



JURIDISKA FAKULTETEN

VID LUNDS UNIVERSITET

Filip Karlsson

# Vitet i svensk och engelsk rätt

Särskilt om vitesklausuler i kommersiella avtal underkastade

svensk rätt

JURM02 Examensarbete

Examensarbete på juristprogrammet

30 högskolepoäng

Handledare: Peter Westberg

Termin: VT 2023

# Innehåll

Summary .....	5
Sammanfattning .....	6
Förord.....	7
Förkortningar .....	8
1 Inledning .....	9
1.1 Bakgrund .....	9
1.2 Syfte och frågeställningar.....	10
1.3 Avgränsningar .....	11
1.3.1 Allmänna avgränsningar .....	11
1.3.2 Till vitet liknande villkor .....	12
1.4 Metod och material.....	13
1.5 Disposition.....	16
1.6 Terminologi .....	17
1.6.1 Allmän terminologi.....	17
1.6.2 En särskild terminologi beroende på vitets syfte .....	18
2 Engelsk rätt .....	20
2.1 Inledning.....	20
2.2 Det äldre testet – <i>Genuine pre-estimate of damage</i> .....	20
2.3 Det nya testet – <i>Legitimate interest</i> .....	21
2.4 Vilket test ska användas?.....	22
2.5 Tidpunkten för bedömningen .....	23
2.6 Rättsföljder och vitets exklusivitet .....	24
2.6.1 <i>Liquidated damages</i> överstiger faktisk liden skada.....	24
2.6.2 <i>Liquidated damages</i> är mindre än faktisk liden skada... 24	
2.6.3 <i>Penalty</i> är större än faktisk liden skada .....	25
2.6.4 <i>Penalty</i> är mindre än faktisk liden skada .....	26
2.7 Begreppsanvändningen.....	28
3 Svensk rätt .....	30
3.1 Terminologi .....	30
3.1.1 Begränsningsvitet.....	30
3.1.2 Ersättningsvitet .....	30
3.1.3 Påtryckningsvitet .....	32
3.1.4 Straffvitet – även något om <i>rättsmissbruksförbudet</i> och <i>chikanförbudet</i> .....	33
3.2 Avtalsstolkning .....	35
3.3 Kommersiella parter .....	37

3.4	Vitets exklusivitet.....	39
3.5	Jämkning enligt 36 § AvtL.....	41
3.5.1	Inledning.....	41
3.5.2	Betydelsen av rättsföljd.....	42
3.5.3	Oskälighet är ett relationsbegrepp – om abstrakt och konkret bedömning.....	42
3.5.4	Rättsföljd då avtalstolkningen resulterar i att vitet utgör ett ersättningsvite.....	43
3.5.5	Rättsföljd då avtalstolkningen resulterar i att vitet utgör ett påtryckningsvite.....	44
3.5.6	Rättsföljd då avtalstolkningen resulterar i att vitet utgör ett straffvite.....	46
3.5.7	Rättsföljd då avtalstolkningen resulterar i att vitet utgör ett begränsningsvite – särskilt om möjligheten att jämka uppåt ...	48
3.6	Föreligger ett skaderekvisit enligt svensk rätt?.....	49
4	Komparativ analys.....	52
4.1	Inledning.....	52
4.1.1	<i>Genuine pre-estimate of damage</i> -testet är ett ersättningsvite.....	52
4.1.2	<i>Legitimate interest</i> -testet är ett påtryckningsvite.....	53
4.1.3	Misslyckat <i>legitimate interest</i> -test är antingen ett straffvite eller påtryckningsvite.....	53
4.1.4	Begränsningsvitet i engelsk rätt. Även något om vitets exklusivitet.....	54
4.1.5	Slutsatser av hittills gjorda jämförelser.....	55
4.1.5.1	Schematisering.....	56
4.2	Otillåten vitesklausul som understiger faktisk liden skada .	57
4.3	Tidpunkten för bedömningen.....	58
4.3.1	Skaderekvisit.....	60
4.4	Vitesklausul där syftet är oklart.....	60
4.5	Vitesklausul kopplad till flera olika typer av avtalsbrott.....	60
4.6	Parternas begreppsanvändning.....	61
4.7	Det allmänna språket bland jurister.....	62
5	Tolkning av engelska vitesklausuler i svensk domstol.....	63
5.1	Svensk avtalstolkning gäller.....	63
5.2	Parternas nationalitet, internationell utveckling och engelska som arbetspråk.....	64
5.3	Avtalets ursprung – särskilt om standardavtal.....	66
5.4	Lagvals-klausulen.....	69
5.5	Allmänna slutsatser.....	70

5.6	Några processuella aspekter .....	71
5.6.1	17 kap. 3 § RB .....	71
5.6.2	Bevisning av utländsk rätt – Några allmänna reflektioner 73	
5.7	Bedömning av en engelsk vitesklausul enligt svensk rätt ...	75
5.7.1	Vitesklausulen bedöms enligt sin engelska juridisk- tekniska innebörd .....	75
5.7.2	Vitesklausulen översätts och bedöms enligt svensk juridisk-teknisk innebörd .....	76
5.8	Möjligheten att förändra domstolens tolkning genom avtalsvillkor .....	77
5.8.1	Konkreta förslag på avtalsvillkorsformuleringar för att uppnå önskad effekt .....	78
6	Avslutande reflektioner och slutsatser .....	80
6.1	Inledning .....	80
6.2	Vitesklausuler i engelsk rätt .....	80
6.3	Vitesklausuler i svensk rätt .....	80
6.4	Komparativa reflektioner .....	82
6.5	Engelska vitesklausuler i svensk rätt .....	82
	Källförteckning .....	84
	Rättsfallsförteckning .....	91

## Summary

Clauses stipulating an agreed sum payable upon breach of contract are a common feature in contracts, especially in commercial contracts. For different reason(s), such clauses are often written in English. The reason(s) for writing a contract in English may vary but affect how the clause is construed under Swedish law. The thesis uses both the legal dogmatic method and the comparative method, where clauses stipulating an agreed sum payable upon breach of contract are examined according to English and Swedish law respectively. Furthermore, the thesis examines how clauses stipulating an agreed sum payable upon breach of contract, written in the English language, are construed according to Swedish law.

Within the English legal system, a clause stipulating an agreed sum payable upon breach of contract is either a liquidated damages clause or a penalty clause. When deciding how the clause shall be classified, the English legal system uses two different tests. One of them focuses on whether or not the sum stipulated constitutes a *genuine pre-estimate of damage*. The other focuses on whether or not a *legitimate interest* is protected by the clause. The legal effects given to the clause are completely dependent on the court's classification.

Swedish law does not make the same definite classification. Rather, the court will try to understand the parties' *intentions* with the clause. Based on the identified intentions, the court may then mitigate the stipulated sum or annul it in accordance with the Contracts Act 36 §. Furthermore, the thesis introduces a particular terminology with the purpose to explain how clauses stipulating an agreed sum payable upon breach of contract are construed under Swedish law. The thesis also argues that the parties' intention with the clause, *in dubio*, is to indemnify the creditor.

As far as clauses stipulating an agreed sum payable upon contract are concerned, the thesis identifies several similarities and differences between the two legal systems. Based on those similarities and differences, the thesis argues on how the English terms relates to the introduced terminology within Swedish law.

Despite a contract being written in English, as long as Swedish law constitutes the governing law, it is Swedish interpretation of a contract that determines how the contract shall be construed. Although Swedish interpretation of a contract applies, it is still possible that a legal term shall be construed in accordance with how it is construed within the English legal system. However, as a rule of thumb, English legal terms are translated to Swedish and construed in accordance with the Swedish legal system. Thus, the thesis argues that the parties should try to clarify how they intend a term to be construed. Such instructions to the court are binding on material grounds and therefore also have an influence on the court's construction. Examples of such terms are given towards the end of the thesis.

## Sammanfattning

Vitesklausulen är ett vanligt förekommande avtalsvillkor, särskilt mellan kommersiella parter. Det är inte heller ovanligt att dessa vitesklausuler författas på det engelska språket. Anledningen (eller anledningarna) till varför avtalsparterna väljer engelska som avtalsspråk varierar, och beroende på anledningarna varierar också domstolens bedömning av vitesklausulen då svensk lag utgör avtalsstatut. Uppsatsen utgår från en rättsdogmatisk och komparativ metod, där vitesklausuler undersöks enligt engelsk och svensk rätt. Dessutom utreder uppsatsen hur engelskförfattade vitesklausuler i ett avtal bedöms enligt svensk rätt.

Inom engelsk rätt utgör vitesklausulen antingen en *liquidated damages*-klausul eller en *penalty*-klausul. För att avgöra vilken vitestyp det är fråga om använder sig engelsk rätt av två olika test. Det ena med sikte på om vitesbeloppet utgör en *genuine pre-estimate of damage*. Det andra med sikte på om ett *legitimate interest* skyddas av vitesklausulen. Vilka rättsföljder vitesklausulen får är helt beroende av domstolens klassificering.

När det gäller svensk rätt görs inte samma absoluta gränsdragning mellan olika vitestyper. Istället tolkar domstolen vad parternas syften varit med vitesklausulen och utifrån de identifierade syftena kan domstolen komma att jämka eller ogiltigförklara vitesklausulen i enlighet med 36 § AvtL. Uppsatsen presenterar vidare en särskild terminologi i syfte att förklara hur vitesklausulen bedöms enligt svensk rätt. Dessutom argumenterar uppsatsen för att syftet med vitet *in dubio* anses vara ersättande inom svensk rätt.

Uppsatsen identifierar ett antal likheter och skillnader mellan rättsordningarnas sätt att bedöma vitesklausuler. Utifrån dessa argumenterar uppsatsen för hur de engelska begreppen *liquidated damages* och *penalty* förhåller sig till den i uppsatsen presenterade terminologin enligt svensk rätt.

Om svensk rätt utgör avtalsstatut är det svensk avtalstolkning som avgör hur avtalet ska tolkas, även om avtalet skulle vara författat på engelska. Svensk avtalstolkning utesluter emellertid inte en tolkning enligt engelsk juridisk-teknisk innebörd. Utgångspunkten är dock att engelska begrepp översätts till svenska och förstås enligt svensk juridisk-teknisk innebörd. Uppsatsen föreslår därför att, då ett avtal författas på engelska, parterna bör förtydliga vilken juridisk-teknisk innebörd begreppen i avtalet ska förstås enligt. Sådana hänvisningar till domstolen är materiellrättsligt bindande för domstolen och inverkar därför på domstolens bedömning. Exempel på hur ett sådant avtalsvillkor kan utformas ges mot slutet av uppsatsen.

# Förord

Författandet av förordet och inlämningen av examensuppsatsen innebär att studietiden närmar sig sitt slut för min del.

Jag vill börja med att rikta det absolut största av tack till min mamma Anna, pappa Örjan och flickvän Dorentina som stöttat och funnits med mig genom hela juristprogrammet. Ni är fantastiska!

Under författandet av examensarbetet har ett antal personer på Juridiska fakulteten varit mycket behjälpliga. Ett särskilt tack riktas till min handledare Peter Westberg för god vägledning under arbetets gång. Jag vill även rikta ett tack till Gunnar Bramstång och David Dryselius, som båda tog sig tid att besvara och diskutera de frågor jag hade inom deras respektive expertområden. Det var både intressant och mycket uppskattat.

Tack till Malin Wassén Kjellberg för möjligheten att få arbeta hos dig under två somrar och för alla goda råd. Tack också till HWF Advokater för det familjära bemötandet och för en studieplats att författa examensarbetet på.

Slutligen vill jag även tacka Nesim, James och Philip för god vänskap, trevliga resor och för att ni gjort studietiden så väldigt mycket roligare.

Helsingborg den 26 april 2023.

*Filip Karlsson*

## Förkortningar

AvtL	Lag (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område
Cavendish	<i>Cavendish Square Holding BV v Makdessi</i> [2015] UKSC 67 [2015] 3 WLR 1373
Dunlop	<i>Dunlop Pneumatic Tyre Co Ltd v New Garage and Motor Company Ltd</i> [1915] AC 79
EU	Europeiska unionen
HD	Högsta domstolen
HovR	Hovrätten
IP	Internationell privat- och processrätt
JFT	Tidskrift utgiven av Juridiska Föreningen i Finland
JT	Juridisk Tidskrift
KöpL	Köplag (1990:931)
ND	Nordiske Domme I Sjøfartsanliggender
NJA	Nytt juridiskt arkiv
Prop.	Regeringens proposition
Rom I	Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 593/2008 av den 17 juni 2008 om tillämplig lag för avtalsförpliktelser
SOU	Statens offentliga utredningar
SvJT	Svensk Juristtidning
TCC	The Technology and Construction Court
UKSC	The Supreme Court of the United Kingdom



# 1 Inledning

## 1.1 Bakgrund

Det engelska språket blir ett allt mer globalt språk. Enligt en rapport från EU-kommissionen har numera mer eller mindre samtliga skolelever (97,3%) läst engelska under någon period av sin skolgång.<sup>1</sup> Engelska är således ofta det språk som i internationella sammanhang båda avtalsparter behärskar och därför det naturliga arbetsspråket<sup>2</sup>. Den internationella utvecklingen drivs på ytterligare av att jurister idag specialiserar sig i allt mer. Ju mer specialiserade vi blir, desto mer förekommer vi i internationella sammanhang.<sup>3</sup> Det är också möjligt att det engelska språkets dominans i internationella sammanhang inte bara lett till att engelska spridit sig som arbetsspråk, utan också att vi oftare använder oss av olika standardavtal som utformats mot bakgrund av engelsk rätt. Därmed har också den engelska *rätten* fått internationell spridning. Denna trend är inte på något sätt nyupptäckt, utan redan under millennieskiftets inledande skeden talade man om hur frågor angående hur svensk domstol ska bedöma engelskförfattade avtalsvillkor skulle komma att behöva utredas och besvaras framöver.<sup>4</sup> Ändå står frågan fortfarande i mångt och mycket obesvarad och det råder fortsatt stor osäkerhet om hur en svensk domstol bedömer avtal skrivna på engelska enligt svensk rätt.<sup>5</sup>

Vad gäller det mer specifika avtalsvillkoret vitesklausuler har dessa ägnats stort utrymme i såväl praxis som doktrin genom åren. Trots detta lyser de komparativa analyserna av vitesklausulen med sin frånvaro.<sup>6</sup> Detta framstår som underligt, med tanke på att internationella avtal ofta sluts mellan kommersiella parter, vars intresse av förutsebarhet och avtalad riskfördelning antas vara stort. Vitesklausulen har här potential att spela en viktig roll för att tillgodose de kommersiella parternas intresse, varför avtalsvillkoret också är vanligt förekommande i kommersiella avtal.<sup>7</sup>

Inom engelsk rätt utgjorde länge *Dunlop*<sup>8</sup> det ledande rättsfallet för hur så kallade *liquidated damages*-klausuler skulle bedömas. De av Lord Dunedin presenterade reglerna tog sikte på huruvida vitesbeloppet utgjorde en *genuine pre-estimate of damage*. Om de inte var en sådan *genuine pre-estimate of damage* klassificerades klausulen som en *penalty*, med rättsföljden att

---

<sup>1</sup> Se European Education and Culture Executive Agency, Eurydice (2019) *Key data on teaching languages at school in Europe : 2017 edition*. Education, Audiovisual and Culture Executive Agency, s. 13. Tillgänglig via: <https://data.europa.eu/doi/10.2797/62028> (hämtad 16 mars 2023).

<sup>2</sup> Det språk som väljs som gemensamt språk då två parter har olika modersmål, kan också benämnas *lingua franca*.

<sup>3</sup> Se Bryde Andersen (2018) s. 16 ff.

<sup>4</sup> Jfr bl.a. Hedwall (2004) s. 154.

<sup>5</sup> Se bl.a. Ramberg & Ramberg (2022) s. 195.

<sup>6</sup> Jfr Hachem (2011) s. 639

<sup>7</sup> Munukka kallar vitet för ”en avtalsfigur med stor genomslagskraft”, se Munukka (2020a) s. 228; Jfr även prop. 1975/76:81 s. 104 och 119; Jfr även NJA 1979 s. 483 på s. 515.

<sup>8</sup> *Dunlop Pneumatic Tyre Co Ltd v New Garage and Motor Company Ltd* [1915] AC 79 [cit. *Dunlop*].

borgenären inte kunde utkräva vitesbeloppet. Men ett sekel efter avgörandet i *Dunlop* fick UKSC, genom *Cavendish*<sup>9</sup>, möjlighet att omvärdera *penalty*-doktrinen. I avgörandet presenterade domstolen ett nytt test, vars fokus låg på om ett *legitimate interest* skyddades av vitesklausulen. Hur de båda rättsfallen förhåller sig till varandra idag har varit uppe för diskussion i den juridiska litteraturen.

Svensk rätt har inte samma tydliga test för att bedöma vitesklausuler. Istället bedöms vitet utifrån allmänna tolkningsregler och den skälighetsbedömning som kommer till uttryck i 36 § AvtL. Diskussionen om vitesklausulen har emellertid aktualiserats något på grund av HD:s avgörande i NJA 2018 s. 834. Domstolen gjorde här vissa uttalanden om vitets karaktär. Bland annat att "[m]ed vite avses i kontraktsrättsliga sammanhang en i förväg avtalad ersättning för skada" samt att vitet "utgör ett på förhand normerat skadestånd".<sup>10</sup> Hur uttalandena ska tolkas, och hur de eventuellt påverkar svensk rätts syn på vitesklausuler, har varit uppe för diskussion i doktrinen.<sup>11</sup>

## 1.2 Syfte och frågeställningar

Det övergripande syftet med uppsatsen är att utreda hur vitesklausuler mellan kommersiella parter bedöms av en svensk domstol enligt svensk rätt. Med andra ord innebär det att uppsatsen syftar till att utreda hur vitesklausuler tolkas och eventuellt jämkas eller åsidosätts enligt svensk rätt.

Inom ramen för uppsatsens mer övergripande syfte ryms det mer specifika syftet som uppsatsen ämnar utreda; nämligen hur engelskförfattade vitesklausuler bedöms enligt svensk rätt. För att uppnå detta mer specifika syfte är det nödvändigt att utreda hur den engelska motsvarigheten till vitet, *liquidated damages* och *penalties*, bedöms enligt engelsk rätt. Det är också nödvändigt, för att bättre förstå hur språket spelar in vid bedömningen av vitesklausuler enligt svensk rätt, att jämföra svenska och engelska vitesklausuler och därigenom belysa de skillnader och likheter som existerar. För att dessa syften ska uppnås har följande frågeställningar formulerats:

- 1) Hur bedöms, och vilka rättsverkningar har, *liquidated damages*- och *penalty*-klausuler enligt engelsk rätt?
- 2) Hur tolkas och eventuellt jämkas vitesklausuler författade på svenska enligt svensk rätt?
- 3) Vilka likheter och skillnader finns mellan det engelska *liquidated damages* och *penalties* och det svenska vitet?
- 4) Hur bedöms vitesklausuler författade på engelska enligt svensk rätt?

Uppsatsen ämnar slutligen att utreda om parterna genom civilrättsligt bindande avtalsvillkor materiellt kan binda domstolen och på så sätt förändra bedömningen av en engelskförfattad vitesklausul. Uppsatsen ska därför också besvara en femte frågeställning:

---

<sup>9</sup> *Cavendish Square Holding BV v Makdessi* [2015] UKSC 67 [2015] 3 WLR 1373 [cit. *Cavendish*].

<sup>10</sup> Se NJA 2018 s. 834 p. 13 och 26.

<sup>11</sup> Se bl.a. Dryselius (2019) och Dryselius (2022).

- 5) Är det möjligt att genom avtalsvillkor påverka hur en svensk domstol enligt svensk rätt bedömer en vitesklausul författad på engelska?

## 1.3 Avgränsningar

### 1.3.1 Allmänna avgränsningar

Den första avgränsningen som gjorts avser rättsordningen som jämförs, det vill säga *engelsk rätt*. Uppsatsen syfte är att utreda hur vitesklausuler på engelska bedöms enligt svensk rätt i svensk domstol. Här spelar, förutom den engelska rätten, också andra common law och angloamerikanska rättsordningar in. Mellan dessa rättsordningar existerar mer eller mindre stora likheter och skillnader.<sup>12</sup> Av utrymmesskäl är det inte möjligt att utreda samtliga rättsordningar, varför uppsatsen har avgränsats till engelsk rätt.<sup>13</sup>

Vidare görs i uppsatsen vissa presumtioner. Det presumeras att vitesklausulen förekommer i ett avtal som hör till en dispositiv tvist mellan kommersiella parter av jämbördig styrka. Vidare presumeras, när det gäller frågan om hur engelskförfattade avtalsvillkor ska tolkas i svensk domstol, att svensk rätt är tillämplig på avtalet, antingen på grund av en uttrycklig lagvalsklausul eller genom allmänna lagvalsprinciper i Rom I. Presumtionen om att svensk lag är tillämplig innebär i sin tur att frågor om engelska avtalstolkningsprinciper faller utanför uppsatsen.<sup>14</sup> Det innebär också att många IP-rättsliga frågor, bland annat frågan om *dépeçage* (möjligheten för parterna avtala om olika lagval för olika avtalsvillkor enligt art. 3.1 Rom I), faller utanför uppsatsen.<sup>15</sup>

Därutöver presumeras avtalsbrott samt att vitesklausulen omfattar avtalsbrottet. Som exempel kan nämnas köplagens *felbegrepp*<sup>16</sup>. Uppsatsen presumerar här att varan *de facto* är felaktig samt att vitesklausulen i dessa fall omfattar avtalsbrottet *fel i vara*. Hur själva felbedömningen görs är således inte föremål för uppsatsens utredning. Slutligen presumeras att den part som vill göra påföljder gällande inte förhåller sig passiv<sup>17</sup> samt att frågor om betalning och preskription inte aktualiseras.<sup>18</sup> Dessutom kommer det inte tas någon hänsyn till internationell soft law som CISG, PECL och UNIDROIT trots att dessa kan ha betydelse vid tolkningen av internationella avtal.<sup>19</sup>

---

<sup>12</sup> Jfr Solvang (2009) s. 95 ff. och däri gjorda exempel på skillnader.

<sup>13</sup> För definition av vad som avses med ”engelsk rätt”, se avsnitt 1.6.1.

<sup>14</sup> Se avsnitt 5.1 angående att svenska avtalstolkningsregler gäller vid svenskt lagval; För en genomgång av engelska avtalstolkningsprinciper och avtalstolkningen i engelsk domstol, se Beale (2021) s. 1103–1320; För det centrala rättsfallet för avtalstolkning enligt engelsk rätt, se *Investors Compensation Scheme Ltd. v West Bromwich Building Society* [1998] 1 W.L.R. 896; Rättsfallet diskuteras utifrån ett svenskt perspektiv i Rosengren (2010).

<sup>15</sup> Se Cordero-Moss (2007) s. 367 – 378 för några intressanta resonemang om Rom I-förordningen och hur engelsk lag kan bli tillämplig på vissa delar av avtalet.

<sup>16</sup> Se 17–21 §§ KöpL.

<sup>17</sup> Enligt NJA 2017 s. 203 kan inte en part som vill göra påföljder gällande på grund av avtalsbrott förhålla sig passiv. Jfr Dryselius (2019) s. 222 not 503 för liknande avgränsning.

<sup>18</sup> Jfr Dryselius (2023) s. 101–120 där frågan diskuteras.

<sup>19</sup> Se Ramberg & Ramberg (2022) s. 28 f. och däri gjorda rättsfallshänvisningar; Intrycket för egen del under arbetets gång är att internationell soft law inte påverkar de analyser och slutsatser som görs i uppsatsen.

Förutom ovanstående presumtioner har vissa processrättsliga spörsmål avgränsats eller åtminstone begränsats. Huruvida tolkningsdata utgör rättsfakta eller bevisfakta som måste åberopas respektive införas i processen diskuteras översiktligt, men utreds inte närmare av utrymmesskäl. I samband med att några processuella aspekter berörs i avsnitt 5.6 görs även några allmänna reflektioner kring bevisning av utländsk rätt. Här blir det också relevant att reflektera över vem som bär bevisbördan för att utreda vad som gäller enligt en annan rättsordning. Reflektionerna är dock, i brist på utrymme och källmaterial i frågan, allmänt hållna och saken diskuteras därför inte heller närmare. Frågan ges främst utrymme för att läsaren ska uppmärksammas på de problem som kan uppstå. I övrigt har frågor om bevisbörda, åberopsbörda och den succesiva relevansens princip avgränsats bort av utrymmesskäl med undantag för några enstaka omnämmanden.

Uppsatsen utreder inte heller möjligheten att vid sidan om vitet kräva fullgörelse, prisavdrag, hävning eller göra andra påföljder gällande. Där vitets exklusivitet utreds görs detta således enbart i förhållande till det allmänna skadeståndet. Det ska också uppmärksammas att uppsatsen inte omfattar det offentlighetsrättsliga vitet samt att tredjemansskador inte tas i beaktning. Frågan om vitet förutsätter vårdslöshet faller också utanför uppsatsen.<sup>20</sup>

Slutligen ska också konstateras att uppsatsen syftar till att utreda hur vitesklausuler bedöms och tolkas i svensk domstol enligt svensk rätt, varför det också är nödvändigt att utreda svensk avtalstolkning. Uppsatsens huvudsakliga syfte är dock något annat än att utreda svensk avtalstolkning och således problematiseras eller diskuteras inte avtalstolkningen i närmare detalj.

