2013, urspr. publ. 1911). The Theory of Political Economy. Basingstoke: Palgrave Macmillan, 2013.
- Jhering, Rudolf von. (1861). Culpa in contrahendo: oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen. *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts* 4: 1-112.

- Jingryd, Ola. (2018). Culpa in contrahendo vid uteblivet fastighetsköp - en problematisering. *Juridisk Tidskrift vid Stockholms universitet* 30: 91-118.
- Johansson, Svante O. (2015). Grov vårdslöshet och avtalsfrihet - var står vi i dag med ansvarsfriskrivningar? *Juridisk Tidskrift vid Stockholms universitet* 27: 50-67.
- Juridiska Föreningens förhandlingar år 1916. (1918). Tidskrift utgiven av Juridiska föreningen i Finland 54: 43-66.
- Kahneman, Daniel, Knetsch, Jack L., och Thaler, Richard H. (1990). Experimental Tests of the Endowment Effect and the Coase Theorem. *Journal of Political Economy* 98: 1325-1348.
- Kahneman, Daniel, och Tversky, Amos. (1979). Prospect Theory: An Analysis of Decision under Risk. *Econometrica* 47: 263-291.
- Kaplow, Louis, och Shavell, Steven. (2000). Fairness versus welfare. *Harvard Law Review* 114: 961-1388.
- Karlgrén, Hjalmar. (1950). Om handpenningsavtal i samband med köp av fast egendom i Festskrift tillägnad hans excellens riksmarskalcken, juris doktor Birger Ekeberg. Stockholm: Norstedt.
- . (1953). Om skadeståndsskyldighet vid ogiltiga avtal begränsad till det »negativa skadeståndsintresset» i Avtalsrättsliga spørsmål. Stockholm: P. A. Norstedt & Söners Förlag.
- Karsten, Ossian. (1903). Om Konventionalstraffet. *Juridiska meddelanden. Notiser från rätts- och affärslivet*. N:o 9. 71-74.
- . (1903). Om konventionalstraffet (forts.). *Juridiska meddelanden. Notiser från rätts- och affärslivet*. N:o 10. 81-84.
- Kelsen, Hans. (2008). Den rena rättsläran. Stockholm: Thales.
- Kessler, Friedrich, och Fine, Edith. (1964). Culpa in Contrahendo, Bargaining in Good Faith, and Freedom of Contract: A Comparative Study. *Harvard Law Review* 77: 401-449.
- Kihlman, Jon, Munukka, Jori, och Svensson, Ola. (2017). Köplagen: en kommentar. Stockholm: Karnov Group.

- Klami-Wetterstein, Paula. (2018). Avtalsvite och dess funktioner i det avtalsrättsliga systemet – några anmärkningar från ett finskt perspektiv i Nordiska förmögenhetsrättsdagarna. Stockholm: Jure Förlag AB.
- Kleineman, Jan. (1987). Ren förmögenhetsskada: särskilt vid vilseledande av annan än kontraktspart. Stockholm: Juristförlaget.
- . (1991). Skadeståndsgrundande uppträdande vid avtalsförhandlingar. *Juridisk Tidskrift vid Stockholms universitet* 3: 125-140.
- . (1994). Avtalsrättsliga formföreskrifter och allmänna skadeståndsrättsliga ansvarsprinciper. *Juridisk Tidskrift vid Stockholms universitet* 5: 433-460.
- . (1995). Till frågan om rättsvetenskapen som omedelbart verkande rättskälla. *Juridisk Tidskrift vid Stockholms universitet* 6: 621-646.
- . (1996). Indirekt skada och frågan om behovet av en köplagsreform i Festskrift till Jan Ramberg. Stockholm: Norstedts Juridik.
- . (2002). Om den befogade tillitens skadeståndsrättsliga relevans. *Juridisk Tidskrift vid Stockholms universitet* 13: 625-635.
- . (2008). Grov oaktsamhet som privaträttsligt principproblem i Festskrift till Lars Heuman. Stockholm: Jure Förlag AB.
- . (2018). Professionsutövares ansvarsbegränsningar i Festskrift til Mads Bryde Andersen. København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag.
- . (2018). Rättsdogmatisk metod i Juridisk metodlära. Lund: Studentlitteratur.
- Kornhauser, Lewis A. (1983). Reliance, Reputation, and Breach of Contract. *The Journal of Law & Economics* 26: 691-706.
- Kreps, David M. (1988). Notes on the theory of choice. Boulder: Westview.
- . (1990). A course in microeconomic theory. Princeton, New Jersey: Princeton University Press.