### 1.3.2 Till vitet liknande villkor

Som en del av avgränsningen är det endast vitesklausuler som utreds i uppsatsen. Andra avtalsvillkor, som kan ha mer eller mindre stora likheter med vitet, har lämnats utanför uppsatsen. Några av dessa närliggande avtalsvillkor ska här nämnas, men uppräkningsen ska inte ses som uttömmande.

Med en friskrivningsklausul (eng. exemption clause) kan en part befria sig från ansvar för en viss händelse.<sup>21</sup> Närliggande friskrivningsklausulen är indemnity-klausulen. Indemnity-klausulen saknar en direkt motsvarighet i svensk rätt, men syftar till att ena parten åtar sig att hålla sin motpart skadelös.<sup>22</sup> Vidare har skadeståndsklausuler, förverkandeklausuler, prissättningsklausuler och friköpsklausuler likheter med vitesklausulen.<sup>23</sup> För engelsk del

---

<sup>20</sup> Frågan har avgränsats främst med anledning av att svaret tycks självklart, nämligen att vårdslöshet inte är ett nödvändigt rekvisit för utdömmande av vitet, se Dryselius (2023) kap. 5.

<sup>21</sup> För en genomgång av friskrivningsklausulers räckvidd och giltighet, se Lundmark (1996), särskilt s. 68–74 angående engelsk rätt; För en jämförelse mellan friskrivningsklausulers räckvidd och giltighet mellan svensk och engelsk rätt, se Salomonson Freij (2002); Hur svensk rätt tolkar friskrivningsklausuler, se Bernitz (2018) s. 112 ff.

<sup>22</sup> Jfr W. Kielland (2008) s. 3 f.; Bjerketveit jämför norsk och engelsk rätt avseende indemnity-klausuler på ett liknande sätt som här görs för vitesklausuler, se Bjerketveit (2008).

<sup>23</sup> Samtliga av dessa fyra klausuler nämns i Dryselius avhandling, se Dryselius (2019) s. 137–151 och däri gjorda hänvisningar; Vitet som friköpsklausul diskuteras av Gorton och Samuelsson, se Gorton & Samuelsson (2005); Vitets relation till förverkandeklausulen diskuteras bland annat av Rodhe, se Rodhe (1956) vid § 52 not 2.

diskuterar Halson vissa närliggande avtalsvillkor och nämner här bland annat *acceleration clauses*, *invoicing back clauses* och *termination provisions*.<sup>24</sup> Inga av de nu nämnda avtalsvillkoren utreds i uppsatsen.

## 1.4 Metod och material

För juridiskt rättsvetenskapliga arbeten finns ett antal olika metoder att använda.<sup>25</sup> Valet av metod måste därför anpassas utifrån uppsatsens syften och frågeställningar. Eftersom uppsatsens övergripande syfte är att undersöka hur en svensk domstol bedömer vitesklausuler författade på engelska och hur detta skiljer sig från motsvarande bedömning för svenskförfattade vitesklausuler, måste gällande rätt utgöra utgångspunkten för uppsatsen. Den rättsdogmatiska metoden är således väl lämpad för uppsatsens övergripande syfte. Den rättsdogmatiska metoden utgår från de allmänt accepterade rättskällorna för att söka svar på hur ett konkret problem ska lösas.<sup>26</sup> Vidare kännetecknas den rättsdogmatiska metoden av att värdera uttalanden från olika rättskällor och se hur starkt dessa står sig när man undersöker gällande rätt.<sup>27</sup>

Samtidigt tillåter den rättsdogmatiska metoden författaren att framställa kritik gentemot rådande rättsläge och föreslå förändringar.<sup>28</sup> Vissa har hävdad att rättsdogmatiker emellertid inte ska ägna sig åt att kritisera avgöranden från HD eftersom domstolen utgör högsta instans och är prejudikatskapande. Men att påtala eventuella inkonsekvenser i rättstillämpningen och påpeka vart HD själva kan ha gått fel i sin rättsdogmatiska analys är en viktig uppgift för den vetenskapligt inriktade rättsdogmatiken och kan påverka den framtida rättsutvecklingen.<sup>29</sup>

Denna kritiska inriktning av rättsdogmatiken förutsätter ett tydligt och detaljerat notsystem för att läsaren ska kunna kontrollera den förda argumentationen samt för att tydliggöra vart det kan brista i underlaget för vad författaren anser utgöra gällande rätt. Att författaren tillåts inta ett kritiskt perspektiv förutsätter också att det görs tydligt huruvida argumentationen utgör argumentation *de lege lata* eller *de lege ferenda*.<sup>30</sup> Den undersökning som görs av gällande rätt och de slutsatser som dras av vad som utgör gällande rätt är dock inte en analys *de lege ferenda*, utan en beskrivning av vad författaren anser gäller, det vill säga en analys *de sententia ferenda*.<sup>31</sup>

Den rättsdogmatiska metoden kan även ha komparativa inslag på så sätt att där den egna rättsordningen saknar ställningstaganden, kan utländska rättsordningar beaktas för att besvara frågan vad som hade blivit svaret om den egna rättsordningen tvingades ta ställning. Att sådana internationella utblickar är relevanta för undersökningen av gällande rätt i Sverige återspeglas

---

<sup>24</sup> Se Halson (2018) kapitel 5, särskild s. 147–170.

<sup>25</sup> Jfr Nääv & Zamboni (2018) för ett urval av ett antal av de många juridiska metoderna.

<sup>26</sup> Se Kleineman (2018) s. 21 och 26.

<sup>27</sup> Se Kleineman (2018) s. 29.

<sup>28</sup> Se Kleineman (2018) s. 24.

<sup>29</sup> Se Kleineman (2018) s. 34–36.

<sup>30</sup> Se Kleineman (2018) s. 36–38.

<sup>31</sup> Se Kleineman (2018) s. 44.

i vissa domskäl från HD där man tagit hänsyn till hur en principfråga besvarats i andra rättsordningar.<sup>32</sup> Engelsk rätt lämpar sig emellertid illa för syftet att undersöka vad som utgör gällande rätt i den svenska rättsordningen, eftersom rättssystemen är så pass olika. I den mån internationella utblickar görs för att undersöka svensk rätt ligger det således närmare till hands att se till främst övriga nordiska länder.<sup>33</sup>

Uppsatsen kräver dock att även den komparativa metoden används utöver den rättsdogmatiska. Den komparativa metoden går inte ut på att parallellt redogöra för hur engelsk och svensk rätt bedömer vitesklausuler, som är vad som görs i uppsatsens andra och tredje kapitel. Istället kännetecknas den komparativa metoden av själva jämförelsen mellan de båda – ett försök att förstå likheter och skillnader mellan de båda rättssystemen.<sup>34</sup> Således är den komparativa metoden ett naturligt val framförallt för att besvara uppsatsens tredje frågeställning.

Ett syfte med den komparativa metoden är att identifiera *kryptotyper*. Att identifiera kryptotyper innebär att hitta gömda element som styr språket, till exempel på så sätt att jurister tar sitt eget rättssystems kulturella och ideologiska förutsättningar för givet eller helt enkelt är omedvetna om hur de påverkar det egna språket.<sup>35</sup> Metoden är viktig för att förenkla kommunikationen mellan jurister från olika rättsordningar och metodens betydelse blir än tydligare i en allt mer globaliserad värld där juridiska termer vars översättning, om de skulle översättas direkt, skulle ge en missvisande bild.<sup>36</sup> Vid tillämpningen av den komparativa metoden är det viktigt för den inhemska juristen att inte stirra sig blind på den begreppsanvändning som kan anses självklar i det egna rättssystemet. Om så görs, riskerar den inhemska juristen paradoxalt nog att bli den sämst lämpade att undersöka det egna rättssystemet.<sup>37</sup>

Som nämnt ovan tillåter den rättsdogmatiska metoden att en analys företas av vad som utgör gällande rätt. Denna analys kan antingen göras i form av ett avslutande kapitel innehållande både analys och slutsats, men analysen kan också ske löpande under arbetets gång. Här har det senare tillvägagångssättet, med en löpande analys, valts. Valet motiveras för det första av att många frågor i de respektive rättsordningarna saknar självklara svar. För att nå fram till ett svar krävs därför en analys av vad som i min mening utgör rättsläget *de lege lata*. För det andra, är det den löpande analysen av respektive rättsordningar som sedermera också utgör grunden för det komparativa avsnittet. Utan en analys av respektive rättsordning, skulle den komparativa analysen som företas i uppsatsen i mångt och mycket tappa sitt syfte. För det tredje, bygger uppsatsens analys av hur engelska vitesklausuler bedöms i svensk rätt på ett liknande sätt på den tidigare gjorda analysen. Uppsatsens syfte kräver därför helt enkelt en löpande analys, eftersom uppsatsens olika kapitel så att säga ”bygger på varandra”.

---

<sup>32</sup> Se Kleineman (2018) s. 42; Jfr även Strömholm (1971) s. 251 ff.

<sup>33</sup> Se Kleineman (2018) s. 41 f.

<sup>34</sup> Se Valguarnera (2018) s. 143.

<sup>35</sup> Se Valguarnera (2018) s. 144.

<sup>36</sup> Se Valguarnera (2018) s. 145.

<sup>37</sup> Se Valguarnera (2018) s. 167 f.

När det gäller materialet speglas det i sin tur av valet av metod. För att utreda gällande engelsk rätt har därför de engelska rättskällorna använts. I och med att engelsk rätt utgör ett common law system har praxis använts i stor utsträckning. Rättsfallen *Cavendish* och *Dunlop* är av central betydelse för uppsatsens syfte. Eftersom *Cavendish* utgör ett så kallat *landmark case* vad gäller vitesklausuler måste rättsfall och doktrin från före avgörandet behandlas med viss försiktighet. Vid studerandet av engelsk rättspraxis är det vidare viktigt att skilja mellan uttalanden som görs *ratio decidendi* och uttalanden som görs *obiter dictum*. Medan de förra är bindande för domstolarna i enlighet med doktrinen om *stare decisis*, är uttalanden som görs *obiter dictum* endast vägledande men inte bindande.<sup>38</sup>

Doktrin är visserligen endast en rättskälla inom engelsk rätt om det är en så kallad *book of authority*.<sup>39</sup> För att förstå en främmande rättsordning är det dock nyttigt att även använda sig av sådan juridisk litteratur som inte utgör *books of authority*. Främst tre böcker har använts. Två med inriktning på avtal (eng. ”contracts”); *Chitty on Contracts* och *McGregor on Damages*, samt en tredje med inriktning på vitesklausuler; *Liquidated Damages and Penalty Clauses*. Dessa ska inte ses som rättskällor i sig, utan snarare som uttryck för vad som gäller enligt engelsk rättspraxis.

Vad gäller svensk rätt finns det omfattande juridisk litteratur på området. Av särskild betydelse är Olsens doktorsavhandling om ersättningsklausuler och Dryselius dito om avtalsviten<sup>40</sup>, men även Taxells arbete *Avtal och rättskydd*. Vitesklausuler behandlas även i förarbetena till nuvarande 36 § AvtL, varför dessa har utgjort viktigt material. I enlighet med den rättsdogmatiska metoden kan inte heller uttalanden från HD bortses ifrån, och rättspraxis har därför också utgjort viktigt material.

Vitets straffande funktion är inte lika utförligt behandlat i vare sig doktrin eller praxis. Inspiration har hämtats från Bullarbos uppsats om straffande vitens skälighet, men stora delar av den i uppsatsen förda argumentationen härstammar från uttalanden gjorda i förarbetena till 36 § AvtL samt Munukkas och Undéns uttalanden om *rättsmissbruk*- och *chikanförbud*. Här har även en utblick gjorts till tysk och dansk rätt för att söka svar på principfrågor som ännu inte tydligt besvarats i svensk rätt.

När sedermera de engelskförfattade vitesklausulernas ställning i svensk domstol diskuteras blir den rättsdogmatiska metodens komparativa inslag särskilt tydliga. Här har nämligen en hel del norsk juridisk litteratur och praxis använts, eftersom svensk praxis och doktrin på området är knapphändig.<sup>41</sup> Att norsk praxis och doktrin på området är större beror på Norge har en relativt stor marknadsandel på sjöfartsområdet där kontrakt ofta är författade på engelska. Oslos universitet har därför ägnat ett projekt åt hur angloamerikanskt

---

<sup>38</sup> Se Darbyshire (2008) s. 42 ff.

<sup>39</sup> Se Darbyshire (2008) s. 50.

<sup>40</sup> Under uppsatsens slutskede gav Dryselius ut sin bok *Vitesklausuler: En handbok* som har beaktats, men som förmodligen hade getts större utrymme om den utgivits tidigare.

<sup>41</sup> Jfr Hedwall (2004) s. 144 f.

utformade klausuler behandlas i civil law-domstolar.<sup>42</sup> Av de norska rättsfall som diskuteras kan särskilt Arica-fallet<sup>43</sup> nämnas, där det var fråga om ett standardavtal som utformats mot bakgrund av engelsk rätt. Rättsfallet diskuteras ingående i den doktrin som använts för att utreda hur svensk domstol kan komma att bedöma en engelsk vitesklausul. Av doktrinen ska särskilt Solvangs avhandling *Forsinkelse i havn: risikofordeling ved reisebefraktning* lyftas fram, som dock tar in ett bredare perspektiv och är av större omfattning än denna uppsats och avhandlar sjöfartsområdet i stort. Det har därför varit nödvändigt att även använda mer specifika artiklar på området, där särskilt Mikelsens artikel *Henvisninger til engelsk rett i kontrakter underlagt norsk rett*, Selvigs artikel *Tolking etter norsk eller annen skandinavisk rett av certepartier og andre standardvilkår utformet på engelsk* och W. Kiellands avhandling *Liquidated damages- og penaltyklausuler – Erstatningsklausuler underlagt norsk rett* använts.

Norska artiklar och avhandlingar hänvisar ofta till svensk rätt, varför dessa har ansetts lämpade att använda även vid utredningen av hur en svensk domstol skulle komma att behandla engelska vitesklausuler. Samtidigt måste materialet användas med viss försiktighet. Materialet har därför kompletterats med svenska rättsfall och uttalanden från svensk doktrin.

## 1.5 Disposition

Uppsatsens disposition utgår ifrån de ovan presenterade frågeställningarna och följer samma ordning som dessa presenterades enligt. Efter detta inledande kapitel utreds i kapitel 2 hur engelsk rätt betraktar vitesklausuler. Den engelska rätten behandlas först av den anledningen att engelsk rätt på ett tydligare sätt skiljer på vitets syften. Genom att tidigt i uppsatsen betona och visa på hur vitets *syfte* spelar roll för hur vitet bedöms, är förhoppningen att uppsatsen ska bli enklare att förstå och följa.

Kapitel 3 utreder hur vitesklausuler bedöms enligt svensk rätt. Närmare bestämt tar det tredje kapitlet sikte på hur sådana avtalsvillkor tolkas och eventuellt jämkas eller åsidosätts. Kapitel 3 presenterar även en särskild terminologi som kommer att genomsyra stora delar av uppsatsen.

När de två rättsordningarna behandlats var för sig tar kapitel 4 vid. En komparativ analys företas där de båda rättsordningarna jämförs med varandra. Skillnader, likheter och eventuella konsekvenser av dessa lyfts fram.

Kapitel 5 utreder de två avslutande frågeställningarna, där blicken således återigen vänds till svensk rätt och svensk domstol. Vissa omständigheter lyfts fram som särskilt betydelsefulla när det gäller hur en engelskförfattad vitesklausul ska tolkas och eventuellt jämkas enligt svensk rätt. Det femte kapitlet avslutas sedan med konkreta exempel på hur parterna genom avtalsvillkor kan påverka domstolens bedömning.

---

<sup>42</sup> Mer information om projektet finns på deras hemsida, tillgänglig via <https://www.jus.uio.no/ifp/english/research/projects/anglo/index.html> (hämtad 23 mars 2023).

<sup>43</sup> ND 1983 s. 309.



Uppsatsen avrundas med några avslutande reflektioner och slutsatser i kapitel 6. Reflektionerna och slutsatsen bygger på de tidigare gjorda analyserna som, i enlighet vad som sagts ovan i metodavsnittet, görs löpande under arbetets gång. Syftet med det sjätte kapitlet är dock inte att upprepa de tidigare gjorda analyserna.

## 1.6 Terminologi

### 1.6.1 Allmän terminologi

Med ”engelsk rätt” förstås här vad som brukar benämnas som ”the English legal system”. ”Engelsk rätt” omfattar således rättsordningen för England och Wales, men inte Skottland eller Nordirland vars rättsordningar är separata.<sup>44</sup>

Då uppsatsen utreder engelsk rätt har det varit nödvändigt att översätta engelsk doktrin och engelsk rättspraxis. Översättningar har dock gjorts med viss försiktighet, varför citat förekommer i högre utsträckning då den engelska rätten utreds än i övriga sammanhang. När översättningar av juridiska begrepp har gjorts har detta markerats med att originalbegreppet satts inom parentes. Läsningen kan ibland underlättas av att man bortser från originalbegreppet, men det har ändå satts där av förtydligande skäl.

Vidare ska några av de termer som är återkommande i uppsatsen förtydligas. Med ”vitesbelopp” avses det förutbestämda belopp som ska betalas ut vid avtalsbrott som täcks av vitesklausulen. Den part som har rätt att enligt vitesklausulen begära ut det avtalade vitesbeloppet benämns främst som ”borgenär” eller ”skadelidande”, och vid enstaka tillfällen som den ”berättigade”. På motsvarande sätt benämns den som ersättningsanspråket riktas *emot* som ”gäldenär” eller ”skadevällande”. Att vitet är ”exklusivt” innebär att endast vitesbeloppet ska utbetalas. Begreppet är enligt Dryselius något missvisande, men används ändå eftersom det är ett etablerat begrepp.<sup>45</sup>

Även den juridiska termen ”doktrin” ska här beskrivas. Termen beskrivs lättast som ett uttryck som används vid högtidliga sammanhang för att beskriva vad som är ”juridisk litteratur”.<sup>46</sup> ”Doktrin” omfattar således juridiska böcker, avhandlingar, examensuppsatser och artiklar, men även annat som kan tänkas höra till ”juridisk litteratur”. I uppsatsen används därför också ”doktrin” och ”juridisk litteratur” synonymt med varandra där det ena omfattar det andra och vice versa.

Begreppet ”doktrin” (eller ”juridisk litteratur”) ska emellertid inte förväxlas med ”*penalty*-doktrinen” som är ett uttryck som främst förekommer i kapitel 2. Med ”*penalty*-doktrinen” avses det som i engelsk rätt uttrycks som ”the penalty rule”. Här åsyftas alltså den regel som existerar inom engelsk rätt och som möjliggör för engelsk domstol att klassificera en vitesklausul som *penalty* vilket innebär vissa rättsföljder.

---

<sup>44</sup> Se Darbyshire (2008) s. 8.

<sup>45</sup> Se Dryselius (2023) s. 79 och däri gjorda hänvisningar i not 20.

<sup>46</sup> Se Kleineman (2018) s. 28.

### 1.6.2 En särskild terminologi beroende på vitets syfte

För att förtydliga vilket syfte som ligger bakom en vitesklausul, kommer uppsatsen skilja på främst fyra olika typer av vitesklausuler i svensk rätt: Viten som har till främsta syfte att *begränsa* ersättningsskyldigheten för gäldenären vid avtalsbrott, vilka benämns *begränsningsvite*; viten som har till främsta syfte att *ersätta* borgenären för den skada som uppstått på grund av avtalsbrottet, vilka benämns *ersättningsviten*; viten som har till främsta syfte att fungera som *påtryckningsmedel* för att gäldenären ska prestera avtalsenligt, vilka benämns *påtryckningsviten*; viten som har till främsta syfte att *straffa* gäldenären, vilka benämns *straffviten*.

Begreppen *ersättnings-*, *påtrycknings-* och *straffviten* överensstämmer relativt väl med den terminologi som förekommer i doktrin, medan begreppet *begränsningsvite* valts för att uppsatsens terminologi ska vara enhetlig.<sup>47</sup> Ett vanligare begrepp för *begränsningsviten* är istället att vitet utgör en *ansvarsbegränsning*.<sup>48</sup>

Till dessa fyra olika vitestyper gör sig även ett femte syfte gällande: *konfliktlösningssyftet*.<sup>49</sup> Konfliktlösningssyftet benämns dock inte som *konfliktlösningssyftet* i uppsatsen. Det beror på att konfliktlösningssyftet i uppsatsen ses som ett *kompletterande* syfte och förekommer tillsammans med begränsnings-, ersättnings-, påtrycknings- eller straffviten. Medan de olika vitestyperna tar sikte på hur vitesbeloppet förhåller sig till faktisk liden skada, syftar istället konfliktlösningssyftet till att tillgodose parternas intresse av att undvika långdragna processer och bevissvårigheter om skada och skadans uppkomst samt att vitesklausulen ska utgöra en för parterna förutsebar påföljd för avtalsbrott. I konfliktlösningssyftet ligger också ett intresse av att vitet ska fungera konflikthämmande.<sup>50</sup> Syftet gör sig främst gällande vid frågor om vitets exklusivitet<sup>51</sup> och jämkning<sup>52</sup>.

Även om begreppen ovan förekommer i doktrin, är terminologin som här presenterats långtifrån allmänt vedertagen.<sup>53</sup> Det gäller särskilt distinktionen som görs i uppsatsen mellan påtrycknings- och straffviten. Det är inte ovanligt att man talar om vitets *straffande* element i samband med vitets *påtryckningseffekt*.<sup>54</sup> Jag menar dock (som kommer att argumenteras för i kapitel 3) att

---

<sup>47</sup> Andra begrepp som förekommer i doktrin hänvisas till löpande i uppsatsen. Se särskilt avsnitt 3.1 där de olika vitestyperna diskuteras närmare.

<sup>48</sup> Begreppen används också synonymt i uppsatsen. Det gäller särskilt då uttalanden i doktrin och praxis diskuteras för att undvika att uttalandena inte missuppfattas.

<sup>49</sup> Begreppet är inspirerat av Olsens begrepp *konfliktlösningssyftet*, se Olsen (1993) s. 30. Andra begrepp som förekommer är *avvecklingssyftet*, se Dryselius (2019) s. 294.

<sup>50</sup> Se bl.a. Dryselius (2019) s. 294; Olsen (1993) s. 30; Taxell (1972) s. 442; Klami-Wetterstein (2018) s. 149 ff.

<sup>51</sup> Se avsnitt 3.4.

<sup>52</sup> Se avsnitt 3.5.

<sup>53</sup> Terminologin är dock inspirerat av Olsen, som identifierar fyra ”intressen”; begränsningsintresset, ersättningsintresset, påtryckningsintresset och konfliktlösningssyftet. Se Olsen (1993).

<sup>54</sup> För några exempel, se von Post (1999) s. 198; Ekelöf (1942) s. 129 och 207; Bullarbo (2016); Karlsson (2006) s. 30; Olsen (1993) s. 96 och däri gjorda hänvisningar till liknande uttalanden gjorda i andra nordiska länder; Serlachius (1902) s. 18; W. Kielland (2018) s. 66 och 129.

rättsföljderna av att ett vite klassificeras som ett *påtryckningsvite* skiljer sig från rättsföljderna av att ett vite klassificeras som ett *straffvite*.<sup>55</sup> Det ska dock uppmärksammas på att uppsatsens användning av begreppet *straffvite* inte ska förknippas med det offentlighetsrättsliga vitet.<sup>56</sup>

Den – i min mening något slarviga – begreppsanvändning som förekommer i doktrin kan möjligtvis förklaras med att man i förarbeten uttalat att vitesklausuler ofta har blandade syften och att någon gränsdragning mellan olika typer av vitesklausuler inte är nödvändig.<sup>57</sup> Att en och samma vitesklausul kan ha mer än ett syfte ifrågasätts dock inte i uppsatsen, utan bör snarare belysas och betonas.<sup>58</sup> Gränsdragningen mellan de presenterade vityperna kan således sägas vara ”flytande”. Till exempel kan ett *ersättningsvite* ha mer eller mindre påtryckande syfte och ett *påtryckningsvite* kan ha mer eller mindre ersättande syfte. Till detta kommer att samtliga viten, *begränsnings-*, *ersättnings-*, *påtrycknings-* och *straffviten*, har ett mer eller mindre framträdande *konfliktlösningssyfte*. Terminologin kan således sägas ta sikte på vilket syfte som är vitesklausulens främsta. Synonymt med vitets *syfte* används också vitets *funktion* eller vilket *intresse* som gör sig gällande.

---

<sup>55</sup> Se avsnitt 3.5.5 om rättsföljderna för påtryckningsvitet och avsnitt 3.5.6 om rättsföljderna för straffvitet.

<sup>56</sup> Jfr Ekelöf (1942) s. 129 där begreppet *straffvite* används synonymt med det offentlighetsrättsliga vitet, som är påtryckande då det beslutas, men straffande då det döms ut.

<sup>57</sup> Se Prop. 1975/76:81 s. 141; SOU 1974:83 s. 170; Dryselius förespråkar att alla avtalsviten helt enkelt bör benämnas som ”vite”, se Dryselius (2023) s. 42.

<sup>58</sup> Att vitet kan ha flera olika funktioner uttalades redan i förarbetena till avtalslagen, se SOU 1915:1 s. 149 f.

## 2 Engelsk rätt

### 2.1 Inledning

Kapitlet syftar till att utreda hur engelsk rätt betraktar vitesklausuler. Några komparativa inslag förekommer därför inte. Läsaren uppmanas likväl att särskilt notera avsnittets underrubriker, då dessa är ämnade att ge en indikation på viktiga aspekter som kommer att lyftas i uppsatsens komparativa kapitel.<sup>59</sup>

Engelsk rätt skiljer mellan vitesklausuler på ett absolut sätt. Vitesbeloppet i ett och samma kontrakt kan inte vara *liquidated damages* i förhållande till vissa kontraktsbrott, och *penalty* i förhållande till andra.<sup>60</sup>

### 2.2 Det äldre testet – *Genuine pre-estimate of damage*

I rättsfallet *Dunlop* upprättades det traditionella *genuine pre-estimate of damage*-testet, som formulerades genom Lord Dunedins regler. Lord Dunedins regler är utförliga, men eftersom reglerna haft nästintill lagstadgad status ("quasi-statutory"<sup>61</sup>), ska de här återges i sin helhet:

1. Though the parties to a contract who use the word 'penalty' or 'liquidated damages', may prima facie be supposed to mean what they say, yet the expression used is not conclusive. The court must find out whether the payment stipulated is in truth a penalty or liquidated damages.
2. The essence of a penalty is payment of money stipulated as *in terrorem* of the offending party; the essence of liquidated damages is a genuine pre-estimate of damage [...].
4. The question whether a sum stipulated is a penalty or liquidated damages is a question of construction to be decided upon the terms and inherent circumstances of each particular contract, judged of at the time of the making of the contract, not as at the time of the breach [...].
4. To assist this task of construction various tests have been suggested which, if applicable to the case under consideration, may prove helpful or even conclusive. Such are:
  - (a) It will be held to be a penalty if the sum stipulated for is extravagant and unconscionable in amount in comparison with the greatest loss which could conceivably be proved to have followed from the breach [...].
  - (b) It will be held to be a penalty if the breach consists only in not paying a sum of money, and the sum stipulated is a

---

<sup>59</sup> Se kapitel 4.

<sup>60</sup> Jfr McGregor (2009) s. 490.

<sup>61</sup> Se *Cavendish* p. 22.

sum greater than the sum which ought to have been paid [...]

- (c) There is a presumption (but no more) that it is a penalty when ‘a single lump sum is made payable by way of compensation, on the occurrence of one or more or all of several events, some which may occasion serious and others but trifling damage’ [...].

On the other hand:

- (d) It is no obstacle to the sum stipulated being a genuine pre-estimate of damage, that the consequences of the breach are such as to make precise pre-estimation almost an impossibility- On the contrary, that is just the situation when it is probable that pre-estimated damage was the true bargain between the parties [...].<sup>62</sup>

Lord Dunedins regler tar således sikte på huruvida vitesbeloppet var en *genuine pre-estimate of damage*. Vid första anblick kan uttrycket framstå som att det är fråga om en subjektiv bedömning. Så är inte fallet, utan testet har tydliga objektiva inslag. Bland annat föreskriver regel 4(a) att hänsyn ska tas till om vitesbeloppet är ”extravagant and unconscionable” i förhållande till största möjliga skada.<sup>63</sup> Det har dessutom uttalats att huruvida parterna faktiskt försökt vara ärliga (”honesty”) inte är avgörande för testet, utan att testet är ”primarily an objective one”.<sup>64</sup>

Vid bedömningen om vitesbeloppet utgör en *genuine pre-estimate of damage*, ges parterna en ”generous margin”.<sup>65</sup> Vad som åsyftas med att vitesbeloppet ska utgöra *genuine pre-estimate of damage* är inte helt klart. Beale menar att endast sådan skada (”damage”) som man kan få ersättning för enligt allmänna skadeståndsrättsliga regler (*unliquidated damages*) omfattas. Skada i form av sentimentalt värde omfattas ej av *genuine pre-estimate of damage*-testet, men skulle kunna omfattas av *legitimate interest*-testet.<sup>66</sup>

### 2.3 Det nya testet – *Legitimate interest*

2015 meddelade UKSC sitt avgörande i *Cavendish*. Fallet är ett så kallat *landmark case* när det gäller vitesklausuler inom engelsk rätt. Även om *Cavendish* omtolkade, snarare än åsidosatte, det tidigare *Dunlop*-avgörande ska dess betydelse, enligt Halson, inte underskattas.<sup>67</sup>

Samtidigt ska det påpekas att det redan innan *Cavendish* förekom uttalanden *obiter dictum* om att vitesklausuler som *inte* var en *genuine pre-estimate*

---

<sup>62</sup> Se *Dunlop* s. 86–88 (sic!). Även om regel 3 enligt citatet också står som regel 4, kommer den i fortsättningen hänvisas till som just ”regel 3”. Hänvisningar till tidigare rättsfall, och ett uttalande i regel 4(b) om *penalty*-doktrinen ursprung, har utelämnats i citatet.

<sup>63</sup> Se Beale (2021) s. 2205.

<sup>64</sup> Se *Alfred McAlpine Capital Projects Ltd v Tilebox Ltd* (2005) 21 Const. L.J. 539 p. 48.

<sup>65</sup> Se *Murray v Leisureplay Plc* [2005] EWCA Civ 963 (cit. *Murray v Leisureplay*) p. 43.

<sup>66</sup> Se Beale (2021) s. 2205 f.; *Legitimate interest*-testet går igenom under avsnitt 2.3.

<sup>67</sup> Se Halson (2018) s. 50.

of damage ändå kunde vara en giltig *liquidated damages*-klausul om klausulen hade kommersiellt legitima intressen och dess dominerande syfte inte var att avskräcka ("deter") motparten från kontraktsbrott.<sup>68</sup>

Att avskräckande inte var ett kommersiellt legitimt intresse uttalades av domaren i underinstansen till UKSC (Court of Appeal) i just *Cavendish*.<sup>69</sup> I UKSC framhöll dock domstolen att även vitesklausuler som utformats med ett avskräckande syfte kan utgöra *liquidated damages*-klausuler om det uppfyller det i *Cavendish* introducerade *legitimate interest*-testet.<sup>70</sup>

Testet kom att formuleras på lite olika sätt, men tycks innehålla samma två led som bäst kommer till uttryck genom Lord Mances formulering: Till att börja med ska domstolen avgöra om ett legitimt intresse skyddas av klausulen. Det är först då ett sådant legitimt intresse identifierats som domstolen ska gå vidare och avgöra om vitesbeloppet är överdrivet ("extravagant"), orimligt ("exorbitant") eller oskäligt ("unconscionable") i förhållande till det identifierade legitima intresset.<sup>71</sup>

Även andra begrepp förekommer, så som opassande ("incommensurate")<sup>72</sup> och fullkomligt oproportionerligt ("wholly disproportionate")<sup>73</sup>. Jag menar dock att begreppen är uttryck för samma sak, nämligen att parterna tillmätts en "generous margin"<sup>74</sup> vid bedömningen.<sup>75</sup> Beale tolkar *Cavendish* som att mellan kommersiella parter gäller att frågan om vitesbeloppet är överdrivet och oskäligt ("extravagant and unconscionable") ska utgå ifrån ett "worst case scenario". Det är endast om vitesbeloppet är överdrivet ("excessive") i förhållande till detta som klausulen ska anses vara en *penalty*.<sup>76</sup>

## 2.4 Vilket test ska användas?

Även om man i *Cavendish* framförde stark kritik mot att Lord Dunedins regler fått i princip lagstadgad status ("quasi-statutory") valde man ändå inte att åsidosätta det tidigare testet helt och hållet. Man menade att Lord Dunedins regler fortfarande var väl anpassade för enklare klausuler i standard- eller konsumentavtal, men att det för mer komplicerade fall är mer lämpligt att se till hur övriga domare i *Dunlop* resonerade. Det var utifrån övriga domares resonemang i *Dunlop*, och framförallt resonemangen framförda av Lord Atkinson, som man i *Cavendish* införde *legitimate interest*-testet.<sup>77</sup>

Domstolen uttalade vidare att en stor majoritet av fallen sedan *Dunlop* har varit just av den enklare typen, för vilka *genuine pre-estimate of damage*-

---

<sup>68</sup> Se Beale (2021) s. 2211; Se *Lordsvale Finance Plc v Bank of Zambia* [1996] Q.B. 752 [cit. *Lordsvale v Bank of Zambia*] på s. 762–764.

<sup>69</sup> Se *Cavendish Square Holdings BV v Makdessi* [2013] EWCA Civ 1539 [cit. *Cavendish Court of Appeal*] p. 125.

<sup>70</sup> Se *Cavendish*, särskilt p. 28 och 82; Se Beale (2021) s. 2212.

<sup>71</sup> Se *Cavendish* p. 152; För övriga formuleringar, se *Cavendish* p. 16 och p. 255.

<sup>72</sup> Se *Cavendish* p. 143.

<sup>73</sup> Se *Cavendish* p. 227.

<sup>74</sup> Jfr *Murray v Leisureplay* p. 43.

<sup>75</sup> Se Beale (2021) s. 2223 ff. för diskussion om hur begreppen förhåller sig till varandra.

<sup>76</sup> Se Beale (2021) s. 2224.

<sup>77</sup> Jfr *Cavendish* p. 22–25.

testet fungerat alldeles utmärkt.<sup>78</sup> Hur dessa uttalanden ska tolkas när det gäller *genuine pre-estimate of damage*-testets relevans idag har uppfattats väldigt olika. Halson påpekar att domstolens uttalande saknar empiriskt belägg och med tanke på det stora antalet entreprenadavtal och sjöfartsavtal ställer han sig tveksam till att den stora majoriteten av alla fall faktiskt skulle vara sådana där Lord Dunedins regler ska gälla. Dessutom, om de båda testen ska samexistera, skapar detta en osäkerhet för parterna som kan ha svårt att förutse vilket test som kommer att användas av domstolen.<sup>79</sup>

Beale tycks snarare mena att om skadelidande part inte kan (eller vill) påvisa ett ”legitimate interest in securing performance rather than damages”, så ska domstolen i sådana fall gå vidare och se om klausulen ändå kan utgöra *liquidated damages* med hänsyn till *genuine pre-estimate of damage*-testet. Han menar också att om parternas syfte varit att ersätta borgenären för eventuell skada snarare än att avskräcka gäldenären från avtalsbrott, ska klausulens giltighet bedömas enligt *genuine pre-estimate of damage*-testet.<sup>80</sup>

För egen del menar jag att det faktum att domstolen i *Cavendish* inte åsidosatte *genuine pre-estimate of damage*-testet, utan istället *lade till legitimate interest*-testet, talar för att de båda testen trots allt ska samexistera. I det hänseendet instämmer jag alltså med Beale. När det gäller hur domstolen bör gå tillväga intar jag dock en något annorlunda position. Jag tolkar Beale som att han menar att domstolen *först* bör använda sig av *legitimate interest*-testet och se om något legitimt intresse kan anses skyddat av vitesklausulen. Det är först om ett sådant legitimt intresse *inte* kan påvisas, alternativt om parterna är överens om att syftet varit ersättande, som domstolen ska vidare och se till om vitesbeloppet utgör en *genuine pre-estimate of damage*. Ett sådant tillvägagångssätt tycks onödigt komplicerat.

Jag menar istället att *genuine pre-estimate of damage*-testet bör utgöra utgångspunkten för domstolens bedömning. Domstolen bör *först* se till om vitesklausulen uppfyller *genuine pre-estimate of damage*-testet. Om testet uppfylls, utgör vitet *liquidated damages* och borgenären får ut vitesbeloppet. Om däremot *genuine pre-estimate of damage*-testet inte uppfylls, är det möjligt för borgenären att påstå att vitesklausulen skyddar ett legitimt intresse. Kan borgenären bevisa att *legitimate interest*-testet uppfylls, utgör vitet *liquidated damages* och borgenären får vitesbeloppet utdömt.<sup>81</sup> Tillvägagångssättet kan sägas skapa en *in dubio*-regel: Kan inte borgenären påvisa något annat syfte än det ersättande, gäller *in dubio* att vitesklausulen måste uppfylla *genuine pre-estimate of damage*-testet.

## 2.5 Tidpunkten för bedömningen

---

<sup>78</sup> Se *Cavendish* p. 25.

<sup>79</sup> Se Halson (2018) s. 71 ff.

<sup>80</sup> Se Beale (2021) s. 2202 ff.

<sup>81</sup> Att på detta sätt behöva gå igenom *genuine pre-estimate of damage*-testet innan man går vidare med *legitimate interest*-testet väcker vissa frågor om den successiva relevansens princip, som dock faller utanför uppsatsens ramar.

Bedömningen huruvida en vitesklausul utgör en *penalty* eller *liquidated damages* görs *ex ante* utifrån *kontraktstillfället* och inte *ex post* utifrån *kontraktsbrottsstillfället*. Synsättet är detsamma i såväl *Dunlop*<sup>82</sup> som i *Cavendish*<sup>83</sup>. Det har dessutom bekräftats i rättsfall från såväl före<sup>84</sup> som efter<sup>85</sup> *Cavendish* och är allmänt vedertaget i doktrin.<sup>86</sup>

Det faktum att bedömningen görs *ex ante* innebär att följande situation är möjlig inom engelsk rätt: En vitesklausul, vars vitesbelopp vid *kontraktstillfället* (det vill säga *ex ante*) framstår som oskäligt, ska betraktas som en *penalty*. Om det sedermera vid *kontraktsbrottsstillfället* (det vill säga *ex post*) visar sig att vitesbeloppet *understiger* faktisk liden skada är detta obetydligt inom engelsk rätt, eftersom bedömningen görs *ex ante*. Det är därför möjligt att även en *penalty* kan komma att *understiga* faktisk liden skada.<sup>87</sup>

## 2.6 Rättsföljder och vitets exklusivitet

### 2.6.1 *Liquidated damages* överstiger faktisk liden skada

Rättsföljden av att en vitesklausul bedöms vara *liquidated damages* är att vitesbeloppet ska dömas ut förutsatt att skadelidande part kan bevisa att motpartens agerande utgör ett avtalsbrott som omfattas av vitesklausulen.<sup>88</sup> Eftersom frågan om en vitesklausul utgör *liquidated damages* eller *penalty* ska avgöras utifrån *kontraktstillfället* är det möjligt att vitesbeloppet vid *kontraktsbrottsstillfället* markant överstiger faktisk liden skada. Men förutsatt att klausulen har bedömts som *liquidated damages*, finns ingen möjlighet för domstolen i engelsk rätt att jämka vitesbeloppet, utan hela beloppet ska utdömas till borgenären oaktat faktisk liden skada.<sup>89</sup>

Att den skadelidande *inte* kan kräva *unliquidated damages* utöver det utdömda *liquidated damages*, vilket skulle innebära att *liquidated damages* och *unliquidated damages* i så fall skulle kumuleras, tycks inom engelsk doktrin vara så självklart att frågan i princip inte ens berörs.<sup>90</sup>

### 2.6.2 *Liquidated damages* är mindre än faktisk liden skada

Vitesklausuler i syfte att begränsa ena partens ersättningsskyldighet, så kallade *underliquidated damages clauses*, är vanliga inom engelsk rätt.<sup>91</sup> Halson menar till och med att situationer där vitesbeloppet överstiger faktisk skada

---

<sup>82</sup> Se Lord Dunedins tredje regel (som dock också står som regel 4 i citatet).

<sup>83</sup> Se *Cavendish* p. 9 och 243.

<sup>84</sup> För ett äldre rättsfall, se *Commissioner of Public Works v Hills* [1906] AC 368 på s. 376; För ett rättsfall närmare i tid till *Cavendish*, se *Murray v Leisureplay* p. 69.

<sup>85</sup> *Hayfin Opal Luxco 3 SARL v Windermere VII CMBS Plc* [2016] 4 WLUK 151 p. 137.

<sup>86</sup> Se bl.a. Halson (2018) s. 52 ff. och s. 74; McGregor (2009) s. 500; Beale (2021) s. 2202.

<sup>87</sup> Se Halson (2018) s. 74; Frågan huruvida *penalty*-beloppet i så fall utgör ett tak för vad skadelidande kan kräva i ersättning diskuteras i avsnitt 2.6.4 nedan.

<sup>88</sup> Se McGregor (2009) s. 493 f.

<sup>89</sup> Jfr Halson (2018) s. 83 ff.

<sup>90</sup> Jfr bl.a. Halson (2018) s. 83 ff.; Beale (2021) s. 2198 ff.; McGregor (2009) s. 493 ff.

<sup>91</sup> Se Beale (2021) s. 2200.



är "[t]he less common situation".<sup>92</sup> Sådana *underliquidated damages*-klausuler kan mycket väl klassificeras som *liquidated damages*. Man har till och med uttalat att "a significantly smaller stipulated sum than the probable damages would be *most unlikely to render a clause a penalty clause*, though each case has to be decided on its own individual facts" (min kursivering).<sup>93</sup> Att *underliquidated damages* tillåts i hög utsträckning inom engelsk rätt illustreras också av två andra rättsfall där domstolen undvikit att bedöma även mycket låga vitesbelopp som en *penalty*.<sup>94</sup>

På samma sätt som skadevållande part inte kan freda sig mot ett ersättningsanspråk med att åberopa att faktisk skada understiger vitesbeloppet, kan inte skadelidande part välja att bortse från *liquidated damages*-klausulen för de fall beloppet skulle understiga faktisk liden skada och istället kräva ersättning enligt allmänna skadeståndsregler (*unliquidated damages*).<sup>95</sup> *Liquidated damages*-klausulen är dessutom exklusiv, och skadelidande part kan således inte kräva *unliquidated damages* för diskrepansen mellan vitesbeloppet och faktisk liden skada.<sup>96</sup> Däremot kan skadelidande kräva ersättning i form av *unliquidated damages* (utöver utdömt vitesbelopp) för skada som uppstått till följd av handlingar som *inte* omfattas av *liquidated damages*-klausulen.<sup>97</sup>

Värt att notera kan också vara att eftersom en *liquidated damages*-klausul ska dömas ut oaktat faktisk skada och dessutom är exklusiv, har inte skadelidande part någon skyldighet att begränsa sin skada. För det fall skadelidande part underlåter att begränsa sin skada är detta endast till nackdel för honom själv. Motpartens ersättningskyldighet förblir densamma oavsett.<sup>98</sup>

### 2.6.3 *Penalty* är större än faktisk liden skada

En vitesklausul som anses vara en *penalty* är "wholly unenforceable".<sup>99</sup> Men vad det innebär i teorin är inte helt klart. I rättsfallet *Jobson v Johnson* menade domaren Nicholls LJ att *penalty*-klausulen inte stryks ur kontraktet, utan att klausulen förblir en del av kontraktet och som skadelidande kan åberopa för att kräva ersättning. Domstolen kommer dock endast döma ut ersättning upp

---

<sup>92</sup> Se Halson (2018) s. 83.

<sup>93</sup> *Tullet Prebon Group Ltd v El-Hajjali* [2008] EWHC 1924 (QB) [cit. *Tullet v El-Hajjali*] p. 83.

<sup>94</sup> Jfr *Cellulose Acetate Silk Co v Widnes Foundry* (1925) Ltd [1933] A.C. 20 [cit. *Cellulose v Widnes*]; *Temloc Ltd v Errill Properties Ltd* (1988) 4 Const. L.J. 63 [cit. *Temloc v Errill*] där *liquidated damages* var "£ nil", men likväl inte bedömdes som en *penalty*.

<sup>95</sup> Hur en sådan situation skulle se ut processuellt är oklart. Halson menar att om borgenären kräver ersättning för mer än vad som är föreskrivet enligt *liquidated damages*-klausulen kommer gäldenären invända mot detta, men han skriver inte vad som skulle hända om gäldenären *inte* skulle invända, se Halson (2018) s. 75. Huruvida domstolen i så fall får beakta avtalsvillkoret *ex officio* är oklart, men behandlas inte närmare i uppsatsen.

<sup>96</sup> Se *Diestal v Stevenson* [1906] 2 K.B. 345; *Talley v Wolsey-Neech* (1978) 38 P. & C.R. 45; *Tullet v El-Hajjali*; Rättsfallen diskuteras i McGregor (2009) s. 494 f.; Halson (2018) s. 75 ff.; Beale (2021) s. 2200.

<sup>97</sup> Se McGregor (2009) s. 495 f.; Halson (2018) s. 76 ff.; Rättsfallet *Aktieselskabet Reidar v Arcos* [1927] 1 KB 352, särskilt s. 363 brukar ofta användas som typexempel. Frågan faller dock utanför uppsatsens avgränsningar och diskuteras därför inte närmare.

<sup>98</sup> Se McGregor (2009) s. 494.

<sup>99</sup> Se *Cavendish* p. 9 och 291.

till faktiskt visad skada. I praktiken blir det således samma resultat som om klausulen hade strukits helt och hållet från kontraktet: Skadelidande får ersättning för faktisk liden skada.<sup>100</sup> I *Jobson v Johnson* uttalades också att ”a penalty clause in a contract is, in practice, a dead letter”.<sup>101</sup>

#### 2.6.4 *Penalty* är mindre än faktisk liden skada

Eftersom vitesklausulen ska bedömas utifrån *kontraktstillfället* innebär det – även om situationen är ovanlig – att vitesbeloppet, trots att klausulen bedöms vara en *penalty*, kan understiga faktisk liden skada.<sup>102</sup> Frågan uppstår då om vitesbeloppet utgör en övre gräns – ett ”tak” – för skadelidandes ersättning?

I och med att man i rättsfallet *Jobson v Johnson* menar att vitesklausulen *inte* ska strykas ur kontraktet är det möjligt att argumentera för att vitesbeloppet ska utgöra ett tak för vad skadelidande kan kräva. Ett problem med *Jobson v Johnson*-avgörandet är dock att klausulen tog sikte på överförande av viss egendom istället för en förutbestämd monetär summa. Domstolen hade därför incitament till att hitta en lösning för att den skadelidande skulle kunna erhålla just den egendomen. Hade man kommit fram till att vitesklausulen skulle strykas ur kontraktet, skulle resultatet bli att skadelidande istället fått använda sig av allmänna skadeståndsrättsliga regler och då endast få monetär ersättning.<sup>103</sup>

I *Cavendish* kritiserades *Jobson v Johnson* både för att vara felaktigt (”incorrect”<sup>104</sup> och ”wrongly decided”<sup>105</sup>) och otillfredsställande (”unsatisfactory”<sup>106</sup>). Kritiken avsåg dock endast domslutet att befria gäldenären från sin skuld (”grant relief”). Dock uttalade domstolen i *Cavendish* därutöver att domstolen inom engelsk rätt inte har mandat att skriva om (”rewrite”) parternas avtal, men att det var precis vad domstolen i *Jobson v Johnson* gjorde.<sup>107</sup> Hur avgörandet i *Jobson v Johnson* ska tolkas idag är således fortsatt oklart.<sup>108</sup>

I ett annat rättsfall, *Wall v Rederiaktiebolaget*, tilläts skadelidande att ignorera vitesklausulen och kräva full ersättning för faktisk liden skada enligt *unliquidated damages*.<sup>109</sup> Detta sätt att angripa problemet förekommer också i andra äldre rättsfall inom sjöfartsområdet.<sup>110</sup> Rättsfallet har dock kritiserats för att ha tagit allt för stor hänsyn till parternas begreppsanvändning.<sup>111</sup>

---

<sup>100</sup> Se Halson (2018) s. 85 ff.; Beale (2021) s. 2198 och 2234; McGregor (2009) s. 497.

<sup>101</sup> Se *Jobson v Johnson* [1989] 1 W.L.R. 1026 [cit. *Jobson v Johnson*] s. 1038–1046.

<sup>102</sup> Se Halson (2018) s. 88; Angående tidpunkten för bedömningen, se avsnitt 2.5.

<sup>103</sup> Se argumentationen i *Cavendish* p. 84–87; Se även McGregor (2009) s. 497.

<sup>104</sup> Se *Cavendish* p. 283.

<sup>105</sup> Se *Cavendish* p. 87.

<sup>106</sup> Se *Cavendish* p. 42.

<sup>107</sup> Se *Cavendish* p. 87.

<sup>108</sup> Jfr Halson (2018) s. 87.

<sup>109</sup> Se *Wall v Rederiaktiebolaget Luggude* [1915] 3 KB 66 [cit. *Wall v Rederiaktiebolaget*].

<sup>110</sup> Se bl.a. *Winter v Trimmer* [1762] 1 Wm. Bl. 395.

<sup>111</sup> Se Halson (2018) s. 89; Se *Wall v Rederiaktiebolaget* s. 74.