- Krokeide, Kjetil. (1979). Erstatningsberegningen ved ineffektive kontrakter. *Tidsskrift for rettsvitenskap* 92: 132-227.
- Kronman, Anthony T. (1980). Wealth Maximization as a Normative Principle. *The Journal of Legal Studies* 9: 227-242.
- Krüger, Kai. (1989). *Norsk kontraktsrett*. Bergen: Alma Mater.
- . (1999). *Norsk kjøpsrett*. Bergen: Alma Mater.
- Laffont, Jean-Jacques, och Martimort, David. (2002). *The theory of incentives: the principal-agent model*. Princeton: Princeton University Press.
- Lambertz, Göran. (2017). Processrätten i emissionsgarantidomen. *Svensk Juristtidning* 103: 334-338.
- Lando, Henrik. (2014). En retsøkonomisk analyse af købers ret til at hæve ved mangel. *Tidsskrift for Rettsvitenskap* 127: 397-427.
- Lassen, Jul, och Ussing, Henry. (1931). *Lærebog i obligationsrettens specielle del*. København: G. E. C. Gads forlag.
- Lassen, Jul. (1917). *Haandbog i Obligationsretten. Almindelig del*. Kjøbenhavn: G. E. C. Gads Forlag.
- Lavin, Rune. (1975). *Vitesföreläggandets adressat*. Lund: Studentlitteratur.
- Leffler, Teodor. (1996). Utgifter, kostnader, utlägg - vad är detta för slags gråsparvar? *Juridisk tidskrift vid Stockholms universitet* 7: 1227-1235.
- Lehrberg, Bert. (2006). *Avtalsrättens grundelement*. Uppsala: Institutet för bank- och affärsjuridik.
- . (2016). *Avtalstolkning: tolkning av avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område*. Uppsala: Iusté.
- Levin, Jonathan. (2006). *Choice under Uncertainty*. Stanford: Stanford University Press.
- Levin, Jonathan, och Milgrom, Paul. (2004). *Introduction to Choice Theory*. Stanford: Stanford University Press.
- Lindahl, Lars-Åke. (2017). *Spelteori*. Uppsala: Matematiska institutionen.

- Lindahl, Lars. (1977). *Position and change: a study in law and logic*. Dordrecht: Reidel.
- Lindskog, Stefan. (2005). Oskälighetsbegreppet i 36 § avtalslagen - synpunkter på en doktorsavhandling. *Juridisk tidskrift vid Stockholms universitet* 17: 275-302.
- . (2010). Recension: Fredric Korling, *Rådgivningsansvar - särskilt avseende finansiell rådgivning och investeringsrådgivning* (ak. avh.), Jure Förlag, 2010, 743 s. *Juridisk Tidskrift vid Stockholms universitet* 22: 198-220.
- . (2011). Aktieägaravtal - kommentarer med anledning av en avhandling. *Svensk Juristtidning* 96: 265-283.
- . (2015). Jämkning i kommersiella avtalsförhållanden i Aftaleloven 100 år. Baggrund, status, udfordringer, fremtid. København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag.
- . (2018). Betalning: om kongruent infriande av penningsskulder och andra betalningsrättsliga frågor. Stockholm: Norstedts Juridik.
- Lundmark, Thorsten. (1996). *Friskrivningsklausuler: giltighet och räckvidd. Särskilt om friskrivning i kommersiella avtal om köp av lös egendom*. Uppsala: Iustus.
- Lynge Andersen, Lennart. (2018). Aftalelovens § 36: fra kontraktfrihed til urimelighedskontrol. København: Ex Tuto.
- Macho-Stadler, Inés, och Pérez-Castrillo, J. David. (2001). *An introduction to the economics of information: incentives and contracts*. Oxford: Oxford University Press.
- Marks von Würtemberg, Erik, och Sterzel, Fritz. (1953). *Lagen om skuldebrev jämte dithörande författningar*. Stockholm: Norstedt.
- Mas-Colell, Andreu, Winston, Michael D., och Green, Jerry R. (1995). *Microeconomic theory*. New York: Oxford Univ. Press.