Domstolen har senare avgöranden haft möjlighet att bringa klarhet i frågan, men har då istället valt att lämna frågan öppen<sup>112</sup> eller nöja sig med att konstatera att frågan är ”by no means clear”<sup>113</sup>. Ett antal uttalanden har emellertid gjorts *obiter dictum* som talar för att *penalty*-beloppet utgör ett tak. Bland annat uttalade Lord Ellenborough i ett rättsfall från 1807 att ”[b]eyond the penalty you shall not go; within it, you are to give the party any compensation which he can prove himself entitled to”.<sup>114</sup>

Samtidigt förekommer liknande uttalanden *obiter dictum* som talar för att *penalty*-beloppet inte ska utgöra ett tak. I ett rättsfall från TCC uttalar domare Stephen Davies att, om han hade behövt avgöra frågan, så hade hans position varit att rättsföljden av en *penalty* är att ingen av parterna kan åberopa klausulen, innebärande att även *penalty*-klausulens tak försvinner.<sup>115</sup>

Halson och McGregor är av motsatta uppfattningar vad gäller vilken slutsats som kan dras utifrån praxisen på området. Halson menar å sin sida att *penalty*-klausulen utgör ett tak. På så sätt undviker domstolen den absurda situationen att när skadelidande parts skada överstiger vitesbeloppet, sätts en part som försökt göra en genuin föruppskattning av sin skada i en *sämre* situation än en part som föreskrivit ett vitesbelopp i syfte att straffa sin motpart.<sup>116</sup> Uppfattningen finner stöd i ett kanadensiskt rättsfall som uttalat att:

The party imposing the penalty should not be able to obtain the benefit of whatever intimidating force the penalty clause may have had in inducing performance, and then ignore the clause when it turns out to be to his advantage to do so.<sup>117</sup>

Uttalanden från Kanadas Supreme Court är visserligen inte bindande för engelska domstolar, men kan ändå fungera vägledande.<sup>118</sup>

McGregor menar å andra sidan att uttalandet av domare Bailhache J. i *Wall v Rederiaktiebolaget* fortfarande utgör den starkaste rättskällan och att *penalty*-beloppet således inte utgör ett tak. Han menar att de *obiter dictum* uttalanden som gjorts till stöd för motsatta uppfattning är oacceptabla och förmodligen baserade på den historiska uppfattningen att *penal bonds* utgjorde ett tak för ersättningskravet.<sup>119</sup>

Min analys av rättsläget är, först och främst, densamma som Diplock L.J., nämligen att frågan är ”by no means clear”.<sup>120</sup> Situationen torde i praktiken

---

<sup>112</sup> Se *Cellulose v Widnes* p. 26 där Lord Atkin ”[wishes] to leave open the question whether, where a penalty is plainly less in amount than the prospective damages, there is any legal objection to suing on it, or in a suitable case ignoring it and suing for damages.”.

<sup>113</sup> Se *Robophone Facilities v Blank* [1966] 1 W.L.R. 1428 [cit. *Robophone v Blank*] s. 1446.

<sup>114</sup> Se *Wilbeam v Ashton* [1807] 12 W.L.R. 35.

<sup>115</sup> Se *Steria Ltd v Sigma Wireless Communications Ltd* [2008] BLR 79, p. 114.

<sup>116</sup> Se Halson (2018) s. 89 f.

<sup>117</sup> Se *Elsley v JG Collins Insurance Agencies Ltd* [1978] 2 SCR 916 [cit. *Elsley v JG Collins*] på s. 938.

<sup>118</sup> Jfr *Cavendish* p. 42.

<sup>119</sup> Se McGregor (2009) s. 498; McGregor bortser dock från avgörandet i *Elsley v JG Collins* från Kanadas Supreme Court, något som Halson uppmärksammat. Se Halson (2018) kapitel 3, not 127.

<sup>120</sup> Se *Robophone v Blank* s. 1446.

också vara sällsynt, men tänker vi oss att faktisk liden skada är 100 000 kr och vitesbeloppet uppgår till 10 000 kr är följande tre rättsföljder möjliga:

Situation	Resulterar i vitestyp	Utgör tak för ersättning?	Erhållen ersättning
Borgenär avtalar om tillåten vitesklausul	<i>Liquidated damages</i>	Ja	10 000 kr
Borgenär avtalar om otillåten vitesklausul	Penalty	Ja	10 000 kr
Borgenär avtalar om otillåten vitesklausul	Penalty	Nej	100 000 kr

Jag menar att *penalty*-klausulen i dessa situationer bör utgöra ett tak för vad borgenären kan kräva i ersättning. Om *penalty*-klausulen *inte* utgör ett tak, uppstår nämligen den absurda situationen att en borgenär som avtalar om en för hög och otillåten vitesklausul försätts i en bättre position än en borgenär som avtalar om en ”korrekt” och tillåten vitesklausul.<sup>121</sup> Vidare menar jag att uttalandet från den kanadensiska domstolen i *Elsley v JG Collins* – även om uttalandet inte är bindande för engelsk domstol – utgör ett starkt stöd för att *penalty*-beloppet utgör ett tak. Fram till att engelsk domstol tagit ställning i frågan i ett uttalande *ratio decidendi* måste frågan dock betraktas som oklar.

## 2.7 Begreppsanvändningen

I och med den absoluta gränsdragningen mellan *penalties* och *liquidated damages* samt de starkt kontrasterande rättsföljderna, kan det vara lockande för kontraktsskrivande parter att försöka leda domstolen till en viss tolkning av vitesklausulen. Att vitesbeloppet ska dömas ut ”as and by way of liquidated damages, and not as a penalty” är därför vanligt förekommande.<sup>122</sup>

Lord Dunedins första regel innebar också att parterna *prima facie* kunde antas mena vad de skrivit i kontraktet, men att detta inte var avgörande för hur domstolen sedermera bedömde klausulen.<sup>123</sup> Till och med detta får dock idag anses vara en överdrift, och domstolen lägger numera mycket liten vikt vid parternas begreppsanvändning. Ofta framhålls uttalandet av Bramwell B. i *Sparrow v Paris* som bättre överensstämmande med dagens rättsläge, nämligen att begreppsanvändningen är ”immaterial”.<sup>124</sup>

Att begreppsanvändningen i princip är betydelselös enligt engelsk rätt framstår också som mer eller mindre det enda rimliga. Tänker vi oss istället motsatsen, att parterna genom att föreskriva om *liquidated damages*

<sup>121</sup> Jfr den av Halson förda argumentationen, Halson (2018) s. 89 f.

<sup>122</sup> Skrivelsen förekom bland annat i just *Dunlop*, se *Dunlop* s. 81.

<sup>123</sup> Se avsnitt 2.2; Se även Bailhache J. uttalande om att parternas begreppsanvändning är ”a reason which I am aware is not conclusive, but is certainly weighty.” i *Wall v Rederiaktiebolaget*, s. 74.

<sup>124</sup> Se *Sparrow v Paris* [1862] 1 WLUK 318 [cit. *Sparrow v Paris*]; McGregor (2009) s. 499 f.; Halson (2018) s. 64; Att begreppsanvändningen i princip är betydelselös kan härledas tillbaka till *Kemble v Farren* [1829] 7 WLUK 37 [cit. *Kemble v Farren*]; Se även *Cavendish* p. 15 och 94.

materiellt rättsligt haft möjligheten att binda domstolen, hade överlägsna parter alltför enkelt kunnat utnyttja sin position. Särskilt med tanke på att någon jämningsmöjlighet inte finns inom engelsk rätt.

## 3 Svensk rätt

### 3.1 Terminologi

Uppsatsen har tidigare presenterat en särskild terminologi för svensk rätt som tar sikte på vilket *syfte* som ligger bakom vitesklausulen. Det följande avsnittet syftar till att undersöka hur dessa vitestyper står sig i svensk rätt.

#### 3.1.1 Begränsningsvitet

Begränsningsvitet innebär en ansvarsbegränsning och är enligt Gorton och Samuelsson det vanligaste vitet i kommersiella sammanhang. Borgenären accepterar en något lägre ersättning för eventuellt avtalsbrott jämfört med vad som annars hade utgått enligt allmänna skadeståndsregler. I gengäld erhåller borgenären en bevislättning vad gäller att utkräva vitet jämfört med vad som måste styrkas för att erhålla vanligt allmänt skadestånd.<sup>125</sup>

Att parterna med avtalsvillkor medvetet avtalar om en lägre ersättning uppmärksammas även i förarbetena till 36 § AvtL. Bland annat uttalar man att "[i] praktiken förekommer inte sällan att tryckta avtalsformulär upptar viten eller andra standardiserade ersättningar som måste anses vara mycket låga".<sup>126</sup> Begränsningsintresset uppmärksammas också som ett legitimt intresse av såväl Olsen<sup>127</sup> som Rodhe<sup>128</sup>. Även Taxell tycks instämma i att vitet kan ha ett begränsningssyfte då han framhåller att även gäldenärens fördel av den avtalsenliga regleringen måste beaktas. Taxell gör dock uttalandet främst till stöd för att vitet skulle utgöra en exklusiv reglering av avtalsfrågan.<sup>129</sup> Tydligt stöd för att begränsningsvitets tillåts återfinns dock i praxis, där man i NJA 2010 s. 629, uttalat att "[b]eroende på vilken innebörd en vitesklausul har, kan den tjäna olika ändamål. [...] den kan utgöra en ansvarsbegränsning till förmån för den kontraktsbrytande parten [...]".<sup>130</sup> Det får därför anses okontroversiellt att fastslå att begränsningsvitet utgör ett tillåtet vite.

#### 3.1.2 Ersättningsvitet

Vitets ersättande funktion är sällan ifrågasatt. Taxell menar att det är just ersättningsfunktionen som är vitets vanliga funktion och att parterna då tänkt sig en viss relation mellan vitesbeloppet och den uppkomna skadan.<sup>131</sup> Även Gorton och Samuelsson menar att vitet huvudsakligen syftar till att ersätta skadelidande för prestationsavvikelsen.<sup>132</sup> Vidare talar såväl Olsen som Dryselius om vitets ersättande funktion, även om de inte tycks tala om

---

<sup>125</sup> Se Gorton & Samuelsson (2005) s. 99 och 105.

<sup>126</sup> SOU 1974:83 s. 172.

<sup>127</sup> Se Olsen (1993) s. 30 ff.

<sup>128</sup> Se Rodhe (1956) vid § 47 not 25.

<sup>129</sup> Se Taxell (1972) s. 452. Frågan om vitets exklusivitet diskuteras vidare i avsnitt 3.4.

<sup>130</sup> Se NJA 2010 s. 629 p. 10.

<sup>131</sup> Se Taxell (1972) s. 445.

<sup>132</sup> Jfr Gorton & Samuelsson (2005) s. 88, som dock menar att vitet ofta utgör en begränsning av ersättningsskyldigheten.

ersättningsfunktionen som vitets centrala.<sup>133</sup> Även Fehr lyfter fram vitet som en överenskommelse om framtida ersättning för skada.<sup>134</sup>

Westberg använder sig av begreppet ”normerat skadestånd” och menar att vid sådana avtalsvillkor ska det utdömda vitet fungera som ersättning för en uppkommen skada.<sup>135</sup> Att vitet är en typ av ”normerat skadestånd” uttrycks också av andra författare inom den juridiska litteraturen. Adlercreutz m.fl. menar att vitet är ”ett i förväg normerat skadestånd”<sup>136</sup> och liknande synsätt kommer till uttryck av Ekelöf.<sup>137</sup> Westberg är emellertid den som tydligast pekar på relationen mellan vitesbeloppet (det ”normerade skadeståndet” för att använda Westbergs terminologi) och den faktiskt uppkomna skadan. Jag tolkar det således som att Westbergs användning av normerat skadestånd är synonymt med vad som i uppsatsen benämns som *ersättningsvite*. Min tolkning är dessutom att även övriga författare som talar om det normerade skadeståndet sätter dess ersättande funktion i centrum och att de således syftar på vad som i uppsatsen benämns som *ersättningsvite*.

När Westberg talar om det normerade skadeståndet hänvisar han till förarbetena till nuvarande 36 § AvtL. I dessa talar man om villkor ”som föreskriver att en avtalspart som inte fullgör sina åtaganden ska erlægga ett på förhand bestämt belopp som skadestånd”, samt att detta är villkor ”som innefattar en förhandsuppskattning av framtida skadestånd”.<sup>138</sup> Man tycks alltså i förarbetena här tala om *ersättningsvitet*. Därmed blir det också intressant att notera de uttalanden som görs i samband med att dessa avtalsvillkor diskuteras. Man talar nämligen inte om dessa avtalsvillkor som den typiska vitesklausulen, utan att detta är en *annan* typ av avtalsvillkor som visserligen ”har stora likheter med de typiska vitesklausulerna”.<sup>139</sup> Istället talar man om att det typiska vitet kan ”antas ha till uppgift att utgöra en påföljd med penal karaktär” och att det typiska vitet ”har ett utpräglat preventivt syfte”.<sup>140</sup> Det framstår därför i min mening som att man i förarbetena talar om påtryckningsvitet och/eller straffvitet som det faktiska vitet, och att ersättningsvitet är *något annat*.

Därmed blir det än mer intressant att se närmare på HD:s uttalanden i NJA 2018 s. 834. Domstolen uttalade nämligen här att ”[m]ed vite avses i kontraktsrättsliga sammanhang *en i förväg avtalad ersättning för skada*” samt att vitet ”utgör ett på förhand *normerat skadestånd*” (mina kursiveringar).<sup>141</sup> HD menar alltså att vitet i normalfallet syftar till att *ersätta* den skadelidande parten för den skada som uppstår till följd av avtalsbrottet. Annorlunda uttryckt innebär detta att vitet i normalfallet utgör ett ersättningsvite. För tydlighetens skull tillåter jag mig själv att skriva om HD:s uttalande så att det

---

<sup>133</sup> Se Olsen (1993) s. 23 och 30; Se Dryselius (2019) s. 293 f.

<sup>134</sup> Se Fehr (1913). Se framförallt s. 6–8 och 26 ff. Fehr sätter dock vitets *konfliktlösnings-syfte* tydligt i centrum.

<sup>135</sup> Se Westberg (2020) s. 162.

<sup>136</sup> Se Adlercreutz m.fl. (2016) s. 340.

<sup>137</sup> Se Ekelöf (1942) s. 198–207, se särskilt s. 200.

<sup>138</sup> Se Westberg (2020) s. 162 not 222; Prop. 1975/76:81 s. 141.

<sup>139</sup> Se prop. 1975/76:81 s. 141 f.

<sup>140</sup> Se SOU 1974:83 s. 170 och 172.

<sup>141</sup> Se NJA 2018 s. 834 p. 13 och 26.

överensstämmer med uppsatsens terminologi: ”[m]ed vite avses i kontraktsrättsliga sammanhang [ett ersättningsvite]”. Genom rättsfallet skapar således HD en *in dubio*-regel som lyder: ”Vitesklausuler utgör, *in dubio*, ett ersättningsvite.”

Att här påstå att HD skapat en *in dubio*-regel till förmån för vitets ersättande syfte kan framstå som kontroversiellt och revolutionerande. Men domstolen har i praxis ofta satt just vitets ersättande syfte framför det påtryckande syftet.<sup>142</sup> HD:s uttalande i NJA 2018 s. 834 bör därför inte ses som en anomali.<sup>143</sup> Istället menar jag att uttalandena i förarbetena numera är något missvisande. Villkor som utgör ”ett på förhand bestämt belopp som skadestånd” (det vill säga *ersättningsviten*) är inte avtalsvillkor ”som har stora likheter med den typiska vitesklausulen” – sådana avtalsvillkor är istället just vad som utgör *den typiska vitesklausulen*. Frågan är då vart detta lämnar oss när det gäller påtrycknings- och straffviten.

### 3.1.3 Påtryckningsvitet

Vitets påtryckande funktion är något som, likt vitets ersättande funktion, också ofta framhålls i såväl doktrin som praxis. Andra begrepp som förekommer för att beskriva vad som här benämns som påtryckningsvitet<sup>144</sup> är fullgörandesyftet<sup>145</sup>, vitets disciplinerande funktion<sup>146</sup>, eller att vitet förstärker preventionen mot avtalsbrott<sup>147</sup>. Som nämnt ovan är det inte heller ovanligt att man pratar om att vitet är av ”penal karaktär” när man talar om vitets påtryckande effekt.<sup>148</sup> Det påtryckande syftet ska dock skiljas från det straffande. Som typexempel kan användas det allmänna skadeståndet som brukar hävdas vara såväl påtryckande som ersättande, men inte straffande.<sup>149</sup> Påtryckningsvitets främsta syfte är att försäkra borgenären om att avtalet fullgörs – inte att straffa gäldenären för det fall avtalet inte skulle fullgöras.<sup>150</sup>

Som diskuterats ovan tycks man i förarbetena tala om påtryckningsvitet som det typiska vitet.<sup>151</sup> Vitets påtryckande funktion lyfts också fram i den juridiska litteraturen. Att parterna, om de önskar, får avtala om ett vite i påtryckande syfte, råder det således konsensus om.<sup>152</sup> Enligt Olsen är det ”väl

---

<sup>142</sup> Se Olsen (1993) s. 223 där Olsen undersökt praxis på området. Olsen menar dock att man i praxis har tillmätt konfliktlösningssyftet stor betydelse.

<sup>143</sup> Jfr Dryselius (2022) som menar att uttalandena bör ses som en anomali. Dryselius gör dock uttalandet i samband med att han argumenterar för att uttalandet inte bör tolkas som att svensk rätt innehåller något skaderekvisit. Angående skaderekvisitet, se avsnitt 3.6.

<sup>144</sup> Begreppet är inspirerat av Olsen, se Olsen (1993) s. 225.

<sup>145</sup> Se Dryselius (2019) s. 292 f. Dryselius indelning av vitets olika syften är inspirerat av Taxell, som emellertid använder begreppet ”påtryckningsfunktion”. Se Taxell (1972) s. 442.

<sup>146</sup> Se Samuelsson (2011) s. 223.

<sup>147</sup> Se NJA 2010 s. 629 p. 10.

<sup>148</sup> Se not 54.

<sup>149</sup> Se Westberg (2020) s. 162 not 223.

<sup>150</sup> Jfr Olsen (1993) s. 28 och 30; För hur detta skiljer sig från straffvitet, se avsnitt 3.1.4.

<sup>151</sup> Jfr SOU 1974:83 s. 170 och 172; Prop. 1975/76:81 s. 141 f.

<sup>152</sup> Se bl.a Taxell (1972) s. 442; Adlercreutz m.fl. (2016) s. 240; Gorton & Samuelsson (2005) s. 99; För ytterligare exempel, se Dryselius (2019) s. 292 not 669–670; För en anorlunda åsikt, se Ekelöf (1942) s. 207 som menar att om parterna önskar åstadkomma ett påtryckande syfte, får de avtala om ett offentlighetsrättsligt vite för gäldenären.



den funktion som vanligen förknippas med vitesklausuler”.<sup>153</sup> Liknande synsätt uttrycks av Bullarbo som menar att ”vitets påtryckande funktion är den för vitet mest karaktäristiska funktionen”.<sup>154</sup> Dessutom finner man stöd i NJA 2012 s. 597 för att påtryckningsviten är tillåtna där domstolen uttalade:

En entreprenör som åtagit sig för att utge förseningsvite har emellertid typiskt sett tagit på sig en till beloppet bestämd risk om parten inte fullgör sin prestation enligt avtalet, och detta *oberoende av förseningens följdverkningar* [...] Det hindrar inte att den sammanlagda ersättningen skulle kunna bli så stor att det i undantagsfall kan utgöra ett skäl för att med stöd av 36 § avtalslagen jämka vitesvillkoret [...] (min kursivering).<sup>155</sup>

Även om det således får anses okontroversiellt att fastslå påtryckningsvitets tillåtlighet i svensk rätt, lägger den observanta likväl märke till den andra satsen i ovanstående citat: Om vitesbeloppet är för stort, kan jämkning av vitet bli aktuellt med stöd av 36 § AvtL.<sup>156</sup>

### 3.1.4 Straffvitet – även något om *rättsmissbruksförbudet* och *chikanförbudet*

Straffviten har otvivelaktigt även de en påtryckningseffekt. Det främsta syftet med straffvitet är emellertid att straffa gäldenären. Påtryckningseffekten som uppstår är endast en bieffekt.

Westberg menar att det är oklart om straffviten är tillåtna enligt svensk rätt.<sup>157</sup> Rättsfallet NJA 2018 s. 834, som i viss mån diskuterats ovan, uttrycker att *straffskadestånd* och *böter* är typexempel på sådant som inte har eller behöver ha någon koppling till faktisk liden skada.<sup>158</sup> Frågan uppstår då hur sådana typer av ersättningar står sig i svensk rätt.<sup>159</sup> Viss vägledning går att hitta i ett diskrimineringsfall från HD. Domstolen uttalade i domskälen att det ”preventionspåslag” som görs i avskräckande syfte är en form av straff samt att *straffskadestånd* är något som saknar hävd i svensk rätt.<sup>160</sup>

Ramberg är av uppfattningen att svensk rätt inte tillåter viten i ”repressaliesyfte” och menar att dessa kommer att jämkas av domstolen vid domstolsprövning. Ramberg stödjer sin argumentation på uttalanden gjorda i förarbetena till AvtL.<sup>161</sup> Ser vi till dessa förarbeten uttalar man att det ofta finns anledning att jämka eller åsidosätta ett villkor som endast används i

---

<sup>153</sup> Se Olsen (1993) s. 30.

<sup>154</sup> Se Bullarbo (2016) s. 28.

<sup>155</sup> Se NJA 2012 s. 597 p. 9.

<sup>156</sup> Saken diskuteras närmare i avsnitt 3.5, och påtryckningsvitet särskilt i avsnitt 3.5.5.

<sup>157</sup> Se Westberg s. 162 f.

<sup>158</sup> Se NJA 2018 s. 824 p. 25.

<sup>159</sup> Jfr Dryselius (2021) s. 161 som är kritisk dels till att domstolen skiljer mellan å ena sidan vite och å andra sidan straffskadestånd och böter, dels till att domstolen inte tydliggör hur vitet i så fall förhåller sig till straffskadestånd och böter.

<sup>160</sup> Se NJA 2014 s. 499 I p. 33 och p. 35.

<sup>161</sup> Se Ramberg & Ramberg (2022) s. 228 med hänvisning till prop. 1975/76:81 s. 118 f.; Jfr Ramberg (2017a) s. 243 ff.; Huruvida jämkning faktiskt är korrekt rättsföljd vid straffviten diskuteras närmare under avsnitt 3.5.6.

repressaliesyfte eller för att chikanera motparten.<sup>162</sup> Att chikanera motparten tas även upp i utredningen som exempel på vad som utgör missbruk av rättighet. Med missbruk av rättighet avses de fall då en part utövar en rättighet för att tillgodose ett intresse som inte kan anses vara förtjänt av rättsordningens skydd. Vidare uttalar man att huruvida ett visst intresse är berättigat rättsordningens skydd är något att ta hänsyn till vid tillämpningen av 36 § AvtL, men att svensk rätt saknar uttryckliga bestämmelser om chikan och repressalier.<sup>163</sup> Förarbetena tycks alltså inte skilja mellan *chikanförbudet* och *rättsmissbruksförbudet*. Det gör inte heller Evald som visserligen förespråkar att ett *rättsmissbruksförbud* existerar i dansk rätt, men att denna ”retsmisbrugsregel” innehåller både subjektiva och objektiva element. Evald menar därför att förbudet kan ”ses som en syntese mellem chikaneteorierne og nyare ’retsmisbrugsteorier’”.<sup>164</sup>

För svensk del förespråkar Munukka att ett *rättsmissbruksförbud* existerar. Munukka skiljer mellan det snävare begreppet *chikanförbud* och det bredare begreppet *rättsmissbruksförbud*. Medan det snävare begreppet *chikanförbud* innebär ett förbud mot att hävda en rättighet i syfte att skada någon annan, innebär det bredare *rättsmissbruksförbudet* ett förbud mot att hävda en rättighet som visserligen grundar sig i ett legitimt intresse, men utkrävandet av rättigheten står inte i proportion till motpartens börda.<sup>165</sup>

*Chikanförbudet* diskuteras även av Undén som förespråkar att ett sådant existerar inom svensk rätt. Undén beskriver en chikan som ”ett uppträdande varigenom en person söker utnyttja den formella rättshandling han innehar på ett sätt som är ägnat att skada en annan, utan att något legitimt intresse hos honom själv är för handen eller rentav i direkt skadegörande syfte”.<sup>166</sup> Vidare menar Undén att *chikanförbudet* bygger på uppsåtet att vilja skada sin motpart, och enbart det faktum att utkrävandet av en rättighet åsamkar motparten uppenbar skada ska inte aktualisera *chikanförbudet*.<sup>167</sup> Undén skiljer alltså på *rättsmissbruksförbudet* och *chikanförbudet*.<sup>168</sup>

I min mening är distinktionen mellan *rättsmissbruksförbudet* och *chikanförbudet* viktig, varför de båda kommer att hållas isär under uppsatsen.<sup>169</sup> Det förra utgör ett förbud mot att utkräva en rättighet som visserligen grundar sig

---

<sup>162</sup> Se prop. 1975/76:81 s. 119.

<sup>163</sup> Se SOU 1974:83 s. 155, 162 och 170 f.; Se även gjord hänvisning på sid. 162 till NJA 1951 s. 138; Se även NJA 1996 s. 389.

<sup>164</sup> Se Evald (2001) s. 60; *Rättsmissbruksförbudet* diskuteras även av Westberg, som inte tycks skilja på *chikanförbudet* och *rättsmissbruksförbudet*. Westberg uttalar dock att extremvarianten av rättsmissbruk, det vill säga då en part *enbart* utnyttjar sin rättighet för att skada motparten, kallas för chikan. Se Westberg (2004) s. 131 f.

<sup>165</sup> Se Munukka (2008) s. 158; Jfr även Fehr (1913) s. 12 f. angående vitesvillkor som strider mot lag eller goda seder; Se även Munukka (2007) s. 101–111.

<sup>166</sup> Se Undén (1938) s. 11.

<sup>167</sup> Se Undén (1938) s. 26 f; Att ett subjektivt uppsåt krävs för att aktualisera *chikanförbudet* har kritiserats i annan nordisk doktrin, Jfr Evald (2001) s. 44 f.

<sup>168</sup> För ytterligare diskussion om rättsmissbruk, se Westberg (2004) kapitel 4, särskilt s. 128–133 där Westberg diskuterar behovet av domstolskontroll samt eventuella rekvisit för att *rättsmissbruksförbudet* ska aktualiseras.

<sup>169</sup> Att skillnad ska göras är emellertid inte självklart, se Evald (2001) och särskilt s. 15 ff. för en genomgång av den juridiska litteraturen på området.

i ett legitimt intresse, men där utkrävandet inte står i proportion till motpartens börda. I min mening överensstämmer definitionen med situationen som uppstår då ett påtryckningsvite (vars påtryckande syfte är ett legitimt intresse) blir oskäligt högt och inte längre står i proportion till motpartens börda.<sup>170</sup>

När det gäller straffviten är det istället det snävare *chikanförbudet* som aktualiseras. Detta beror på att syftet med ett straffvite, att straffa sin motpart, inte är ett legitimt intresse. Straffvitet bygger på ett uppsåt att skada sin motpart och kan inte anses göra sig förtjänt av rättsordningens skydd. Straffvitet bör inte heller tillåtas med hänsyn till dess påtryckande effekt. Denna påtryckande effekt är inte ett intresse som eftersträvs vid straffvitesklausulens utformande – det är endast en bieffekt och bör inte legitimera straffvitet som sådant. Jag tillåter mig själv att återigen citera Undéns definition för chikan, som jag alltså menar överensstämmer med straffvitet som ”ett uppträdande varigenom en person söker utnyttja den formella rättshandling han innehar på ett sätt som är ägnat att skada en annan, utan att något legitimt intresse hos honom själv är för handen eller rentav i direkt skadegörande syfte”.<sup>171</sup>

Westbergs sätt att skilja mellan viten som utgör ”normerat skadestånd” och viten som utgör ”straffviten” kritiseras av Dryselius. Dryselius menar för det första att det inte framgår *varför* straffvitet skulle vara otillåtet.<sup>172</sup> För det andra, menar Dryselius att en uppdelning mellan ”normerat skadestånd” (vilket i min mening överensstämmer med ersättningsvitet) och ”straffvite” leder till en distinktion som liknar den engelska varianten med *liquidated damages* och *penalties*. En sådan distinktion blir problematisk när det handlar om vitesbelopp där det inte är helt enkelt att avgöra om det avtalats i syfte att *ersätta* eller i syfte att *straffa*.<sup>173</sup> Jag instämmer i att om vitet enbart delas upp i antingen ersättande eller straffande viten blir distinktionen problematisk. Det är just därför *påtryckningsvitet* tjänar ett viktigt syfte. Genom att skilja på det straffande och påtryckande syftet blir det enklare att förstå hur vitesbelopp som ligger någonstans ”mitemellan” det ersättande och straffande ska bedömas.

## 3.2 Avtalstolkning

Parterna ger sällan någon närmare anvisning om vilka syften som eftersträvs med en vitesklausul. Istället benämns avtalsvillkoret oftast bara som ”vite”, varför det blir aktuellt för domstolen att utifrån avtalstolkning komma fram till vilka syften parterna eftersträvat. I enlighet med uppsatsens syfte och

---

<sup>170</sup> Rättsföljden härav diskuteras i avsnitt 3.5.5; Jfr även NJA 1996 s. 389 där sökanden i och för sig hade rätt att få en granskningsman utsedd i konkursen, men där ansökan om granskningsman ändå lämnades utan bifall då yrkandet inte var förtjänt av rättsordningens skydd.

<sup>171</sup> Se Undén (1938) s. 11; Rättsföljden härav diskuteras i avsnitt 3.5.6.

<sup>172</sup> Att ogiltighet bör gälla som rättsföljd för straffvitet diskuteras i avsnitt 3.5.6.

<sup>173</sup> Se Dryselius (2023) kap. 3, särskilt s. 46 ff.

avgränsningar syftar förevarande avsnitt till att ge en grundläggande förståelse för domstolens tillvägagångssätt då de tolkar ett avtalsvillkor.<sup>174</sup>

Några lagregler för hur avtalstolkningen ska gå till existerar inte i svensk rätt. De avtalstolkningsprinciper som gäller har således utvecklats genom rättspraxis och doktrin.<sup>175</sup> HD har i rättsfallet NJA 2015 s. 741 lagt fram en tolkningsmetod för hur avtal i allmänhet bör tolkas. Enligt denna utgör den gemensamma partsavsikten utgångspunkten för avtalstolkningen och har företräde även framför en tydlig ordalydelse.<sup>176</sup> Om ingen gemensam partsavsikt kan fastställas ska avtalsvillkoret tolkas på objektiva grunder, där ordalydelsen utgör utgångspunkten.<sup>177</sup> Om inte heller ordalydelsen tydligt talar för en viss tolkning ska domstolen gå vidare med att söka ledning i övriga faktorer. Som exempel på sådana övriga faktorer nämner domstolen avtalets ordalydelse, avtalets systematik, avtalets ändamål och syfte, parternas agerande såväl under kontraktförhandlingarna som under kontraktets löptid, samt dispositiv rätt.<sup>178</sup> Dessutom tar HD hänsyn till att avtalsvillkoret ska fylla en förnuftig funktion och en övergripande rimlighetsbedömning görs.<sup>179</sup>

Samtidigt har HD i andra rättsfall betonat att det inte finns någon tolkningsfaktor som ska vara utslagsgivande, utan att det alltid är en samlad helhetsbedömning som ska göras i det enskilda fallet.<sup>180</sup> Att det är en helhetsbedömning där samtliga relevanta omständigheter ska beaktas kom till uttryck redan i förarbetena till avtalslagen.<sup>181</sup>

Även om den gemensamma partsviljan ska utgöra utgångspunkten för avtalstolkningen och har företräde även framför en tydlig ordalydelse, blir det i praktiken ofta ordalydelsen som utgör den faktiska utgångspunkten. Avtalets ordalydelse utgör nämligen ett mycket starkt bevis och man antar att ordalydelsen ger uttryck för parternas gemensamma avsikt.<sup>182</sup> Lehrberg menar till och med att utgångspunkten är att parterna blir bundna av avtalets ordalydelse så som det tolkas objektivt.<sup>183</sup> Det ska dock betonas att parternas begrepps användning inte är utslagsgivande. Domstolen beaktar alltid vad som är parternas reella avsikt och således vad som är avtalets ”reella innebörd”.<sup>184</sup>

Men även efter en tolkning enligt ordalydelsen finns det ofta utrymme för olika tolkningar eller att avtalet fortfarande framstår som oklart. I enlighet med HD:s tolkningsschema ska domstolen då vända sig till övriga faktorer,

---

<sup>174</sup> För en mer detaljerad genomgång av avtalstolkning, se Ramberg & Ramberg (2022) s. 169–217; Adlercreutz & Mulder (2021) s. 132–142; Lehrberg (2020); Bernitz (2018); En mer detaljerad genomgång av tolkningslära och hur man ser på avtalstolkningen görs av Lindbom (2016) s. 24–30.

<sup>175</sup> Se Lehrberg (2020) s. 19; Se även Adlercreutz & Gorton (2010) s. 14.

<sup>176</sup> Se NJA 2015 s. 741 p. 9; Se även Bernitz (2018) s. 88 ff.

<sup>177</sup> Se NJA 2015 s. 741 p. 10; NJA 2014 s. 960 p. 20–21. Svensson kallar detta för ”objektiverad tolkning”, se Svensson (2019) s. 601 ff.

<sup>178</sup> Se NJA 2015 s. 741 p. 10; För en kritisk analys av HD:s uppdelning mellan gemensam partsavsikt och objektiva grunder, se Appelloff (2018).

<sup>179</sup> Se NJA 2015 s. 741 p. 10; jfr också NJA 2014 s. 960 p. 22–23; NJA 2020 s. 822 p. 15.

<sup>180</sup> Se NJA 2018 s. 834 p. 11, som visserligen handlade om försäkringsavtal.

<sup>181</sup> Se Lehrberg (2020) s. 121 med hänvisning till NJA II 1915 nr 5 s. 251.

<sup>182</sup> Se Ramberg & Ramberg (2022) s. 185 f.; Se Adlercreutz & Mulder (2021) s. 136.

<sup>183</sup> Se Lehrberg (2020) s. 115.

<sup>184</sup> Se bl.a. NJA 2000 s. 685, se särskilt s. 701.

där kontexten i vilken avtalet har uppstått blir relevant.<sup>185</sup> Lehrberg benämner detta som ”avtalssituationen som kontext”.<sup>186</sup> Har parterna ett tydligt syfte med avtalet, bör avtalet också tolkas enligt det sätt som bäst uppfyller parternas önskade syfte.<sup>187</sup> Således är alltså inte parternas syfte med avtalet tolkningsdatum för den gemensamma partsavsikten, utan är en av faktorerna att ta hänsyn till då avtalstolkningen görs på objektiva grunder.<sup>188</sup>

Branschpraxis och handelsbruk kan också få betydelse vid avtalstolkningen eftersom det antas att denna överensstämmer med vad parterna förväntat sig.<sup>189</sup> Även särskild avtalspraxis, som till exempel juridiskt språkbruk, kan tillmätas betydelse vid avtalstolkningen.<sup>190</sup>

Den bakomliggande dispositiva rätten ska också diskuteras. Dispositiv rätt utgör nämligen en relevant faktor då avtalet ska tolkas, enligt HD.<sup>191</sup> I ett annat rättsfall har HD också uttalat att det är naturligt att utgå ifrån vad som gäller enligt dispositiv rätt när avtalets innehåll ska bestämmas.<sup>192</sup> Dispositiv rätt får således betydelse både som tolkningsdata vid oklara avtalsvillkor och som kompletterande rätt där luckor i parternas avtal existerar.

Detta sätt att skilja mellan å ena sidan *tolkning* och å andra sidan *utfyllnad* avfärdas av vissa, medan andra menar att en sådan distinktion är nödvändig.<sup>193</sup> Uppsatsen ämnar att försöka skilja mellan de båda, främst eftersom det får viss betydelse vad gäller frågan om vitets exklusivitet.<sup>194</sup> För uppsatsens syfte är det tillräckligt att skilja mellan de båda på så sätt att *tolkning* främst sker utifrån parternas avtal, medan *utfyllnad* sker där avtalstolkningen inte ger något svar och luckor kvarstår som därför måste kompletteras. Kompletteringen sker då på så sätt att luckorna i avtalet fylls ut med dispositiv rätt.<sup>195</sup>

Kort ska även något sägas om tolkning av standardavtal. Här är det sällan möjligt att utröna någon gemensam partsavsikt, varför tolkningen istället får utgå ifrån en objektiv tolkning. När sedan en objektiv tolkning har gjorts, får avtalstolkaren undersöka om eventuella subjektiva fakta ger anledning att frångå den objektiva tolkningen.<sup>196</sup>

### 3.3 Kommersiella parter

---

<sup>185</sup> Jfr NJA 2015 s. 741 p. 10.

<sup>186</sup> Se Lehrberg (2020) s. 165.

<sup>187</sup> Se Lehrberg (2020) s. 167.

<sup>188</sup> Jfr NJA 2015 s. 741 p. 9 och 13; Se Appeltofft (2018) s. 22.

<sup>189</sup> Se Ramberg & Ramberg (2022) s. 195 ff.; Lehrberg (2020) s. 73 och 136 f; Jfr även Bernitz (2018) s. 95.

<sup>190</sup> Se Lehrberg (2020) s. 138 f.

<sup>191</sup> Se NJA 2015 s. 741 p. 8.

<sup>192</sup> Se NJA 2012 s. 597 p. 13.

<sup>193</sup> Ramberg & Ramberg menar det är lönlöst att göra en strikt skillnad och att det istället handlar om en helhetsbedömning i det enskilda fallet, se Ramberg & Ramberg (2022) s. 185. Lehrberg menar istället att en distinktion är nödvändig, se Lehrberg (2020) s. 28 ff. Även Adlercreutz och Gorton delar in avtalstolkningen (i vid bemärkelse) i *tolkning* (i inskränkt bemärkelse) och *utfyllning*, se Adlercreutz & Gorton (2010) s. 15.

<sup>194</sup> Se avsnitt 3.4.

<sup>195</sup> Se Dryselius (2022) s. 157–160; Jfr Lehrberg (2020) s. 28 ff.; Bernitz (2018) s. 96 f.

<sup>196</sup> Hedwall (2004) s. 84 ff.; Bernitz (2018) s. 99; jfr NJA 2015 s. 741 p. 9.

Att jämkning ska ske med större restriktivitet i kommersiella sammanhang uttalades redan i förarbetena. Främst två anledningar gör sig här gällande. För det första, antas kommersiella parter vara någorlunda jämställda i ”ekonomiskt och kunskapsmässigt avseende” och därför kunna tillvarata sina intressen på egen hand. För det andra antas kommersiella parter ha ett större behov av förutsebarhet. Vitet innebär därför i kommersiella avtal ofta en medveten spekulation och riskfördelning mellan parterna vilket kräver att avtalsfriheten upprätthålls i större utsträckning.<sup>197</sup> Kommersiella parter antas med andra ord ha ett tydligare konfliktlösningssyfte bakom avtalsvillkoren.

Den restriktiva hållningen när det gäller jämkning av kommersiella avtal bekräftas i doktrin. Gorton och Samuelsson menar att det mycket sällan bör bli aktuellt att jämka ett avtalsvillkor som författats av två kommersiella parter.<sup>198</sup> Bernitz framhåller, likt förarbetena, att vitesklausuler i kommersiella avtal kan antas ha ett tydligare konfliktlösningssyfte samt att kommersiella parter anses vara kapabla att tillvarata sina intressen. Dessutom menar Bernitz att kommersiella parter oftare avtalar om vitesklausuler i påtryckande syfte och att domstolen av dessa anledningar bör vara mycket försiktiga med att tillämpa 36 § AvtL på kommersiella avtal.<sup>199</sup> von Post är av något annorlunda uppfattning och tycks argumentera för en mer generös tillämpning av generalklausulen även då det visserligen är fråga om två kommersiella parter, men där den ena parten likväl intar en underlägsen ställning.<sup>200</sup> Men även vid sådana mindre ojämlikheter tycks HD inta en restriktiv hållning. I ett rättsfall som rörde en skiljeklausul i ett franchiseavtal uttalade HD att franchisetagaren visserligen intar en underlägsen ställning, men att utgångspunkten när det gäller 36 § AvtL är att avtalet ska stå sig som det är.<sup>201</sup>

Ser vi till det mer specifika avtalsvillkoret vite, som är vad uppsatsen utreder, finns ännu inte något rättsfall från HD där man jämkat en vitesklausul i kommersiella avtal. Frånvaron av sådan praxis får sägas ge stöd för att jämkning av vitesklausuler i kommersiella avtal sker med stor restriktivitet.<sup>202</sup>

Ett fall från Svea HovR visar tydligt på den restriktiva hållning som intas när det gäller jämkning av kommersiella avtal. Tvisten gällde ett avtalsvillkor som föreskrev att om avbeställning gjordes *senare* än 30 dagar innan ”materialdag” skulle full ersättning utgå. Om avbeställning däremot gjordes *tidigare* än 30 dagar innan ”materialdag” skulle istället ingen ersättning utgå. Domstolen ansåg därför att villkoret inte innebar en obalans mellan parterna. Någon anledning att jämka ersättningen – trots borgenären lidit endast mycket liten eller ingen skada alls – fanns inte.<sup>203</sup>

---

<sup>197</sup> Prop. 1975/76:81 s. 104 och 119; Jfr även NJA 1979 s. 483 på s. 515.

<sup>198</sup> Se Gorton & Samuelsson (2005) s. 85 ff.

<sup>199</sup> Se Bernitz (2018) s. 172; Se även Katzin (1984) s. 14 f. för liknande resonemang; Även Norlén framhåller att kommersiella parter antas kunna tillvarata sina egna intressen på ett bättre sätt än konsumenter, se Norlén (2004), särskilt s. 417 och s. 425.

<sup>200</sup> Se von Post (1999), särskilt kap. 6.

<sup>201</sup> Se NJA 1992 s. 290.

<sup>202</sup> Se Ramberg & Ramberg (2022) s. 227; I en tidigare upplaga hänvisar dock Ramberg & Ramberg till två rättsfall från Danmark där jämkning skett, nämligen i U 1979.931 Ø och U 1994.989 H. Se Ramberg & Ramberg (2019) s. 280 not 18.

<sup>203</sup> Se Svea HovR dom 2010-11-03 i mål T 4552-10.

HD har dock uttalat att det inte är uteslutet att jämka vitesklausuler i kommersiella avtal.<sup>204</sup> I HovR finns det också exempel på när jämkning också har skett. I ett mål från Svea HovR bestred entreprenören att entreprenaden var behäftad med fel och att den därför skulle godkännas. HovR slog emellertid fast att besiktningsmannens bedömning att entreprenaden var behäftad med fel var korrekt. Således var entreprenaden försenad och beställaren hade rätt till förseningsvite. Felen hade vid dagen för dom ännu inte avhjälpats, vilket innebar att förseningsvite skulle utgå för 150 veckor, motsvarande drygt 16 miljoner kr. Entreprenaden hade emellertid tagits i bruk, då felet inte var av det allvarligare slaget. Jämkningsmöjligheten enligt standardkontraktet som användes, ABT 94, hade avtalats bort av parterna. HovR uttalade att själva bortavtalandet av jämkningsbestämmelsen i ABT 94 i sig inte var oskäligt, men att förseningsvitesbeloppet, med hänsyn till felets betydelse, kommit att bli oskäligt. HovR satte därför ned förseningsvitet till 3,5 miljoner kr.<sup>205</sup> Det kan dock noteras att domstolen inte jämkade förseningsvitet som sådant, utan man valde att förklara bortavtalandet av jämkningsmöjligheten enligt ABT 94 som ogiltigt. I praktiken leder det dock till samma praktiska resultat som om själva avtalsvitet hade jämkats istället, och min uppfattning är därför att domstolen val av tillvägagångssätt inte bör tillmätas någon betydelse.

### 3.4 Vitets exklusivitet

Redan inledningsvis ska det konstateras att vitesbeloppets exklusivitet främst är en materiell fråga som kan avgöras genom en överenskommelse mellan parterna. Har parterna tydligt avtalat om vitets exklusivitet eller icke-exklusivitet gäller således det.<sup>206</sup> Vitet utgår alltid som en följd av avtalsbundenhet, varför frågan om vitets exklusivitet inte aktualiseras då vitesbeloppet är större än faktisk liden skada.<sup>207</sup> Kumulation<sup>208</sup> av vite och skadestånd sker nämligen inte. Även om vitesklausulen skulle vara icke-exklusiv dras därför ersättningen som utgår på grund av vitesklausulen av från ersättningen från det allmänna skadeståndet. Överstiger vitesbeloppet då faktisk liden skada blir därför skadelidandes ersättning, oavsett om vitet är exklusivt eller icke-exklusivt, lika med vitesbeloppet.<sup>209</sup> Frågan om vitets exklusivitet blir därför endast intressant om borgenären vill ha högre ersättning än det överenskomna vitesbeloppet och om vitesbeloppet i så fall utgör en maximiersättning.

---

<sup>204</sup> Jfr NJA 2012 s. 597 p. 9.

<sup>205</sup> Se Svea HovR dom 2014-12-15 i mål T 404–14.

<sup>206</sup> Se Dryselius (2019) s. 222 f.; Dryselius (2023) s. 77 f.

<sup>207</sup> Se Dryselius (2019) s. 229; Dryselius (2023) s. 76; Se även Taxell (1972) s. 450 f. där Taxell menar att borgenären inte kan välja mellan att kräva ersättning enligt vitesklausulen eller allmänna skadeståndsregler – avtalsbundenheten gäller för båda parter.

<sup>208</sup> Begreppet ”kumulation” används här *inte* enligt sin processuella betydelse.

<sup>209</sup> Se Olsen (1993) s. 137; Dryselius (2019) s. 248; Att kumulation av vite och skadestånd inte sker är allmänt vedertaget i doktrinen, se Dryselius (2019) s. 248 not 570 och däri gjorda litteraturhänvisningar.

Frågan om vitets exklusivitet har behandlats i NJA 2010 s. 629. Man uttalade här att det inom den nordiska litteraturen råder delade meningar om avtalsvitet är exklusivt.<sup>210</sup>

När det gäller vitets exklusivitet ställs ersättnings- och påtryckningssyftet mot begränsnings- och konfliktlösningssyftet. Sätts vitets ersättnings- eller påtryckningssyfte i centrum talar det för att vitet ska anses icke-exklusivt eftersom vitesbeloppet annars inte ersätter borgenären fullt ut och i så fall inte heller utgör något påtryckningsmedel gentemot gäldenären. Sätts istället konfliktlösningssyftet i centrum talar det för att vitet ska anses exklusivt, eftersom skadelidande då inte kan få någon ersättning utöver vitesbeloppet. Det blir därför mer eller mindre lönlöst att föra bevisning om faktisk liden skada och dra tvisten inför domstol för att få ut ett högre ersättningsbelopp, något som tillgodoser just konfliktlösningssyftet. Att vitet ska anses exklusivt blir kanske än tydligare då begränsningssyftet sätts i fokus. Ett icke-exklusivt vite ger ju skadelidande ersättning med *minst* faktisk liden skada, eftersom skadelidande kan få ersättning enligt allmänna skadeståndsregler för differensen. Anses vitet icke-exklusivt, faller därför hela begränsningssyftet.<sup>211</sup>

Taxell och Olsen menar att vitesklausulen, *in dubio*, ska anses exklusiv. Taxell menar att eftersom vitesklausulen sällan ger någon vägledning om vilka syften som eftersträfvats får vitesklausulen tolkas i enlighet med dess vanliga syften och funktioner. Taxell sätter här konfliktlösningssyftet i centrum då han menar att vitesklausulen främst är ett avtalsvillkor som reglerar en riskfördelning mellan parterna.<sup>212</sup> Olsen framhåller också konfliktlösningssyftet, främst med hänsyn till gäldenärens behov av att kunna förutse storleken på ett eventuellt ersättningsansvar.<sup>213</sup> Tydligast fokus på konfliktlösningssyftet har emellertid Fehr och menar att vitesbeloppet i princip alltid ska dömas ut så som det är avtalat mellan parterna.<sup>214</sup>

Gorton och Samuelsson argumenterar också för vitets exklusivitet, men främst med anledning av att vitet ofta är ett begränsningsvite. De framhåller dock även vitets konfliktlösningssyfte. Till syvende och sist menar de dock att frågan måste avgöras med avtalstolkning.<sup>215</sup>

Just betydelsen av att vitesklausulens exklusivitet måste *tolkas* in i avtalet är en central del av Dryselius argumentation, som till skillnad från bland annat Olsen, Taxell och Fehr menar att vitet *in dubio* är icke-exklusivt. Om man utifrån *tolkning* av avtalet kommer fram till att parterna avtalat om exklusivitet gäller dock det, eftersom frågan är materiell. Dryselius diskuterar de båda rättsfallen NJA 2010 s. 629 och NJA 2014 s. 960. I det förra fallet uttalade nämligen domstolen att någon generell *in dubio*-regel inte existerar, utan att vitesklausuler ”får tolkas utan tillämpning av en sådan hjälpregel”.<sup>216</sup> I det

---

<sup>210</sup> Se NJA 2010 s. 629 p. 11 och däri gjorda litteraturhänvisningar.

<sup>211</sup> Jfr Taxell (1972) s. 451 f.; Olsen (1993) s. 138 ff.; Dryselius (2019) s. 295.

<sup>212</sup> Se Taxell (1972) s. 452.

<sup>213</sup> Se Olsen (1993) s. 143 och 227.

<sup>214</sup> Se Fehr (1913) s. 25 ff. Frågan om jämkning tas upp närmare i avsnitt 3.5.

<sup>215</sup> Se Gorton & Samuelsson (2005) s. 99 och 105.