- Maunsbach, Lotta. (2017). Avtalsrättslig bundenhet av processuella överenskommelser i Modern affärsrätt. En antologi. Stockholm: Wolters Kluwer.
- . (2018). Avtalsviten - civilrättslig giltighet trots processrättslig ogiltighet? i Nordiska förmögenhetsrättsdagarna. Stockholm: Jure Förlag AB.
- Mellqvist, Mikael, och Persson, Ingemar. (2015). Fordran & skuld. Uppsala: Iustus.
- Moyle, John B. (1913). The institutes of Justinian. Oxford: Clarendon.
- Munch-Petersen, Hans. (1898). Den saakaldte »negative Kontraktsintresse«. Ett kritiskt Bidrag. Tidsskrift for rettsvitenskap 11: 1-35.
- Munukka, Jori. Lag (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område 36 §. Lexino, 31 december 2012.
- . (2007). Kontraktuell lojalitetsplikt. Stockholm: Jure Förlag AB.
- . (2016). Svensk obligationsrätt i det nya Europa i Svensk Juristtidning 100 år. Stockholm: Iustus Förlag AB.
- . (2017). 36 § avtalslagen som universalverktyg mot friskrivningar och ansvarsbegränsningar i Stockholm Centre for Commercial Law. Årsbok IX. Stockholm: Jure Förlag AB.
- . (2017). Kommentar till köplagen, Karnov.
- Nehrman, David. (1729). Inledning til then swenska iurisprudentiam civilem, af naturens lagh och Sweriges rikes äldre och nyare stadgar uthdragen och vpsatt af David Nehrman. Med hans kongl. may:tz nådigsta privilegio. Lund: Ludwig Deceaux, kongl. carolinska academiens boktryckare.
- Nerep, Erik, Samuelsson, Per, och Adestam, Johan. (2019). Aktiebolagslagen: en kommentar. Kapitel 1-6. Stockholm: Karnov Group.
- Nielsen, Ruth, och Tvarnø, Christina D. (2017). Retskilder og retsteorier. København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag.
- Nordh, Roberth. (2019). Praktisk process VII. Bevisrätt B: bevisbörda och beviskrav. Uppsala: Iustus Förlag AB.

- . (2019). *Processens ram i tvistemål: om yrkande och grunder, ändring av talan m.m.* Uppsala: Iustus Förlag AB.
- Nordling, E. V. (1913). *Anteckningar efter prof. E. V. Nordlings föreläsningar i svensk civilrätt: allmänna delen.* Uppsala: Juridiska Föreningen i Uppsala.
- Norlén, Andreas. (2004). *Oskälighet och 36 § avtalslagen.* Linköping: Avdelningen för rätt och rättsfilosofi, Linköpings universitet.
- Norros, Olli. (2018). *Obligationsrätt.* Helsingfors: Alma Talent.
- Nørager-Nielsen, Jacob, Theilgaard, Søren, Bjerg Hansen, Michael, och Hørmann Pallesen, Martin. (2008). *Købeloven: med kommentarer.* København: Thomson.
- Olivecrona, Knut. (1862). *Förmögenhets rätt efter professor K. Olivecronas föreläsningar.* Upsala.
- Olsen, Lena. (1986). *Ersättningsklausuler: vite och andra avtalade ersättning vid kontraktsbrott.* Stockholm: Liber Förlag.
- . (1997). *Borgenärens val vid kontraktsbrott: en obligationsrättslig studie.* Stockholm: Norstedts juridik.
- Palmgren, Gunnar. (1937). *Kan borgenär fordra skadestånd utöver beloppet av utfäst avtalsvite?* Tidskrift utgiven av Juridiska föreningen i Finland 766-786.
- Palmgren, Gunnar, och Olsson, Curt. (1975). *Juridiken i affärlivet.* Helsingfors: Söderström.
- Peczenik, Aleksander. (1987). *Rättsnormer.* Stockholm: Norstedt.
- . (1995). *Juridikens teori och metod: en introduktion till allmän rättslära.* Stockholm: Fritze.
- . (2005). *Juridikens allmänna läror.* Svensk juristtidning 91: 249-272.
- Platon. (2003, urspr. publ. ca 380 f. Kr.). *Skrifter. Bok 3, Staten.* Stockholm: Atlantis.
- Polinsky, A. Mitchell. (1983). *Risk Sharing through Breach of Contract Remedies.* The Journal of Legal Studies 12: 427-444.

- . (2011). *An introduction to law and economics*. New York: Wolters Kluwer Law & Business.
- Posner, Richard A. (1975). *Economic Approach to Law*. *Texas Law Review* 53: 757-782.
- . (1979). *Utilitarianism, Economics, and Legal Theory*. *The Journal of Legal Studies* 8: 103-140.
- . (1980). *The Ethical and Political Basis of the Efficiency Norm in Common Law Adjudication*. *Hofstra Law Review* 8: 487-507.
- . (2014). *Economic analysis of law*.
- Ramberg, Christina. (2011). *Skiljedom om jämkning av ansvarsbegränsning, reklamation, rådgivaransvar, skadeståndsberäkning och prisavdrag*. *Juridisk Tidskrift vid Stockholms universitet* 22: 918-933.
- . (2017). *Prejudikat som rättskälla i förmögensrätten*. Stockholm: Wolters Kluwer.
- . (2017). *Swedish Case Note on the Penalty Clause Decisions by the UK Supreme Court*. *European Review of Private Law* 25: 241-254.
- Ramberg, Christina, Beshar, Alexander, Carlson, Laura, Croon, Adam, Granmar, Claes, Kleist, David, Leviner, Pernilla, och Norée, Annika. (2018). *Rättskällor: en introduktion i kritiskt tänkande*. Stockholm: Norstedts juridik.
- Ramberg, Jan. (1995). *Några synpunkter på en skiljedom angående ombyggnad av fartyg*. *Juridisk tidskrift vid Stockholms universitet* 6: 771-774.
- Ramberg, Jan, och Herre, Johnny. (2016). *Allmän köprätt*. Stockholm: Wolters Kluwer.
- Ramberg, Jan, och Ramberg, Christina. (2019). *Allmän avtalsrätt*. Stockholm: Norstedts Juridik.
- Raz, Joseph. (2009). *The Authority of Law - Essays on Law and Morality*. Oxford: Oxford University Press.

- Rea, Samuel A. (1984). Efficiency Implications of Penalties and Liquidated Damages. *The Journal of Legal Studies* 13: 147-167.
- Riley, Jonathan. (2008). Utilitarianism and economic theory i *The New Palgrave Dictionary of Economics*.
- Rodhe, Knut. (1946). Svensk rättspraxis. Obligationsrätt 1941-1944. *Svensk Juristtidning* 31: 26-46.
- . (1956). Obligationsrätt. Stockholm: Norstedt.
- . (1979). Svensk rättspraxis. Förmögenhetsrätt: Förpliktelsers uppkomst och obligationsrätt 1966-1977. *Svensk Juristtidning* 64: 722-633.
- . (1986). Lärobok i obligationsrätt. Stockholm: Norstedt.
- Rogerson, William P. (1984). Efficient Reliance and Damage Measures for Breach of Contract. *The RAND Journal of Economics* 15: 39-53.
- Ross, Alf. (1968). Directives and norms. London: Routledge.
- Ross, Stephen A. (1973). The Economic Theory of Agency: The Principal's Problem. *American Economic Review* 63: 134-139.
- Runesson, Eric M. (1996). Rekonstruktion av ofullständiga avtal: särskilt om köplagens reglering av risken för ökade prestationskostnader. Stockholm: Juristförlaget.
- Salanié, Bernard. (2005). The economics of contracts: a primer. Cambridge, Massachusetts: The MIT Press.
- Samuelson, Paul A. (1938). A Note on the Pure Theory of Consumer's Behaviour. *Economica* 5: 61-71.
- Samuelsson, Joel. (2008). Tolkning och utfyllning: undersökningar kring ett förmögenhetsrättsteoretiskt tema. Uppsala: Iustus Förlag AB.
- . (2015). DCFR som svensk rättskälla? i *Europarätten - 20 år i Sverige*. Uppsala: Iustus Förlag AB.
- . (2019). Rättsvetenskapens vetenskaplighet i *Vänbok till Lena Olsen*. Uppsala: Iustus Förlag AB.