<sup>216</sup> Jfr NJA 2010 s. 629 p. 12–13.



senare fallet bedömde man emellertid vitesklausulen som exklusiv.<sup>217</sup> Dryselius menar därför, att eftersom man i 2010 års fall kom fram till att det inte fanns någon utfyllande dispositiv rätt som gjorde vitet exklusivt, måste man i det enskilda fallet i 2014 års fall ha *tolkat* in en norm om att vitet är exklusivt. Det är nämligen, enligt Dryselius, det enda sättet som rättsfallen är förenliga med varandra.<sup>218</sup> Liknande resonemang förs av Frisk, vars slutsats är att den av Olsen och Taxell förespråkade in dubio-regeln inte utgör gällande rätt.<sup>219</sup>

Jag drar en liknande slutsats som Frisk, och menar att Dryselius tolkning av rättsläget är korrekt. För att vitesklausulen ska anses exklusivt reglera ersättningsfrågan krävs det att exklusiviteten kan *tolkas* in. Är det inte möjligt, måste avtalet fyllas ut. Någon dispositiv norm som anger att vitet skulle vara exklusivt finns – i enlighet med uttalandet i NJA 2010 s. 629 p. 12 – inte. Det sagda innebär emellertid inte att Taxell och Olsen har helt och hållet fel i sina respektive argumentationer. I många avtal finns det stöd för att *tolka* vitet som exklusivt.<sup>220</sup> Det gäller särskilt i kommersiella avtal, där parternas konfliktlösnings syfte antas vara särskilt starkt.<sup>221</sup> På samma sätt kan vitesklausulen *tolkas* som exklusiv om man genom avtalstolkning kommer fram till att parterna avsett ett begränsningsvite. Ett begränsningsvite förutsätter ju att vitet är exklusivt, annars faller hela begränsningssyftet. Dock är vitet, *in dubio*, icke-exklusivt.<sup>222</sup> Slutsatsen stämmer för övrigt väl överens med den ovan förda argumentationen om att vitet, *in dubio*, utgör ett ersättningsvite.<sup>223</sup>

## 3.5 Jämkning enligt 36 § AvtL

### 3.5.1 Inledning

Det är viktigt att slå fast vad som gäller enligt avtalet *innan* frågan om eventuell jämkning aktualiseras. För att citera Adlercreutz och Gorton: ”först måste en bestämmelses innebörd och tillämplighet fastställas innan dess skälighet prövas”.<sup>224</sup> Således är det utifrån avtalstolkning domstolen ska avgöra vilken typ av vitesklausul parterna avtalat om. Är parterna oense om vilket syfte vitesklausulen har, är det *in dubio* ett ersättningsvite.<sup>225</sup> I enlighet med vad som sagts ovan är det också via avtalstolkning man måste avgöra om vitet är exklusivt eller inte. Det är också utifrån avtalstolkning domstolen måste slå fast hur starkt konfliktlösnings syfte som eftersträvats vid författandet av

---

<sup>217</sup> Se NJA 2014 s. 960.

<sup>218</sup> Se Dryselius (2019) s. 238–248; Se även Dryselius (2023) s. 82 ff., särskilt s. 87 f.

<sup>219</sup> Se Frisk (2019) s. 48 ff.

<sup>220</sup> Jfr Dryselius (2023) s. 15 f. och däri diskuterat citat från Göteborgs tingsrätts dom 2022-11-23 i mål nr T 5523–21.

<sup>221</sup> Jfr avsnitt 3.3 om kommersiella parter.

<sup>222</sup> Om betydelsen av begreppet *in dubio*, nämligen att en *in dubio*-regel är en materiell regel som är både förhands- och efterhandsdispositiv, se Dryselius (2019) s. 246 not 556; Se vidare Adestam & Arvidsson (2017), Lag (1936:81) om skuldebrev, avsnitt 1.2.2 In dubio-regler, Lexino 2017-11-01 (JUNO), som också är dit Dryselius hänvisar.

<sup>223</sup> Se avsnitt 3.1.2.

<sup>224</sup> Se Adlercreutz & Gorton (2010) s. 118; Jfr även Westberg (2020) s. 524 f.

<sup>225</sup> Se avsnitt 3.1.2.

vitesklausulen. Det är först när dessa frågor besvarats, genom avtalstolkning, som domstolen kan ta ställning till om vitet ska jämkas.

Tidigare tog 36 § AvtL sikte på enbart vitesklausuler men i förarbetena till den nya generalklausulen uttalades att viten numera skulle bedömas enligt samma principer som andra avtalsvillkor.<sup>226</sup> Således blir det inte heller lika relevant att avgöra om samtliga viten (*begränsnings-, ersättnings-, påtrycknings-, och straffvitet*) utgör viten i faktisk mening eller om det är fråga om en annan typ av avtalsvillkor som istället har stora likheter med vitet – bedömningen ska ske enligt samma riktlinjer.<sup>227</sup>

### 3.5.2 Betydelsen av rättsföljd

Rättsföljden av 36 § AvtL är antingen jämkning eller åsidosättande/ogiltighet (lämnas utan avseende). Det senare skapar en lucka i avtalet som därför fylls ut med dispositiv rätt. Den dispositiva rätten, när det gäller vitesklausuler, är allmänt skadestånd. Det innebär att om vitesklausulen *åsidosätts* får skadelidande ersättning för den skada han kan visa att han lidit till följd av avtalsbrottet. Annat blir fallet om vitesklausulen *jämkas*, eventuellt hela vägen ner till noll. Att domstolen *jämkar* hela vägen ner till noll har ibland jämförts med att ”lämna utan avseende”. Som Dryselius påpekar är det felaktigt eftersom *jämknings* (men inte åsidosättande) utesluter tillämpningen av dispositiv rätt. Antar vi att vitesklausulen anses vara exklusiv och domstolen väljer att *jämka* vitesklausulen till noll, blir den skadelidande därmed utan ersättning. I praktiken blir konsekvensen att parterna implicit anses ha avtalat om att någon ersättning inte ska utgå. Liknande gäller om domstolen *jämkar* till ett belopp som understiger faktisk liden skada, men ändå mer än noll. Skadelidande står här utan möjlighet att få avtalet utfyllt med dispositiv rätt.<sup>228</sup>

### 3.5.3 Oskälighet är ett relationsbegrepp – om abstrakt och konkret bedömning

Som Grönfors och Dotevall uttrycker det, är *oskälighet* ett relationsbegrepp. För att kunna avgöra om något ska jämkas på grund av dess oskälighet måste man således avgöra vad avtalsvillkoret ska vara oskäligt i förhållande till. Grönfors och Dotevall menar att man ska ställa sig frågan: ”Är avtalsvillkoret oskäligt *i jämförelse med vad?*”. I min mening är frågan mycket viktig att besvara då man ska ta ställning till jämkningsfrågan, särskilt vad gäller vitesklausuler. Då frågan aktualiseras framöver hänvisas därför helt enkelt till ”Grönfors och Dotevalls fråga”.<sup>229</sup>

Vidare delar Grönfors och Dotevall in oskälighetsbedömningen i en *abstrakt bedömning* och en *konkret bedömning*. Den abstrakta bedömningen ställer sig frågan om villkoret är ogiltigt *som sådant*. Det vill säga om villkoret avviker i så pass hög grad från vad som kan anses godtagbart att *oavsett* vilka andra omständigheter som föreligger i det enskilda fallet, är avtalsvillkoret

<sup>226</sup> Prop. 1975/76:81 s. 37.

<sup>227</sup> Jfr det i avsnitt 3.1.2 förda resonemanget om vad som utgör det *faktiska* vitet.

<sup>228</sup> Se Dryselius (2019) s. 256–259.

<sup>229</sup> Se Grönfors & Dotevall (2016) under rubriken 8 Allmänt om oskälighetsrequisitet.

oskäligt. Det ska dock påpekas, likt Grönfors och Dotevall också gör, att det är mycket sällsynt att ett avtalsvillkor kan förklaras oskäligt redan vid en *abstrakt bedömning*. Istället blir det nästan alltid aktuellt att göra en *konkret bedömning*. Den konkreta bedömningen ställer sig istället frågan om villkoret är oskäligt utifrån de omständigheter och förhållanden som råder i det enskilda fallet?<sup>230</sup>

Detta sätt att se på avtalsvillkoret och bedöma dess oskälighet beroende på kontexten kommer också till uttryck i praxis. Det avgörande för oskäligheten har då varit ”tillämpningen av avtalsvillkoret i det enskilda fallet”. Ett rättsfall från Svea HovR visar tydligt på skillnaden mellan abstrakt bedömning och konkret bedömning. Domstolen uttalade här att:

Detta villkor kan inte generellt anses leda till oskälighet [det vill säga redan vid en *abstrakt bedömning*, mitt tillägg]. Det måste därför enligt hovrättens mening åligga leasetagaren att i det enskilda fallet åberopa omständigheter som visar att tillämpningen skulle vara oskälig [det vill säga vid en *konkret bedömning*, mitt tillägg].<sup>231</sup>

Enligt von Post är uppdelningen mellan abstrakt och konkret bedömning bara en förenkling av det schema som han menar följer redan av motiven till 36 § AvtL. von Post tycks emellertid inte kritisera uppdelningen mellan abstrakt och konkret bedömning som sådan.<sup>232</sup> Jag menar att Grönfors och Dotevalls uppdelning mellan abstrakt och konkret bedömning fyller ett, åtminstone för uppsatsen, pedagogiskt syfte, varför terminologin kommer att användas fortsättningsvis.

#### 3.5.4 Rättsföljd då avtalstolkningen resulterar i att vitet utgör ett ersättningsvite

Vitet kan bedömas som ett ersättningsvite på två olika sätt. Antingen för att domstolen genom avtalstolkning kommit fram till att parternas huvudsakliga syfte med vitesklausulen varit att ersätta borgenären för den skada han lidit, eller för att *något annat* syfte än det ersättande inte kunnat tolkas in i avtalsvillkoret, varför man fått falla tillbaka på *in dubio*-regeln.

I förarbetena till 36 § AvtL har man uttalat att vitesklausuler i allmänhet ska bedömas utifrån förhållandet mellan å ena sidan överträdelsens karaktär och faktisk liden skada och å andra sidan vitesbeloppet. Än mer central blir den faktiskt lidna skadan, enligt förarbetena, vid avtalsvillkor som utgör en ”normaliserad ersättning”. Jämkning av sådana avtalsvillkor är nämligen

---

<sup>230</sup> Se Grönfors & Dotevall (2016) under rubriken 8 Allmänt om oskälighetsrekvisitet; Jfr även prop. 1975/76:81 s. 33 ff. och 111.

<sup>231</sup> Se RH 1991:52; Se även NJA 1955 s. 661 där HD också talar om klausulen i det enskilda fallet.

<sup>232</sup> För en fullständig redogörelse för hur von Post menar att man kan dela in oskälighetsbedömningen enligt förarbetena till 36 § AvtL, se von Post (2019) s. 34 f; För hur andra författare utformat liknande tillämpningsmodeller, se von Post (2019) s. 36 ff.

särskilt aktuellt om ”förlusten i det särskilda fallet klart understiger det faktiska beloppet”.<sup>233</sup>

Att faktisk liden skada är det som ska ta störst hänsyn till vid jämningsfrågan finner även stöd i doktrin. Taxell uttalar till exempel att då parternas syfte med klausulen varit ersättande, har parterna tänkt sig ett visst förhållande mellan ersättningen och faktisk skada. Om vitesbeloppet i sådana fall klart överstiger den faktiskt lidna skadan rubbas avtalsbalansen, vilket talar för jämkning av vitet.<sup>234</sup> Ekelöf är kanske den som tydligast sätter vitesklausulens ersättande funktion och kravet på en nära relation till faktisk liden skada i centrum när det gäller jämkning av viten.<sup>235</sup> På Grönfors och Dotevalls fråga blir därför svaret när det gäller ersättningsvitet: ”faktisk liden skada”.

Frågan uppstår då om varje diskrepans mellan faktisk skada och vitesbeloppet ska resultera i jämkning. Så kan självklart inte vara fallet, eftersom det skulle skada vitets konfliktlösningssyfte allt för mycket. Dessutom innehåller ofta även ersättningsvitet ett påtryckningssyfte som inte kan bortses ifrån.<sup>236</sup> Konfliktlösningssyftet gör sig än mer gällande mellan kommersiella parter, som också anses kunna tillvarata sina intressen på ett bättre sätt, varför jämkning sker med ytterligare restriktivitet i kommersiella förhållanden.<sup>237</sup> Några generella riktlinjer för hur mycket jämkning som ska ske går därför inte att uttala sig om. Bedömningen måste göras utifrån omständigheterna i det enskilda fallet och med hänsyn till samtliga relevanta omständigheter.

### 3.5.5 Rättsföljd då avtalstolkningen resulterar i att vitet utgör ett påtryckningsvite

Även om man i förarbetena avfärdar att dra en skarp gräns mellan vitesklausuler beroende på klausulens karaktär eller syften, uttalar man samtidigt att det ändå är av betydelse för jämningsfrågan att utreda vilket huvudsakligt syfte parterna haft med vitet.<sup>238</sup> Man menar dessutom att ett utkrävande av vitesbelopp som överstiger faktisk skada kan vara berättigat ”därför att påföljden har andra syften än att endast ersätta förlust [...]”.<sup>239</sup>

Att parternas syfte med vitesklausulen måste beaktas vid jämningsfrågan finner även stöd i doktrin. Taxell menar att om parternas syfte varit påtryckande bör inte vitet sättas ned till ett belopp som skulle innebära att klausulen förlorar sin påtryckningsfunktion. Borgenärens *intresse* av fullgörelse är

---

<sup>233</sup> Se SOU 1974:83 s. 170 f.

<sup>234</sup> Se Taxell (1972) s. 445.

<sup>235</sup> Se Ekelöf (1942) s. 199 f.; Se vidare avsnitt 3.1.2 och däri gjorda hänvisningar till doktrin angående ersättningsvitet.

<sup>236</sup> Angående vitets blandade karaktär, se prop. 1975/76:81 s. 141 och SOU 1974:83 s. 170; Jfr även Taxell (1972) s. 446 om att hänsyn ska tas även till borgenärens övriga intressen förutom det ersättande, däribland det påtryckande och konfliktlösande intresset; Se även Olsen (1993) s. 123 ff. om att konfliktlösningssyftet innebär att en viss diskrepans mellan vitesbeloppet och faktisk skada måste accepteras.

<sup>237</sup> Se avsnitt 3.3.

<sup>238</sup> Se prop. 1975/76:81 s. 142; SOU 1974:83 s. 170.

<sup>239</sup> Se prop. 1975/76:81 s. 43 f.; SOU 1974:83 s. 155 f.

också av betydelse, enligt Taxell.<sup>240</sup> Liknande uttalanden görs av Klami-Wetterstein som menar att identifieringen av vitesklausulens bakomliggande syften är ”centralt vid bedömningen av vitesklausulen”.<sup>241</sup> Att borgenärens intresse måste beaktas vid jämningsfrågan uttrycks också av Olsen, som dessutom menar att ju större hänsyn som tas till faktisk liden skada, desto mindre tillgodoses påtryckningssyftet och konfliktlösningssyftet.<sup>242</sup> Även Samuelssons ståndpunkt lyftas fram, som är av åsikten att det föreligger en betydande skillnad när det gäller att styrka oskälighet beroende på om det är fråga om ett påtryckningsvite jämfört med om det handlar om ett ersättningsvite.<sup>243</sup>

Att borgenären har ett *intresse* av att vitesbeloppet överstiger faktisk liden skada är ett uttalande som återkommer även i praxis. HD har i flera fall valt att inte jämkna en vitesklausul trots att differensen mellan faktisk liden skada och vitesbelopp varit stor eftersom borgenären har ansetts ha ett tillräckligt starkt *intresse* av att vitesbeloppet ska överstiga faktisk liden skada.<sup>244</sup>

Jag menar därför att det finns stöd för att man bör skilja mellan ersättningsvitet och påtryckningsvitet eftersom jämkning sker på olika sätt beroende på vilken vitestyp det är fråga om. Medan svaret på Grönfors och Dotevalls fråga vad gäller ersättningsviten besvaras med ”faktisk liden skada”, gäller istället för påtryckningsviten att samma fråga besvaras med att oskäligheten ska bedömas i förhållande till ”borgenärens intresse av att vitet ska utgöra ett påtryckningsmedel”. Jag menar därför att påtryckningsvitet kan undgå jämkning i situationer där ett ersättningsvite hade jämkats. Kommer man genom avtalstolkning fram till att parterna avtalat om ett påtryckningsvite krävs således större diskrepans mellan faktisk liden skada och vitesbeloppet för att jämkning ska aktualiseras.

Det innebär dock inte att vilken diskrepans som helst mellan faktisk liden skada och vitesbelopp kan accepteras. Likt HD uttalade i NJA 2012 s. 597 finns det situationer där ersättningen blir så stor att det blir aktuellt att jämkna vitet med stöd av 36 § AvtL.<sup>245</sup> Vitesbeloppet har då blivit oskäligt i förhållande till ”borgenärens intresse av att vitet ska utgöra ett påtryckningsmedel” (vilket var svaret på Grönfors och Dotevalls fråga när det gäller påtryckningsvitet). Påtryckningsvitet har dock kommit att bli oskäligt först utifrån en *konkret* bedömning.<sup>246</sup> Ett annat sätt att se på det är utifrån *rättsmissbruksförbudet* då påtryckningsvitet visserligen grundar sig i ett legitimt intresse (intresset av att vitet ska fungera som påtryckningsmedel), men där utkrävandet av vitesbeloppet inte står i proportion till motpartens börda. Att i dessa

---

<sup>240</sup> Se Taxell (1972) s. 442 och 445 f.

<sup>241</sup> Se Klami-Wetterstein (2018) s. 165 f.

<sup>242</sup> Se Olsen (1993) s. 37 och 95 ff.

<sup>243</sup> Se Samuelsson (2011) s. 223 ff. Samuelsson beskriver dessa som vitets ”disciplinerande funktion” och vitets ”kompenserande funktion”.

<sup>244</sup> Se bl.a. NJA 1948 s. 572 och NJA 1957 s. 279.

<sup>245</sup> Se NJA 2012 s. 597 p. 9.

<sup>246</sup> Se avsnitt 3.5.3.

situationer utkräva rättigheten utgör ett rättsmissbruk som inte tillåts av svensk domstol, med jämkning som rättsföljd.<sup>247</sup>

Frågan är då hur mycket vitesklausulen ska jämkas. Varken doktrin eller praxis ger något tydligt svar på frågan. Det beror förmodligen på att något generellt svar, likt vid ersättningsvitet, inte är möjligt att ge. Taxell är kanske den som kommer närmast att besvara frågan i och med sitt uttalande om att nedsättning inte bör ske till ett belopp där vitet inte längre uppfattas som ett påtryckningsmedel.<sup>248</sup> För egen del menar jag att eftersom påtryckningsvitet i sig är tillåtet, bör jämkning stanna vid det belopp som kan anses hålla sig inom tillåtlighetens ramar. I praktiken är det självfallet ingen enkel uppgift att avgöra exakt vart gränsen mellan skäligt och oskäligt går.<sup>249</sup>

### 3.5.6 Rättsföljd då avtalstolkningen resulterar i att vitet utgör ett straffvite

Utifrån den i avsnitt 3.1.4 gjorda utredningen menar jag att straffvitet är främmande för svensk rätt och att sådana därför kommer att jämkas eller åsidosättas i enlighet med 36 § AvtL. Frågan är då vilken rättsföljd som ska följa om avtalstolkningen resulterar i att vitet utgör ett straffvite. Om rättsföljden är jämkning existerar fyra olika jämkningsmöjligheter: (i) Jämkning ner till noll, (ii) jämkning ner till faktisk visad skada, (iii) jämkning till det belopp som hade ansetts skäligt om det varit fråga om ett ersättningsvite, eller (iv) jämkning till det belopp som hade ansetts skäligt om det varit fråga om ett påtryckningsvite. Om rättsföljden istället är ogiltighet/åsidosättande får skadelidande ersättning enligt allmänna skadeståndsregler, vilket i praktiken motsvarar jämkning enligt (ii).

Vilken av rättsföljderna som utgör ”normallösningen” vid tillämpningen av 36 § AvtL går inte att avgöra.<sup>250</sup> Istället betonas vikten av att domstolen står fri att välja mellan rättsföljderna för att nå ett så tillfredsställande resultat som möjligt i det enskilda fallet utifrån de särskilda omständigheterna.<sup>251</sup> Samtidigt uttalar man att jämkning oftast är den lämpligaste lösningen i situationer där avtalsvillkoret avviker från dispositiv rätt i så hög utsträckning att åsidosättande av villkoret (och i förlängningen utfyllnad med dispositiv rätt) skulle leda till oönskade effekter för parterna.<sup>252</sup> Som typexempel på

---

<sup>247</sup> Jfr Ramberg & Ramberg (2022) s. 228 samt Ramberg (2017) s. 243 ff. Ramberg talar dock om vitesklausuler i repressaliesyfte, vilket i min mening är något missvisande eftersom snarare är att betrakta som straffviten; Jfr även Dryselius (2023) s. 127 och däri gjord hänvisning avtalslagens förarbeten angående att jämkningsmöjligheten infördes för att minimera risken för rättsmissbruk; Se avsnitt 3.5.6 om att jämkning är den rättsföljd som bör gälla för påtryckningsvitet; *Rättsmissbruksförbudet* diskuterades i avsnitt 3.1.4.

<sup>248</sup> Se Taxell (1972) s. 445 f.

<sup>249</sup> Då domstolen jämkar ett vitesbelopp är det alltid en helhetsbedömning i det enskilda fallet, se SOU 1915:1 s. 152 f.

<sup>250</sup> Se SOU 1974:83 s. 120; von Post (1999) s. 252; Grönfors och Dotevall tycks mena att jämkning utgör förstahandsvalet och ogiltighet kommer i andra hand, se Grönfors & Dotevall (2016) under rubrik 24 Allmänt om rättsföljderna.

<sup>251</sup> Se SOU 1974:83 s. 122; Prop. 1975/76:81 s. 109.

<sup>252</sup> Se prop. 1975/76:81 s. 110; SOU 1974:83 s. 121; Jfr även von Post s. 252 som menar att man i propositionen tar ställning för att jämkning bör ske i första hand.

avtalsvillkor där jämkning torde vara mer aktuellt än ogiltighet nämns just vitesklausulen. Man menar nämligen att vitesklausuler ofta har kommit att bli oskäligen på grund av att en oförutsedd händelse har inträffat.<sup>253</sup>

I min mening är den i förarbetena förda argumentationen också korrekt vad gäller *begränsnings-*, *ersättnings-* och *påtryckningsviten*. Sådana vitestyper var skäligen vid avtalets ingående och anledningen till att de behöver jämkas torde ofta ha sin bakgrund i att något oväntat inträffat. Det är således på grund av den kontext som dessa viten förekommer i som gjort att de kommit att bli oskäligen. För att använda Grönfors och Dotevalls terminologi så har de blivit oskäligen först vid en *konkret* bedömning. Annorlunda förhåller det sig med *straffvitet*. Sådana vitesklausuler är istället att anse som otillbörligen i sig. Straffvitets oskälighet beror inte på senare inträffade förhållanden. De är oskäligen oavsett vilken kontext de förekommer i. För att återigen använda Grönfors och Dotevalls terminologi, är straffvitet oskäligt redan vid en *abstrakt* bedömning.<sup>254</sup>

I utredningen till 36 § AvtL gjordes en kortare internationell utblick till tysk rätt där avtalsvillkor som är otillbörligen i sig redan vid en *abstrakt* bedömning ogiltigförklarades av den tyska domstolen. Man argumenterade här för att om rättsföljden för sådana avtalsvillkor är ogiltighet, skapar detta ett preventivt element eftersom avtalsparterna vet att om avtalsvillkoret inte håller sig inom vad som är tillbörligt, kommer det att bortses ifrån helt och hållet.<sup>255</sup>

Några svenska rättsfall som uttryckligen tar sikte på chikaner har inte identifierats. Däremot har frågan varit uppe danska Højesteret. Rättsfallen är typexempel på *chikanförbud*, där borgenären inte tillåts kräva gäldenären på den avtalade motprestationen med hänsyn till den danska motsvarigheten av 36 § AvtL.<sup>256</sup>

Utifrån ovanstående är det alltså möjligt att finna stöd för både jämkning och ogiltighet som den ”korrekta” rättsföljden: Att vi har att göra med vitesklausuler talar å ena sidan för att jämkning bör ligga närmast till hands. Men att straffvitet är att anse som ogiltigt redan utifrån en abstrakt bedömning talar å andra sidan för att ogiltighet ska gälla som rättsföljd.

Jag menar att, om det är möjligt att bevisa ett straffande syfte med vitesklausulen och den därför är ogiltig redan vid en abstrakt bedömning, bör rättsföljden vara ogiltighet. Det skapar en önskvärd preventiv effekt och det är även tillvägagångssättet man använder sig av i Tyskland och tycks använda sig av även i Danmark. Dessutom menar jag att det är det snävare begreppet

---

<sup>253</sup> Se SOU 1974:83 s. 121; Prop. 1975/76:81 s. 110.