- Samuelsson, Per. (1991). Information och ansvar: om börsbolagens ansvar för bristfällig informationsgivning på aktiemarknaden. Stockholm: Norstedt.
- . (2011). Entreprenadavtal: särskilt om ändrade förhållanden. Stockholm: Karnov Group.
- Sandgren, Claes. (2004). Om teoribildning och rättsvetenskap. Juridisk Tidskrift vid Stockholms universitet 16: 297-333.
- Sandvik, Björn. (2004). Säljarens kontrollansvar: skadeståndsansvarets grund och omfattning enligt köplagen och CISG. Åbo: Åbo akademi.
- . (2014). Finns det en allmän avtalsrättslig princip om kontrollansvar? Rättsutvecklingen i Finland. Juridisk Tidskrift vid Stockholms universitet 26: 369-393.
- Savage, Leonard J. (1954). The foundations of statistics. New York: Wiley.
- Schmidt, Folke. (1972). Bundna och öppna argument i rättsvetenskapen i Festskrift till Per Olof Ekelöf. Stockholm: [Norstedt].
- Schrevelius, Fredrik. (1857). Lärobok i Sveriges allmänna nu gällande civil-rätt. D. 2, Förmögenhetsrätten. Lund: Berling.
- Schultz, Mårten. (2018). Skadestånd för ren förmögenhetsskada utan lagstöd. Två och en halv huvudkategorier - och några små frågetecken i Stockholm Centre for Commercial Law. Årsbok IX. Stockholm: Jure Förlag AB.
- Schwartz, Alan, och Scott, Robert E. (2003). Contract Theory and the Limits of Contract Law. The Yale Law Journal 113: 541-619.
- Schöldström, Patrik. (2017). Helgar ändamålet medlen? Emissionsgarantimålet och processrätten. Svensk Juristtidning 103: 142-151.
- Searle, John R. (1969). Speech acts: an essay in the philosophy of language. Cambridge: Cambridge University Press.
- Serlachius, Julian. (1902). Lärobok i obligationsrättens allmänna del enligt finsk rätt. Helsingfors: Akademiska Bokhandelns Förlag.

- Sevelin, Ellika. (2017). Facts in the law: the law/fact distinction in the legal positivistic concept of law. Lund: Lund University, Faculty of Law.
- . (2019). Begreppet rättsregel i Juridiska grundbegrepp. Vänbok till David Reidhav. Lund: Studentlitteratur.
- Shakespeare, William, John Dover Wilson, och Arthur Quiller-Couch. (1926). *The works of Shakespeare. The merchant of Venice*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Shavell, Steven. (1979). Risk sharing and incentives in the principal and agent relationship. *Bell Journal of Economics* 10: 55-73.
- . (1980). Damage Measures for Breach of Contract. *Bell Journal of Economics* 11: 466-490.
- . (1984). The Design of Contracts and Remedies for Breach. *The Quarterly Journal of Economics* 99: 121-148.
- . (2004). *Foundations of economic analysis of law*. Cambridge, MA: Belknap Press of Harvard University Press.
- Shavell, Steven, och Polinsky, A. Mitchell. (2008). Economic analysis of law i *The New Palgrave Dictionary of Economics*. Palgrave Macmillan.
- Simmonds, Nigel E. (2018). Central issues in jurisprudence: justice, law and rights. London: Sweet & Maxwell.
- Simon, Herbert A. (1955). A Behavioral Model of Rational Choice. *The Quarterly Journal of Economics* 69: 99-118.
- . (1967). *Models of man: social and rational: mathematical essays on rational human behavior in a social setting*. London.
- . (1986). Rationality in Psychology and Economics. *The Journal of Business* S209-S224.
- . (2016). Behavioural Economics i *The New Palgrave Dictionary of Economics*. London: Palgrave Macmillan UK.
- . (2018). Rationality, Bounded i *The New Palgrave Dictionary of Economics*. London: Palgrave Macmillan UK.

- Simonsen, Lasse. (1997). Prekontraktuell ansvar: det alminnelige prekontraktuelle ansvar, ansvar ved gjennomføring av anbudskonkurranse. Oslo: Universitetsforlaget.
- Sisula-Tulokas, Lena. (2013). Schablonkompensation till flygpassagerare - och till oss andra. Tidskrift utgiven av Juridiska föreningen i Finland 147: 396-423.
- . (2015). En »ny« påföljd i nordisk avtalsrättslig lagstiftning? Lov og Rett 54: 305-314.
- . (2015). EU-rättens schablonkompensation till flygpassagerare. Lov og Rett 54: 206-224.
- Sjöberg, Gustaf. (2018). Reglering av banker. Stockholm: Jure Förlag AB.
- Sjögren, Wilhelm. (1903). Anm. af Julian Serlachius: Läroböcker i Sakrätt och Obligationsrätt. Tidsskrift for Retsvidenskab 16: 198-206.
- Skogh, Göran, och Lane, Jan-Erik. (2000). Äganderätten i Sverige: en lärobok i rättsekonomi. Stockholm: SNS (Studieförb. Näringsliv och samhälle).
- Smith, Adam. (2007, urspr. publ. 1776). An Inquiry Into the Nature and Causes of the Wealth of Nations. London: Harriman House.
- Spaak, Torben. (2018). Rättspositivism och juridisk metod i Juridisk metodlära. Lund: Studentlitteratur.
- Stole, Lars A. (1992). The Economics of Liquidated Damage Clauses in Contractual Environments with Private Information. Journal of Law, Economics, & Organization 8: 582-606.
- Strömholm, Stig. (1996). Rätt, rättskällor och rättstillämpning: en lärobok i allmän rättslära. Stockholm: Norstedts juridik.
- Sundberg, Jacob W. F. (1961). Avtalstyper och typavtal. Svensk Juristtidning 46: 11-30.
- Sunnqvist, Martin. (2016). Mord, prejudikattolkning och lagtolkning. Svensk Juristtidning 101: 541-553.

- Svensson, Ola. (2015). Att avvika från lagen. Om möjligheten att inskränka en lagregels tillämpningsområde på kontraktsrättens område. *Juridisk Tidskrift vid Stockholms universitet* 26: 967-977.
- . (2018). Recension: Christina Ramberg, *Prejudikat som rättskälla inom förmögenhetsrätten*, Wolters Kluwer, Stockholm 2017, 388 s. *Juridisk Tidskrift vid Stockholms universitet* 30: 194-206.
- Söderström, Rebecca. (2017). *Sound banking*. Uppsala: Juridiska fakulteten.
- Taxell, Lars Erik. (1972). *Avtal och rättsskydd*. Åbo: Åbo akademi.
- Thaler, Richard H. (2018). *Behavioral economics from nuts to 'nudges'*. Chicago Booth Review.
- Theilgaard, Søren, Amiri, Aqbal, och Jacobsen, Theis. (2017). *Købeloven: med kommentarer*. København: Karnov Group.
- Tirole, Jean. (1999). *Incomplete Contracts: Where Do We Stand?* *Econometrica* 67: 741-781.
- Torsvik, Gaute. (2006). *Människonatur och samhällsstruktur: en kritisk introduktion till ekonomisk teori*. Göteborg: Daidalos.
- Treitel, Guenter Heinz. (1988). *Remedies for breach of contract: a comparative account*. Oxford: Clarendon.
- Tversky, Amos, och Kahneman, Daniel. (1981). *The Framing of Decisions and the Psychology of Choice*. *Science* 211: 453-458.
- Tørum, Amund Bjøranger. (2019). *Interpretation of commercial contracts*. Oslo: Universitetsforlaget.
- Undén, Östen. (1969). *Svensk sakrätt. 2. Fast egendom*. Förra avd. Lund: Gleerup.
- Unnersjö, Alexander. (2016). *Emissionsgarantiens bindande verkan och interventionsbetalarens ställning*. *Juridisk Tidskrift vid Stockholms universitet* 28: 409-439.
- Ussing, Henry. (1946). *Dansk obligationsret. Almindelig del*. København: Gads forlag.