<sup>254</sup> För skillnaden mellan konkret och abstrakt bedömning, se avsnitt 3.5.3.

<sup>255</sup> SOU 1974:83 s. 120; Jfr även Fehr (1913) s. 12 ff. angående viten som strider mot lag eller goda seder där en internationell jämförelse med tysk rätt också görs. Fehr ställer sig dock kritisk till jämkning av vitesklausuler i allmänhet, se Fehr (1913) s. 18 ff.

<sup>256</sup> Se framförallt U 1987.526 H som rörde ett krav från käranden att svaranden skulle gräva upp ett antal värdelösa bensintankar; Jfr U 1981.300 H där borgenären inte tilläts vägra att utbyta en säkerhet mot en annan fullgod och likvärdig säkerhet; Jfr även U 2004.1968 V där ena parten inte hade något intresse i att hålla fast vid ett avtal och därför inte tilläts hålla fast vid avtalet trots uppsägningstid; Se vidare Godsk Pedersen & Ørgaard (2020) s. 169 f. samt von Post (1999) s. 156 där några av rättsfallen diskuteras.

*chikanförbud* som aktualiseras vid straffviten. Om så är fallet finns det även här stöd för att ogiltighet är den rättsföljd som ska gälla. *Chikanförbudets* rättsföljd är nämligen, enligt Munukka, att rättigheten inte kan åberopas.<sup>257</sup>

En ännu större preventiv effekt hade kunnat uppnås om man jämkade straffvitet till noll, eftersom det skulle stäng ut tillämpningen av dispositiv rätt. Visst stöd för att så kan ske går att finna i Taxells uttalande, där han menar att jämkning till noll kan ske om det ”vore uppenbart obilligt att överhuvud kräva avtalsvite”.<sup>258</sup> Något annat stöd för att domstolen, för det fall skadelidande faktiskt lidit någon skada, skulle jämka avtalsvitet till noll har dock inte identifierats. Skulle jämkning ske till ett belopp understigande faktisk liden skada, blir det i så fall en typ av straffliknande jämkning, vilket inte är syftet med generalklausulen.<sup>259</sup>

En annan sak är dock, som Hemmo påpekar, att det kan vara svårt att bevisa att borgenären har ett skadesyfte – ett uppsåt att skada sin motpart.<sup>260</sup> Uppsåtet är ju, enligt Undén, en förutsättning för att *chikanförbudet* ska aktualiseras.<sup>261</sup> Bevissvårigheterna torde göra sig särskilt gällande när det gäller vitesklausuler eftersom borgenären ofta kan hävda att syftet varit påtryckande och inte straffande. Det innebär att det i praktiken oftast lär bli en fråga om vitesbeloppet anses gå utöver vad som är skäligt för ett påtryckningsvite. I min mening bör det vara borgenären som har att bevisa ett påtryckande syfte med klausulen. Om inget särskilt syfte med klausulen kan bevisas bör vitet annars, i enlighet med *in dubio*-regeln, anses utgöra ett ersättningsvite där jämkning i så fall ska ske enligt rättsföljderna för ersättningsvitet.<sup>262</sup>

### 3.5.7 Rättsföljd då avtalstolkningen resulterar i att vitet utgör ett begränsningsvite – särskilt om möjligheten att jämka uppåt

Om man genom avtalstolkning kommer fram till att vitet utgör ett begränsningsvite torde det också tolkas som en exklusiv reglering av ersättningsfrågan, eftersom hela begränsningssyftet annars faller. Om faktisk skada också understiger vitesbeloppet finns det då två möjligheter att jämka vitet uppåt:

---

<sup>257</sup> Se Munukka (2008) s. 158. Munukka påpekar dock att rättsföljderna av *rättsmissbruksförbudet* i allra högsta grad är in casu-betonade, se s. 164.

<sup>258</sup> Se Taxell (1972) s. 447.

<sup>259</sup> Se Munukka (2020b), Lag (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område, 36 §, Lexino 2020-08-28 (JUNO) under avsnitt 3.4 Rättsföljder: ”Jämknings utgör visserligen en sanktion, men den är inte avsedd utövas i straffande syfte”.

<sup>260</sup> Se Munukka (2008) s. 161 not 110 med hänvisning till Hemmo (1996) s. 333 och 335. Hemmos artikel är emellertid skriven på finska, som jag inte behärskar, varför hänvisning här sker till både Munukka och ursprungskällan, vars riktighet jag inte haft möjlighet att kontrollera.

<sup>261</sup> Se Undén (1938) s. 26 f.

<sup>262</sup> Några resonemang om bevisbördans placering i samband med vem som har att bevisa utländsk rätt görs i avsnitt 5.6.2. Liknande resonemang går att applicera här, men frågan utreds inte närmare av utrymmesskäl.



Antingen jämkas vitesbeloppet uppåt, eller så jämkas normen som anger att vitet är exklusivt till att istället ange vitet som icke-exklusivt.<sup>263</sup>

Att jämkning uppåt är möjligt framgår av förarbetena till 36 § AvtL, men man uttalade att det torde bli aktuellt mycket sällan. Uttalandena har sedermera bekräftats och återgetts i praxis. Just begränsningsviten (ansvarsbegränsningar) anges i förarbetena som typexempel på när jämkning uppåt kan vara aktuellt om de satts till ett oskäligt lågt belopp.<sup>264</sup>

Taxell menar att jämkning till fördel för borgenären särskilt blir aktuellt om avtalsbrottet på grund av senare inträffade förhållanden orsakar en större skada för borgenären än vad som kunde förutses vid ingåendet av avtalet. Ytterligare ett exempel som ges av Taxell är om gäldenären medvetet begått avtalsbrott. Samtidigt framhålls att gäldenärens intresse i vitesklausulen inte kan bortses ifrån.<sup>265</sup>

Även vid begränsningsvitet är det en helhetsbedömning av skäligheten som ska göras. I NJA 2017 s. 113 uttalade HD att:

En viktig och generell utgångspunkt för bedömningen av om en ansvarsbegränsning är oskälig enligt generalklausulen är om det 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.<sup>266</sup>

Liknande synsätt är möjligt att identifiera i en skiljedom. Skiljenämnden uttalade att en ansvarsbegränsnings skälighet ska bedömas med hänsyn till om ansvarsbegränsningen utifrån samtliga omständigheter framstår som en rimlig riskavvägning.<sup>267</sup> Hur klandervärd gäldenären varit är alltså inte ensamt avgörande för om ansvarsbegränsningen ska upprätthållas eller inte, men utgör likväl en omständighet att ta hänsyn till vid helhetsbedömningen.<sup>268</sup> Vad som utgör ett oskäligt begränsningsvite (ansvarsbegränsning) får avgöras från fall till fall, beroende på vilka skyddsbehov som gör sig gällande och med hänsyn till vad som framstår som en rimlig riskfördelning i det enskilda fallet. Som Ramberg påpekar i sin kommentar till skiljedomen är frågan vad som är en rimlig begränsning ytterst in casu-betonad.<sup>269</sup> Dessutom måste man ta hänsyn till att borgenären erhåller en viss bevislättning i gengäld för att vitesbeloppet utgör en begränsning av gäldenärens ansvar.<sup>270</sup>

### 3.6 Föreligger ett skaderekvisit enligt svensk rätt?

<sup>263</sup> Se Dryselius (2019) s. 254 ff., särskilt s. 256 och 258; Se även Dryselius (2023) s. 122.

<sup>264</sup> Se prop. 1975/76:81 s. 142; SOU 1974:83 s. 169 ff.; Se bl.a. NJA 2010 s. 629 ”Av förarbetena till 36 § AvtL framgår att oskäliga viten kan jämkas inte bara nedåt utan även uppåt (SOU 1974:83 s. 169 ff.)”

<sup>265</sup> Se Taxell (1972) s. 452 f.

<sup>266</sup> Se NJA 2017 s. 113 p. 36.

<sup>267</sup> Skiljedomen är offentlig sedan den överklagats och dessutom upphävts på grund av jäv. Se Svea HovR dom 2011-09-27 i mål T 1085–11 och däri bilaga 1.

<sup>268</sup> Ramberg (2010) s. 929.

<sup>269</sup> Ramberg (2010) s. 929 ff.

<sup>270</sup> Se Gorton & Samuelsson (2005) s. 99 och 105.

När frågan huruvida ett skaderekvisit existerar inom svensk rätt ska besvaras är två rättsfall av central betydelse: NJA 2012 s. 597 och NJA 2018 s. 834. I det förra rättsfallet var entreprenören till en kraftanläggning försenad med anläggningens idrifttagande med 13 veckor. Beställaren var dock också försenad när det gällde leveransen av en kraftgenerator med 10 veckor och entreprenören menade således att förseningsvite endast skulle utgå för de 3 veckor entreprenaden var försenad utöver dessa. HD uttalade att:

En entreprenör som åtagit sig för att utge förseningsvite har emellertid typiskt sett tagit på sig en till beloppet bestämd risk om parten inte fullgör sin prestation enligt avtalet, och detta *oberoende av förseningens följdverkningar* (min kursivering). Skyldigheten att betala vite påverkas därför inte av om också andra entreprenörer ska utge förseningsvite.<sup>271</sup>

Till detta kan jämföras det senare rättsfallet, där HD uttalade att "[m]ed vite avses i kontraktsrättsliga sammanhang en i förväg avtalad ersättning för skada" (min kursivering) samt att vitet "utgör ett på förhand *normerat skadestånd*" (min kursivering).<sup>272</sup>

Rättsfallen är svårtolkade och det är inte helt klart huruvida domstolen uttalar sig om tolkningen i det enskilda fallet, eller vad som gäller enligt dispositiv rätt.<sup>273</sup> Det bör också lyftas fram att inget av rättsfallen behandlade frågan huruvida vitesklausuler innehåller ett krav på skada uttryckligen, och uttalandena kan därför påstås utgöra *obiter dictum*.<sup>274</sup>

Dryselius är dock av uppfattningen att uttalandet om att vitet är en i förväg avtalad ersättning för skada inte kan förstås på något annat sätt än att vitet är villkorat skada. Ett uttalande som i så fall är oförenligt med NJA 2012 s. 597. Dryselius menar därför, med hänsyn till både tidigare praxis och uttalanden i doktrin, att uttalandet i NJA 2018 s. 834 måste ses som en anomali.<sup>275</sup>

Ett sätt att se på ett eventuellt skaderekvisit lyfts fram i Ekelöfs argumentation. Han menar att vitets praktiska betydelse är att bevisbördan för skada och dess omfattning blir omkastad och landar på gäldenären. Med en vitesklausul slipper därför borgenären bevissvårigheter med att bevisa skada.<sup>276</sup> Ekelöf avfärdar i princip vitets påtryckande syfte och menar att:

Mycket litet talar därför för att skadeståndsvitets funktion begränsas till att trygga den berättigades rätt till ersättning för liden skada, vilket skulle medföra, att vitesutfästelsen icke finge några andra rättsverkningar än den tidigare berörda omkastningen av bevisbördan.<sup>277</sup>

---

<sup>271</sup> Se NJA 2012 s. 597 p. 9.

<sup>272</sup> Se NJA 2018 s. 834 p. 13 och 26.

<sup>273</sup> Se Dryselius (2019) s. 110 ff.

<sup>274</sup> För en närmare genomgång av prejudikattolkning och hur uttalanden som görs *obiter dictum* påverkar prejudikattolkningen, se Ramberg (2017b), se särskilt s. 279–305; Ramberg (2022) s. 521; Se Dryselius (2023) s. 49.

<sup>275</sup> Se Dryselius (2022) s. 161; Dryselius (2023) s. 49 och 60.

<sup>276</sup> Se Ekelöf (1942) s. 201.

<sup>277</sup> Se Ekelöf (1942) s. 207.

Om gäldenären kan styrka att borgenären inte lidit någon skada ska därför, enligt Ekelöf, inte någon ersättning utgå. HD har dock i flera tidigare rättsfall avfärdat invändningen att borgenären inte lidit någon skada och dömt ut fullt belopp.<sup>278</sup> Olsens slutsats är således en helt annan än Ekelöfs då hon menar att ”mycket lite tyder på att krav på faktisk skada utgör en självständig ansvarsförutsättning”.<sup>279</sup> Även i annan juridisk litteratur tycks man överens om att vitesklausuler som utgångspunkt inte innehåller något skaderekvisit.<sup>280</sup> I min mening uttrycks rättsläget bäst av Taxell, som skriver:

Förutsättning för utdömande av avtalsvite är inte att borgenären lidit ekonomisk förlust. En annan sak är att avtalsvitet kan ned-sättas med hänsyn bl.a. till att förlust inte förekommit.<sup>281</sup>

Som argumenterats för ovan ska NJA 2018 s. 834 läsas som så att vitesklausulen, *in dubio*, utgör ett ersättningsvite. Men även ett ersättningsvite tillåter viss diskrepans mellan faktisk liden skada och vitesbeloppet, även om denna diskrepans inte tillåts vara lika stor som vid ett påtryckningsvite. Ersättning utgår dock även om borgenären inte lidit någon skada. Något skaderekvisit föreligger därför inte heller enligt svensk rätt. Att vitesbeloppet, om gäldenären kan visa att borgenären inte lidit skada, kommer att jämkas är en annan sak.

---

<sup>278</sup> Se Olsen (1993) s. 102 not 17 till NJA 1927 s. 481 (II), NJA 1946 s. 450 och NJA 1948 s. 572.

<sup>279</sup> Se Olsen (1993) s. 130 f.

<sup>280</sup> För en genomgång av olika uttalanden i doktrin, se Dryselius (2019) s. 112; Rodhe (1956) vid § 52 not 50.

<sup>281</sup> Se Taxell (1972) s. 444; Jfr även prop. 1975/76:81 s. 43 där man skriver att ”[j]ämkning torde emellertid i vissa fall kunna komma i fråga när en part utkräver vite eller motsvarande påföljd för ett kontraktsbrott, trots att det inte har medfört någon förlust eller olägenhet för honom.”

## 4 Komparativ analys

### 4.1 Inledning

Engelsk rätt drar en absolut gräns mellan *liquidated damages* och *penalties*.<sup>282</sup> Vilken rättsföljd som ska ges en vitesklausul inom engelsk rätt är därmed helt avhängig domstolens tolkning och slutsats. Den engelska domstolen kan därför aldrig undvika att ta ställning till om vitesklausulen utgör *liquidated damages* eller en *penalty*, utan måste uttryckligen nå en slutsats. Att på ett så tydligt sätt skilja mellan vitesklausulernas syften avfärdas i svenska förarbeten och någon närmare distinktion görs sällan inom civil law-länder.<sup>283</sup> Som Klami-Wetterstein uttrycker det för finsk del:

Eftersom det i finsk avtalsrätt inte görs någon sådan begreppslig distinktion mellan *penalty clauses* och *liquidated damages clauses* som skulle vara direkt styrande för den rättsliga bedömningen, är det inte heller *nödvändigt* att identifiera funktionen eller skilja mellan funktioner. Däremot är det nog ändamålsenligt för argumentationen att identifiera funktionerna och förstå hur och varför vitesklausuler används i typsituationer och i ett enskilt avtalsförhållande.<sup>284</sup>

Det är heller inte *nödvändigt* för svensk domstol att komma fram till vilken vitestyp det rör sig om. Men en uppdelning kan likväl vara ändamålsenlig för argumentationen. Dessutom, då en komparativ analys görs, är det viktigt att inte stirra sig blind på den begreppsanvändning som kan tyckas självklar i den egna rättsordningen.<sup>285</sup> Jag menar därför att den uppdelning av olika vitestyper som gjorts i uppsatsen tjänar ett viktigt syfte.

Däremot skiljer sig alltså engelsk och svensk rätt på så sätt att medan det för engelsk domstol är *nödvändigt* att komma fram till vilken vitestyp det är fråga om, är detta inte *nödvändigt* för svensk domstol. Likväl menar jag att, genom att jämföra hur engelsk domstol går tillväga vid sin bedömning om en vitesklausul utgör *liquidated damages* eller en *penalty* med hur de olika vitestyperna enligt svensk rätt har presenterats ovan, är det möjligt att dra vissa paralleller mellan rättsordningarna.

#### 4.1.1 *Genuine pre-estimate of damage*-testet är ett ersättningsvite

Det äldre testet inom engelsk rätt, etablerat i *Dunlop*, utgår ifrån att vitesbeloppet måste vara en *genuine pre-estimate of damage*. Visserligen ges

---

<sup>282</sup> Jfr McGregor (2009) s. 490.

<sup>283</sup> Se prop. 1975/76:81 s. 141; SOU 1974:83 s. 170; Se även Hachem (2011) s. 631 om att common law tydligt skiljer mellan *liquidated damages* och *penalties*, medan någon sådan distinktion inte görs i civil law.

<sup>284</sup> Se Klami-Wetterstein (2018) s. 153.

<sup>285</sup> Jfr Valguarnera (2018) s. 167 f.

parterna en "generous margin",<sup>286</sup> men testet måste likväl sägas sätta vitets ersättande funktion tydligt i centrum. Även innan *Cavendish* förekom vissa uttalanden om att vitesklausuler kunde vara tillåtna även om det inte var en *genuine pre-estimate of damage* förutsatt att ett legitimt intresse skyddades av vitet och dess huvudsakliga syfte inte var avskräckande ("deterrent").<sup>287</sup> Men att påtryckningsviten, vars främsta syfte per definition<sup>288</sup> är påtryckande, skulle varit tillåtna innan *Cavendish* finns det i min mening nästintill inget stöd för.<sup>289</sup> Bland annat Rodhe uttalade, långt före *Cavendish*-avgörandet, att viten som syftar till att fungera som påtryckningsmedel inom engelsk rätt bedöms som en *penalty*.<sup>290</sup> Jag menar därför att en vitesklausul som bedöms som *liquidated damages* enligt *genuine pre-estimate of damage*-testet närmast liknas vid ett ersättningsvite.

#### 4.1.2 *Legitimate interest*-testet är ett påtryckningsvite

I *Cavendish* presenterades det nya *legitimate interest*-testet. UKSC framhöll här att även viten med huvudsakligen avskräckande syfte kan utgöra *liquidated damages*.<sup>291</sup> Medan det avskräckande syftet ("deterrent") är legitimt, anses det straffande syftet illegitimt. Detta kommer tydligast till uttryck i en särskild punkt av *Cavendish*-avgöranden, där man uttalar att "[t]o that extent [the clause] may be described as a deterrent. But that is only objectionable if it is penal, ie if the object was to punish".<sup>292</sup> Jag menar således att domstolen skiljer det *avskräckande* syftet från det straffande på ett sätt som liknar hur uppsatsen skiljer det *påtryckande* syftet från det straffande. Vidare menar jag därför att en vitesklausul som visserligen är avskräckande ("deterrent") men som ändå bedöms som *liquidated damages* då det uppfyller *legitimate interest*-testet, bäst överensstämmer med påtryckningsvitet.

#### 4.1.3 Misslyckat *legitimate interest*-test är antingen ett straffvite eller påtryckningsvite

Det i *Cavendish* presenterade *legitimate interest*-testet formulerades på lite olika sätt av domarna, där Lord Mances formulering tydligast visar hur bedömningen görs i två steg: Först ska domstolen avgöra om det över huvud taget finns ett legitimt syfte som skyddas av vitesklausulen. Detta första steg benämns i fortsättningen som "steg I". Om ett sådant legitimt syfte kan anses skyddat av vitesklausulen, ska domstolen gå vidare till det andra steget och bedöma om vitesbeloppet är överdrivet ("extravagant"), orimligt ("exorbitant") eller oskäligt ("unconscionable") i förhållande till det legitima intresse

<sup>286</sup> Se *Murray v Leisureplay* p. 43.

<sup>287</sup> Se *Lordsvale v Bank of Zambia* p. 762–764; Se även Beale (2021) s. 2211.

<sup>288</sup> Hur påtryckningsvitet definieras, se avsnitt 3.1.

<sup>289</sup> Jfr *Cavendish Court of Appeal* p. 125, där domaren i underinstansen framhöll att avskräckande ("deterrence") syfte inte var ett kommersiellt legitimt intresse.

<sup>290</sup> Se Rodhe (1956) vid § 52 not 36.

<sup>291</sup> Se *Cavendish* bl.a. p. 28 och 82; Se även Beale (2021) s. 2212.

<sup>292</sup> Se *Cavendish* p. 82.

som skyddas. I fortsättningen benämns detta andra steg som ”steg II”.<sup>293</sup> Om vitesklausulen inte uppfyller både steg I och steg II, bedöms den enligt engelsk rätt som en *penalty*. Det gäller oavsett om vitesklausulen ”misslyckas” utifrån steg I eller steg II. Rättsföljden härav är att klausulen blir ”wholly unenforceable”, vilket i princip motsvarar ogiltighet.<sup>294</sup> Det ska dock observeras att för att aktualisera *legitimate interest*-testet över huvud taget, krävs det att klausulen misslyckats med att uppfylla *genuine pre-estimate of damage*-testet.<sup>295</sup>

Jämför vi den av Lord Mance formulerade tvåstegsbedömningen med svensk rätt, menar jag att det finns stora likheter med hur svensk rätt gör den *abstrakta* och *konkreta* bedömningen. Om inget legitimt intresse över huvud taget kan identifieras, utan vitesklausulen bedöms vara en *penalty* redan utifrån steg I, kan vitesklausulen sägas vara oskälig *i sig*. En vitesklausul som inte skyddar något intresse alls är alltid oskälig. Vitesklausulen är med andra ord oskälig redan vid en *abstrakt* bedömning, vilket innebär att det ska anses som ett straffvite. *Chikanförbudet* är här vad som aktualiseras med ogiltighet som rättsföljd. En vitesklausul som bedöms vara en *penalty* enligt steg I inom engelsk rätt motsvarar alltså ett straffvite enligt svensk rätt. Rättsföljden är här också liknande, då en *penalty* är ”wholly unenforceable” och straffvitet är ogiltigt. Så långt överensstämmer därför en *penalty* med straffvitet.

Annorlunda förhåller det sig om vitesklausulen bedöms som en *penalty* först utifrån steg II. Här grundar sig visserligen utkrävandet i ett legitimt intresse. Oskäligheten ligger istället i proportionaliteten. Vitesklausulen kan med andra ord sägas vara oskälig först vid en *konkret* bedömning. Som diskuterats i kapitel 3 är sådana oskäliga viten inte att anses som straffviten, utan som ett påtryckningsvite vars utkrävande har kommit att bli oskäligt. Rättsföljden härav är jämkning – inte ogiltighet. Således skiljer sig rättsordningarna när det gäller vitesklausuler som bedöms ogiltiga först utifrån steg II. Inom engelsk rätt anses dessa vara en *penalty* vars rättsföljd är ”wholly unenforceable”, medan de enligt svensk rätt är ett påtryckningsvite vars rättsföljd istället är jämkning.

#### 4.1.4 Begränsningsvitet i engelsk rätt. Även något om vitets exklusivitet

Att vite och skadestånd inte kumuleras råder det inga tvivel om varken i engelsk eller svensk rätt.<sup>296</sup> Frågan om vitesklausulens exklusivitet blir därför irrelevant för det fall vitesbeloppet överstiger faktisk liden skada eftersom skadelidande då får full ersättning från vitesklausulen. Men om vitesbeloppet understiger faktisk liden skada behandlar engelsk och svensk rätt saken något annorlunda. Vitesklausulen utgör nämligen alltid en exklusiv reglering av ersättningsfrågan i engelsk rätt, medan den i svensk rätt *in dubio* är icke-

---

<sup>293</sup> Se *Cavendish* p. 152; För övriga formuleringar se *Cavendish* p. 16 (Lord Neuberger och Lord Sumption) och p. 255 (Lord Hodge).

<sup>294</sup> För rättsföljderna av en *penalty* och en diskussion om dessa, se avsnitt 2.6.3 och 2.6.4.

<sup>295</sup> Se avsnitt 2.4 för analys i denna del.

<sup>296</sup> Se avsnitt 2.6.1 för engelsk del och avsnitt 3.4 för svensk del.

exklusiv. Visserligen finns det ofta utrymme att *tolka* vitesklausulen som exklusiv i svensk rätt, men utgångspunkten är likväl att skadelidande kan kräva ersättning för differensen mellan faktisk liten skada och vitesbeloppet.<sup>297</sup>

Skulle vitesklausulen *tolkas* som exklusiv överensstämmer svensk och engelsk rätt med varandra i det hänseendet att utgångspunkten är att vitesbeloppet döms ut och utgör skadelidandes enda ersättning för avtalsbrottet, oavsett om vitet över- eller understiger faktisk liden skada.<sup>298</sup> Men för det fall vitesbeloppet understiger faktisk liden skada (vilket ofta är fallet vid begränsningsviten) finns det enligt svensk rätt en möjlighet att jämka dessa uppåt. Någon liknande jämningsmöjlighet finns inte inom engelsk rätt.<sup>299</sup> Både Halson för engelsk del och Gorton och Samuelsson för svensk del lyfter fram ett sådant begränsningssyfte som det mest förekommande syftet.<sup>300</sup> Trots att så kallade *underliquidated damages* inte kan jämkas uppåt, har man i praxis uttalat att det är ”most unlikely”<sup>301</sup> att sådana klausuler klassificeras som en *penalty* och de upprätthålls allt som oftast i praxis.<sup>302</sup>

#### 4.1.5 Slutsatser av hittills gjorda jämförelser

En vitesklausul förklaras ogiltig inom engelsk rätt (det vill säga klassificeras som en *penalty*) om *legitimate interest*-testet misslyckas på *antingen* steg I eller steg II. I svensk rätt kan vitesklausulen endast förklaras ogiltig utifrån en *abstrakt* bedömning, som i min mening liknar steg I av *legitimate interest*-testet. Faller istället vitesklausulen först vid en *konkret* bedömning, det vill säga vid steg II av *legitimate interest*-testet, är inte vitesklausulen ogiltig utan istället kommer vitesbeloppet att jämkas.