- . (1950). *Aftaler paa formuerettens omraade*. København: Gads forlag.
- Ussing, Henry, och Vinding Kruse, Anders. (1961). *Obligationsretten: almindelig del*. København: Juristforbundets forlag.
- Vahlén, Lennart. (1960). *Avtal och tolkning*. Stockholm: Norstedt.
- . (1968). *Fastighetsköp*. Stockholm: Norstedt.
- Walín, Gösta, och Herre, Johnny. (2011). *Lagen om skuldebrev m.m.: en kommentar*. Stockholm: Norstedts juridik.
- van der Sluijs, Jessika. (2011). Utgör en vitesklausul en ansvarsbegränsning och i så fall mot vem? *Juridisk tidskrift vid Stockholms universitet* 23: 160-167.
- Varian, Hal R. (2014). *Intermediate microeconomics: a modern approach*. New York: W.W. Norton.
- Werin, Lars. (1979). *Rättsekonomi: en lärobok i nationalekonomi för jurister*. Stockholm: Stiftelsen Juristförlaget vid Stockholms universitet.
- Westberg, Peter. (2000). *Prejudikattolkningens ABC i Normativa perspektiv: festskrift till Anna Christensen*.
- . (2000). Överraskande rättsbildning på grundval av handelsbruk eller allmänt tillämpade standardvillkor - några reflexioner i anledning av NJA 1998 s. 448 och 1999 s. 629. *Juridisk Tidskrift vid Stockholms universitet* 12: 348-379.
- . (2004). *Det provisoriska rättsskyddet i tvistemål: en funktionsstudie över kvarstad och andra civilprocessuella säkerhetsåtgärder*. Bok 1. Lund: Juristförlaget.
- Wickelgren, Abraham L. (2017). Cost of Completion versus Diminution of Value Damages for Deliberate Breach: An Economic Analysis. *Journal of Institutional and Theoretical Economics* 173: 4-17.
- Wilhelmsen, Trine-Lise. (1995). *Avtalelovens § 36 og økonomisk effektivitet*. *Tidsskrift for Rettsvitenskap* 108: 1-246.

- Wilhelmsson, Thomas. (1985). Den nordiska rättsgemenskapen och rättskälleläran. *Tidskrift for Rettsvitenskap* 98: 181-197.
- Wilkinson-Ryan, Tess. (2010). Do Liquidated Damages Encourage Breach? A Psychological Experiment. *Michigan Law Review* 108: 633-671.
- Williamson, Oliver E. (1981). The Economics of Organization: The Transaction Cost Approach. *American Journal of Sociology* 87: 548-577.
- . (1985). The economic institutions of capitalism: firms, markets, relational contracting. New York: Free Press.
- Williston, Samuel. (1937). The Law Of Contracts. Volume V. New York: Baker, Voorhis & Co.
- Williston, Samuel, och Thompson, George Jarvis. (1937). A treatise on the law of contracts. Vol. V. New York: Baker, Voorhis & co.
- Winroth, Alfred Ossian, och Lamm, Kurt. (1917). Köp av lös egendom: efterlämnat manuskript. Stockholm: Norstedt.
- von Neumann, John, och Morgenstern, Oskar. (1944). Theory of games and economic behavior. Princeton: Princeton University Press.
- von Post, Claes-Robert. (1999). Studier kring 36 § avtalslagen med inriktning på rent kommersiella förhållanden. Stockholm: Jure Förlag AB.
- von Wright, Georg Henrik. (1963). Norm and action: a logical inquiry. London: Routledge & K. Paul.
- Zetterquist, Ola. (2019). Begreppet prejudikat i Juridiska grundbegrepp. Vänbok till David Reidhav. Lund: Studentlitteratur.
- Zimmermann, Reinhard. (1996). The law of obligations: Roman foundations of the civilian tradition. Oxford: Clarendon.
- . (2018). Art 9:509: Agreed Payment for Non-performance i Commentaries on European contract laws. Oxford: Oxford University Press.

P R A X I S

Arbetsdomstolen

AD 1991 nr 38

AD 1992 nr 67

EU-domstolen

C-26/13, Kásler och Káslerné Rábai

C-482/13, C-484/13, C-485/13 och C-487/13, Unicaja Banco SA och Caixabank SA

C-488/11, Asbeek Brusse och de Man Garabito

C-618/10, Banco Español de Crédito

Högsta domstolen

NJA 1898 s. 117 De tunga järntackorna

NJA 1903 s. 148

NJA 1905 s. 206

NJA 1911 s. 467 Läraren och friköpsklausulen

NJA 1917 s. 58 Lock-out och förseningsvite

NJA 1941 s. 705 Det frånträdde silverrävsköpet

NJA 1946 s. 178

NJA 1947 s. 215

NJA 1947 s. 267 Bulvanen som fastighetsköpare

NJA 1949 s. 680 Den sterila avelstjuren

NJA 1963 s. 105 *Culpa in contrahendo* i Colombia

NJA 1964 s. 532

NJA 1973 s. 175 Den ombyggda läkarvillan

NJA 1974 s. 526 Handpenningsavtalet och det negativa intresset

NJA 1975 s. 545 Den frånvarande diffusionsspärren

NJA 1976 s. 217 Den råtthemsökta fastigheten

NJA 1979 s. 483 Bergman & Beving

NJA 1987 s. 692 Kone

NJA 1989 s. 614	Den objektivt omöjliga efterlevandepensionen
NJA 1990 s. 745	Bertil och vakuumpumparna
NJA 1992 s. 66	Bostadsrätten och optionsavtalet
NJA 1992 s. 118	Det inrasade bamba-taket
NJA 1992 s. 375	Lekland och <i>Letter of Intent</i>
NJA 1994 s. 204	Ljusne kätting
NJA 1996 s. 118	Den grovt vårdslösa skärbränningen
NJA 1999 s. 629	Sydkraft II
NJA 2001 s. 878	Fastigheten Pastorn
NJA 2009 s. 672	Malmbergsbagarn och återförsäljaravtalet
NJA 2010 s. 416	Ramses och oklarhetsregeln
NJA 2010 s. 629	Temarör och den borttappade huvudnyckeln
NJA 2012 s. 597	Den försenade kraftverksgeneratoren
NJA 2012 s. 725	
NJA 2012 s. 1095	Överförmyndaren
NJA 2013 s. 271	Skadorna på Läckebys arbeten
NJA 2013 s. 1174	Golvattan i S:t Koriakos kyrka
NJA 2014 s. 272	BDO
NJA 2014 s. 960	Det Andra Bolaget
NJA 2015 s. 741	Partneravtalet
NJA 2015 s. 899	Byggnads stridsåtgärder
NJA 2016 s. 107	Den skadeståndsgrundande emissionsgarantin
NJA 2016 s. 237	Den feluppmätta kontorsfastigheten
NJA 2016 s. 1195	Facebook-auktionen
NJA 2017 s. 113	Den övertagna överlåtelsebesiktningen
NJA 2017 s. 203	Kravmjölken
NJA 2018 s. 266	Högskoleavgiften
NJA 2018 s. 653	De ingjutna rören
NJA 2018 s. 834	Vitesundantaget i ansvarsförsäkringen
NJA 2019 s. 23	Den betalande sambon
NJA 2019 s. 94	Gamla vägen

Högsta domstolens dom den 23 maj 2019 i mål nr T 3536-18, »Resenären utan ID-handling«

Övriga rättsfall

Svea hovrätts dom i mål nr T 2550-13

Svea hovrätts dom i mål T 1085-11, »ProfilGruppen mot KPMG«

Svea hovrätts mål nr T 11341-14

Robinson v. Harman (1848) 1 Ex. Rep. 850

Cavendish Square Holding BV. v. Talal El Makdessi [2015] UKSC 67

U.2002.1224H Tango Jalousie

Den Kejserliga Senatens dom den 19 november 1912 mellan Läskeläbruks Aktiebolag och Petter Rovio. Refererad i Tidskrift utgiven av Juridiska Föreningen i Finland (1915): 301-303.

ÖVRIGA KÄLLOR

<https://www.theguardian.com/football/2019/jul/12/antoine-griezmann-joins-barcelona-from-atletico-madrid-for-120m> (besökt den 14 augusti 2019).

Förevarande avhandling är en samlad framställning av rättsverkningarna och de ekonomiska effekterna av överträdelse av avtalsvitets huvudförpliktelse. Genom att kombinera klassisk rättsdogmatik med ekonomisk teori förklaras hur avtalsparterna bör använda avtalsvitet för att maximera sin nytta, och på sätt är den ett välbehövligt tillskott för förståelsen av denna vanligt förekommande klausultyp.



LUND
UNIVERSITY

Faculty of Law
Lund University
ISBN 978-91-7895-257-1