Det innebär att en borgenär som vill avtala om ett högt vitesbelopp utsätter sig för mindre risker inom svensk rätt, eftersom ett ”för högt” vitesbelopp möjligtvis jämkas och därför även fortsättningsvis kommer att överstiga vad borgenären annars hade erhållit enligt allmänna skadestandsregler om vitesklausulen ogiltigförklaras. Eftersom denna jämningsmöjlighet inte finns inom engelsk rätt, utan klausulen förklaras istället ogiltig i så fall, kan det antas skapa en viss preventiv effekt mot att avtala om för höga vitesbelopp.<sup>303</sup>

Denna preventiva effekt skulle kunna förklara uttalanden som förekommer i komparativa analyser som menar att vitesklausuler som hade utgjort *penalties* enligt engelsk rätt istället hade upprätthållits inom många civil law-jurisdiktioner och att högre vitesbelopp därför tillåts i civil law.<sup>304</sup> För egen del menar jag att sådana uttalanden endast delvis är korrekta. För att

<sup>297</sup> För engelsk del, se avsnitt 2.6.2 och för svensk del, avsnitt 3.4.

<sup>298</sup> Se Olsen (1993) s. 220.

<sup>299</sup> För detta, se avsnitt 2.6.2 och avsnitt 3.5.7.

<sup>300</sup> Se Halson (2018) s. 83; Se Gorton & Samuelsson (2005) s. 99 och 105.

<sup>301</sup> Se *Tullet v El-Hajjali* p. 83.

<sup>302</sup> Jfr *Cellulose v Widnes*; *Temloc v Errill*.

<sup>303</sup> Jfr förd diskussion i förarbeten, SOU 1974:83 s. 120; jfr även diskussionen om straffvittets rättsföljder under avsnitt 3.5.6; Se Gorton & Samuelsson (2005) s. 88 som uppmärksammar den potentiella preventiva effekten men inte uttalar sig huruvida den gör sig gällande.

<sup>304</sup> Se Schelhaas (2017) s. 269; Se Klami-Wetterstein (2018) s. 150; Se W. Kielland (2008) s. 63 och 129. Uttalandet gjordes dock innan *Cavendish*, vilket kan förklara slutsatsen; Se Mattei (1995) s. 441 ff., som dock också gjorde uttalandet innan *Cavendish*.

återupprepa det inledande stycket i avsnittet: Är vitet en *penalty* redan utifrån en *abstrakt* bedömning skiljer sig inte rättsföljderna i svensk och engelsk rätt från varandra – vitesklausulen är att anse som ogiltig inom båda rättsordningarna. Däremot om vitesklausulen utgör en *penalty* först utifrån en *konkret* bedömning hade vitesklausulen inte förklarats ogiltig inom svensk rätt, utan istället jämkats. Att avtala om viten i *straffande* syfte är dock inte tillåtet inom vare sig engelsk eller svensk rätt. Det sagda innebär, i min mening, *inte* att svensk rätt tillåter högre vitesbelopp än engelsk rätt. Det innebär endast att ett ”för högt” vitesbelopp i svensk rätt kan jämkas till ett belopp som fortfarande överstiger faktisk liden skada, medan ett ”för högt” vitesbelopp i engelsk rätt alltid är ogiltigt och borgenären därför i så fall endast kan få ersättning för faktisk liden skada. Jag menar därför att vad som utgör ett ”för högt” vite är detsamma i båda rättsordningarna – skillnaden ligger i rättsföljderna.

Hur som helst, har dock *Cavendish*-avgörandet inneburit att engelsk rätt närmat sig hur svensk rätt bedömer vitesklausuler. Vitet måste inte längre *alltid* vara en *genuine pre-estimate of damage*, utan även andra syften anses numera tillåtna att skydda även inom engelsk rätt. Det nya *legitimate interest*-testet kan därför sägas erbjuda den flexibilitet och möjlighet att upprätthålla vitesklausuler i högre utsträckning som mer motsvarar vad som är möjligt enligt svensk rätt.<sup>305</sup>

Ser vi till begränsningsvitet är det istället gäldenären som oftast är den som ”riskerar” att vitesklausulen inte upprätthålls. Medan begränsningsvitet kan jämkas enligt svensk rätt, är det endast möjligt att få den ogiltigförklarad som en *penalty* enligt engelsk rätt. Möjligtvis skulle man kunna argumentera för att det även här skapas en preventiv effekt, men eftersom begränsningsvitet i princip alltid upprätthålls inom engelsk rätt får den effekten antas vara minimal. Möjligheten att avtala om begränsningsviten får därför anses vara större inom engelsk rätt.<sup>306</sup>

#### 4.1.5.1 Schematisering

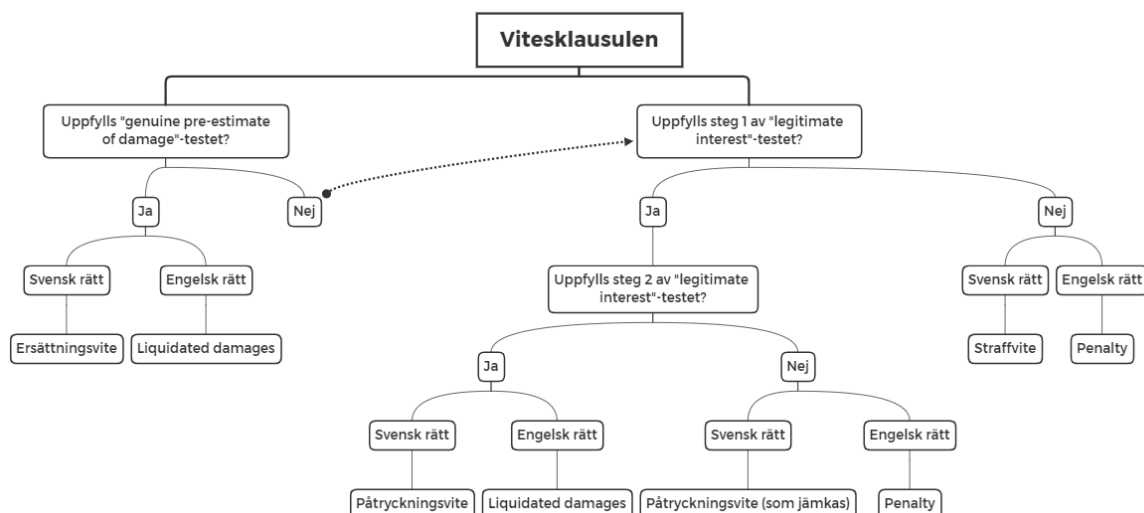
I enlighet med de analyser som hittills gjorts menar jag att vissa schematiseringar tillåter sig att göras. För det första, eftersom *legitimate interest*-testet aktualiseras först då *genuine pre-estimate of damage*-testet inte uppfylls, menar jag att de båda testen kan sägas förhålla sig till de svenska vitestyperna enligt följande:

---

<sup>305</sup> Se Ramberg (2017) s. 249 ff.; Se Schelhaas (2017) s. 269.

<sup>306</sup> Se W. Kielland (2018) s. 130.





Figur 1 – Hur de olika vitestyperna förhåller sig till testen inom engelsk rätt

Ovanstående figur saknar dock begränsningsvitet. Huruvida begränsningsvitet är att anse som *liquidated damages* utifrån *genuine pre-estimate of damage*-testet eller *legitimate interest*-testet är oklart. I praktiken spelar det inte heller någon roll. Ett begränsningsvite kan dock också utgöra en *penalty*, även om det är ”most unlikely”. Begränsningsvitet kan således utgöra antingen *liquidated damages* eller en *penalty*. Jag menar därför att det är möjligt att uppställa följande schema om hur de olika rättsordningarnas vitestyper *innehållsmässigt* förhåller sig till varandra:

Hur vitestyperna förhåller sig till varandra	
Begränsningsvitet	<i>Liquidated damages</i>
Ersättningsvitet	
Påtryckningsvitet	Penalty
Begränsningsvitet	
Påtryckningsvitet	
Straffvitet	

Tabell 1 – Hur vitestyperna förhåller sig till varandra

Tabellen stämmer överens med hur vitestyperna förhåller sig till testen inom engelsk rätt så som de framställts i Figur 1, där dock Tabell 1 även innehåller hur begränsningsvitet förhåller sig till de engelska begreppen. Åt ena hållet ger schemat uttryck för att: (i) begränsningsvitet antingen är *liquidated damages* eller *penalty*; (ii) ersättningsvitet alltid är *liquidated damages*; (iii) påtryckningsvitet antingen är *liquidated damages* eller *penalty*; (iv) straffvitet alltid är *penalty*.

Omvänt gäller att: (i) *liquidated damages* antingen är ett begränsnings-, ersättnings- eller påtryckningsvite, men aldrig ett straffvite; (ii) en *penalty* är antingen ett begränsnings-, påtrycknings- eller straffvite, men aldrig ett ersättningsvite.

## 4.2 Otillåten vitesklausul som understiger faktisk liden skada

Ovan har konstaterats att de tillåtna vitesklausulerna, *liquidated damages*-klausuler respektive begränsnings-, ersättnings- eller påtryckningsviten, utgör ett tak för vad skadelidande kan erhålla i ersättning (förutsatt att de är exklusiva och inte jämkas).<sup>307</sup> Här blir det dock intressant att jämföra de båda rättsordningarnas otillåtna vitesklausuler, *penalty*-klausuler och straffviten, för att se om även dessa utgör ett tak skadelidandes ersättningskrav.

För svensk del har det argumenterats för att rättsföljden av att ett vite bedöms vara ett straffvite är ogiltighet samt att 36 § AvtL inte ska resultera i en straffliknande jämkning. Således utgör inte heller straffvitet ett tak för ersättning, utan istället kan den skadelidande stödja sig på allmänna skadeståndsregler för att få ersättning för den faktiskt lidna skadan.<sup>308</sup>

Även om det svenska rättsläget måste anses oklart, är det engelska rättsläget än mer oklart.<sup>309</sup> Medan McGregor är av åsikten att klausulen som helhet bör strykas ur kontraktet och skadelidande därför kan få ersättning enligt allmänna skadeståndsregler, menar Halson istället att *penalty*-klausulen fortfarande utgör en del av avtalet och ett tak för ersättningen.<sup>310</sup> Väl underbyggda resonemang går att föra för båda ståndpunkterna. Min slutsats i frågan är dock, som nämnt tidigare, att en *penalty* utgör ett tak för ersättning. Det vill säga att klausulen är bindande vad gäller det angivna vitesbeloppet, men i övrigt oförbindande mellan parterna.<sup>311</sup>

Således föreligger här en tydlig skillnad mellan rättsordningarna: Straffvitet utgör enligt svensk rätt inget tak för ersättning, medan motsatsen gäller i engelsk rätt där en *penalty* utgör ett tak för skadelidandes ersättning. Fram till att en engelsk domstol tagit tydligare ställning i frågan, helst i form av ett uttalande *ratio decidendi*, är rättsläget dock mycket oklart.

### 4.3 Tidpunkten för bedömningen

Engelsk rätt tar tydligt och enbart hänsyn till *kontraktstillfället*.<sup>312</sup> En lika tydlig tidpunkt för den svenska bedömningen finns inte.

Svensk avtalstolkning tar först och främst sikte på vad som utgjorde den gemensamma partsavsikten *vid avtalsslutet*.<sup>313</sup> Det framhålls dock ofta att även avtalstolkningen är en helhetsbedömning i det enskilda fallet.<sup>314</sup> Således kan även sådant som inträffat efter avtalsslutet utgöra tolkningsdata, dock endast som bevis för vad parterna avsett vid just avtalsslutet.<sup>315</sup> Den svenska avtalstolkningen kan därför sägas ta sikte på *kontraktstillfället*. Det är utifrån denna tidpunkt som domstolen ska tolka vilken vitestyp det är fråga om, samt

---

<sup>307</sup> Jfr Olsen (1993) s. 220.

<sup>308</sup> Se avsnitt 3.5.6.

<sup>309</sup> Enligt Diplock L.J. är frågan ”by no means clear”. Se *Robophone v Blank* s. 1446.

<sup>310</sup> Se McGregor (2009) s. 497 f. jämfört med Halson (2018) s. 88 f.

<sup>311</sup> Se *Elsley v JG Collins*, se särskilt p. 15; För analys angående att en *penalty* utgör ett tak för ersättning, se avsnitt 2.6.4.

<sup>312</sup> Se avsnitt 2.5 och däri gjorda nothänvisningar.

<sup>313</sup> Se NJA 2015 s. 741 p. 9.

<sup>314</sup> Se NJA 2018 s. 834 p. 9; Se Lehrberg (2020) s. 121.

<sup>315</sup> Se Lehrberg (2020) s. 193–210; Se även Adlercreutz & Mulder (2021) s. 136 ff.

hur starkt konfliktlösningssyfte parterna haft med vitet. Så långt liknar alltså svensk och engelsk rätt varandra vad gäller tidsaspekten.

Men medan engelsk rätt nöjer sig med att utifrån tolkning av avtalet avgöra om det är *liquidated damages* eller *penalty*, går svensk rätt ett steg längre. Här gäller att vitesklausulen även måste anses som oskälig utifrån den oskälighetsbedömning som görs enligt 36 § AvtL för att kunna läggas till grund för en bifallande dom. Redan av lagtexten framgår då att även sådant som ligger i tiden *efter* avtalslutet ska tas hänsyn till ("[...] om villkoret är oskäligt med hänsyn till [...] senare inträffade förhållanden och omständigheterna i övrigt").<sup>316</sup> Det är utifrån en samlad bedömning av samtliga relevanta omständigheter som domstolen avgör om vitesklausulen är oskälig.<sup>317</sup> Som Lindskog uttrycker det bör man se till avtalsvillkorets *effekt* i det enskilda avtalsförhållandet.<sup>318</sup> På ett liknande sätt talar Grönfors och Dotevall om den *konkreta* bedömningen.<sup>319</sup> Ett avtalsvillkor som inte var oskäligt vid *kontraktstillfället* kan således komma att bli oskäligt beroende på senare inträffade omständigheter. Den svenska oskälighetsbedömningen är alltså en bedömning som främst görs *ex post*.

Några uttalanden från doktrin angående tidsaspekten och hur denna skiljer rättsordningarna åt ska också diskuteras (och i viss mån kritiseras). Mattei argumenterar för att det är lättare att utkräva ett högt vite inom civil law än inom common law. Han menar att detta beror på att civil law endast kräver att vitet är skäligt utifrån en *ex post*-bedömning, medan man i common law kräver att det är ett rimligt vitesbelopp redan *ex ante*.<sup>320</sup> Mattei tycks dock endast se ena sidan av ett tvåsidigt mynt. På samma sätt som civil law-länder inte kräver skälighet *ex ante*, kräver inte common law länder skälighet *ex post*. Risken (eller för borgenären, "chansen") att ett vite som långt överstiger faktisk skada döms ut torde därför vara större inom common law än inom civil law. Det innebär dock inte (för tydlighetens skull) att det är möjligt att avtala om högre vitesbelopp i någon av rättsordningarna. Det ska också noteras att Mattei gjorde sina uttalanden innan avgörandet i *Cavendish*.<sup>321</sup>

Även en artikel från Ramberg ska lyftas fram där hon tycks bortse från hur tidpunkten för oskälighetsbedömningen skiljer sig mellan rättsordningarna. I sin redogörelse för *Cavendish*-avgörandet utifrån ett svenskt perspektiv ställer sig Ramberg frågande till varför UKSC inte tog större hänsyn till hur stor goodwill-förlust företaget *faktiskt* led till följd av avtalsbrottet. Hon ställer sig frågan: "If the seller's breach was very limited and quickly corrected, would the remedies still be enforced according to English law?".<sup>322</sup> Svaret på frågan

---

<sup>316</sup> Se 36 § 1 st. 1 men. AvtL.

<sup>317</sup> Jfr NJA 1980 s. 230.

<sup>318</sup> Se Lindskog (2015) s. 325; Jfr även NJA 2017 s. 113 där Lindskog var ordförande för liknande resonemang.

<sup>319</sup> Se Grönfors & Dotevall (2016) under rubriken 8 Allmänt om oskälighetsrequisitet.

<sup>320</sup> Se Mattei (1995) s. 441 ff.

<sup>321</sup> Således har Mattei helt rätt i att det, innan *Cavendish*, var möjligt att avtala om högre vitesbelopp i civil law än i common law. Resonemanget att civil law-länder "bara" kräver skälighet *ex post* och därför tillåter högre vitesbelopp är dock, i min mening, felaktigt.

<sup>322</sup> Se Ramberg (2017a) s. 246.

är helt enkelt: ja. Engelsk rätt tar inte hänsyn till vad den faktiskt lidna skadan kommit att bli, utan endast om vitesklausulen utifrån en *ex ante*-bedömning uppfyller något av testen för *liquidated damages*.

#### 4.3.1 Skaderekvisit

Eftersom engelsk rätt avgör om vitesbeloppet ska dömas ut utifrån en bedömning *ex ante* innebär det att något skaderekvisit *ex post* inte föreligger. Förutsatt att vitet bedöms som *liquidated damages* ska vitesbeloppet dömas ut till fullo. För svensk del föreligger inte heller något skaderekvisit för att borgenären ska få utdömt *något* vitesbelopp. Däremot riskerar borgenären enligt svensk rätt, till skillnad från engelsk rätt, för det fall han inte lidit någon faktisk skada att få vitesbeloppet jämkat nedåt.

Att något skaderekvisit inte föreligger enligt engelsk rätt tycks vara så självklart att saken sällan, om ens någonsin, diskuteras inom engelsk rätt. Däremot krävs det att vitesklausulen bedöms som just *liquidated damages*, vilket förutsätter att det vid *ex ante*-bedömningen åtminstone fanns en *risk* för någon typ av skada. I min mening kan dock varken engelsk eller svensk rätt sägas innehålla ett skaderekvisit som sådant.

#### 4.4 Vitesklausul där syftet är oklart

För svensk del har det argumenterats för att om vitesklausulens syfte är oklar, gäller *in dubio* att parterna har eftersträvat en ersättande funktion och att vitesklausulen därför ska anses som ett *ersättningsvite*.<sup>323</sup> På ett liknande sätt menar jag att *genuine pre-estimate of damage*-testet är vad som ska utgöra utgångspunkten inom engelsk rätt.<sup>324</sup> Det har också argumenterats för att *genuine pre-estimate of damage*-testet bäst jämförs med ersättningsvitet.<sup>325</sup>

För att vitet ska anses ha ett *annat* syfte än att ersättande, krävs således för båda rättsordningarna att detta andra syfte kan bevisas och *tolkas* in i avtalsvillkoret. Om inget annat syfte än det ersättande kan påvisas gäller istället – enligt svensk rätt – att vitet utgör ett ersättningsvite, och – enligt engelsk rätt – att vitet måste uppfylla *genuine pre-estimate of damage*-testet. Jag menar därför att rättsordningarna i detta hänseende överensstämmer med varandra: Vitet anses i båda rättsordningarna, *in dubio*, vara ersättande.

#### 4.5 Vitesklausul kopplad till flera olika typer av avtalsbrott

Det är intressant att notera Lord Dunedins regel 4(c) jämfört med uttalanden gjorda i svenska förarbeten. En vitesklausul som omfattar flera olika avtalsbrott som vissa riskerar att leda till stor skada och andra till liten skada, presumeras enligt engelsk rätt vara en *penalty*.<sup>326</sup> I svensk rätt gäller istället

<sup>323</sup> Se avsnitt 3.1.2 för analys angående att vitet *in dubio* är ett ersättningsvite.

<sup>324</sup> Se avsnitt 2.5 för analys angående att vitet *in dubio* enligt engelsk rätt måste utgöra en *genuine pre-estimate of damage*.

<sup>325</sup> Se avsnitt 4.1.1.

<sup>326</sup> Se *Dunlop* s. 86–88.

motsatsen. Som typexempel på när jämkning inte bör ske trots stor differens mellan vitesbeloppet och faktisk liden skada nämns just att vitesbeloppet har beräknats utifrån genomsnittet av ett stort antal möjliga avtalsbrott.<sup>327</sup>

Varför svensk och engelsk rätt här har motstående uppfattningar är oklart. Lord Dunedin uttalar visserligen att det faktum att det varit svårt att beräkna framtida eventuell skada inte utgör något hinder mot att vitesklausulen klassificeras som *liquidated damages*. Han menar snarare att det är just i sådana situationer som man kan förvänta sig att vitesklausulen verkligen har förhandlats mellan parterna och därför utgör en *genuine pre-estimate of damage*.<sup>328</sup>

För egen del framstår de skilda tillvägagångssätten som underliga. Svensk rätt har möjlighet att jämka vitet om det *ex post* skulle visa sig att differensen mellan vitesbeloppet och faktisk liden skada kommit att bli stor. Vid dessa ”genomsnittsberäkningar” finns det således, i svensk rätt, en möjlighet att jämka vitesbeloppet både uppåt och nedåt beroende på vad det faktiska resultatet kommit att bli. Varför svensk rätt valt att avstå från den möjligheten vid just sådana ”genomsnittsberäkningar” kan inte förklaras av någon annan anledning än att man i förarbetena haft som vilja att tillgodose konfliktlösnings-syftet. Varför engelsk rätt valt ett annorlunda tillvägagångssätt är oklart. Skillnaden har, åtminstone vad jag kunnat hitta, inte heller problematiserats eller diskuterats i vare sig doktrin eller praxis.

## 4.6 Parternas begreppsanvändning

Parternas begreppsanvändning är inte avgörande för vare sig engelsk eller svensk rätt. För engelsk del anses numera till och med Lord Dunedins uttalande om att parterna *prima facie* kan antas mena vad de skrivit vara en överdrift.<sup>329</sup> Även i Sverige söker domstolen efter avtalets ”reella innebörd”.<sup>330</sup> Men, medan engelsk rätt numera anser att begreppsanvändningen är ”immaterial”, menar man i svensk rätt att parterna som utgångspunkt blir bundna av avtalets ordalydelse.<sup>331</sup> Sådana uttalanden ligger i min mening nära Lord Dunedins *prima facie*-antagande. Dessutom menar man i svensk rätt att ordalydelsen utgör ett mycket starkt bevis för avtalstolkningen.<sup>332</sup> Det framstår därför som att svensk rätt tar större hänsyn till parternas begreppsanvändning.

Att man i svensk rätt tar större hänsyn till begreppsanvändningen är i min mening också som rimligt, främst med hänsyn till två faktorer. För det första, görs inte samma gränsdragning mellan tillåtna och otillåtna viten i svensk rätt. Terminologin med begränsnings-, ersättnings-, påtrycknings- och straffviten är ovanligt förekommande i praktiken utan ofta benämns den avtalade ersättningen helt enkelt som ”vite”. Vitets syften kommer till uttryck på andra sätt än genom begreppsanvändningen, till exempel genom de diskussioner som föregår avtalet eller avtalets systematik.

---

<sup>327</sup> Se Prop. 1975/76:81 s. 44; SOU 1974:83 s. 156.

<sup>328</sup> Se Lord Dunedins regel 4(d), *Dunlop* s. 86–88.

<sup>329</sup> Se avsnitt 2.7.

<sup>330</sup> Se NJA 2000 s. 685, se särskilt s. 701.

<sup>331</sup> Se Lehrberg (2020) s. 115.

<sup>332</sup> Se Ramberg & Ramberg (2022) s. 185 f.; Adlercreutz & Mulder s. 136.

För det andra, är det i svensk rätt möjligt att jämka även begränsnings-, ersättnings- och påtryckningsviten. Det innebär att även om parternas begreppsanvändning tillåts vara utslagsgivande, kvarstår domstolens möjlighet att jämka beloppet inom tillåtlighetens ramar. Till exempel, om borgenären önskar avtala om ett högt vitesbelopp endast för att straffa sin motpart och för egen vinning är det att anse som ett straffvite. Pondera att parterna benämner detta vite som ett påtryckningsvite (som är den legitima vitestypen som tillåter högst vitesbelopp). Även i sådana fall kommer vitesbeloppet att jämkas så det ryms inom ramarna för vad som är ett tillåtet påtryckningsvite. Samma möjlighet finns inte inom engelsk rätt vilket hade inneburit att, om parternas begreppsanvändning skulle tillåtas vara utslagsgivande, vilket vitesbelopp som helst hade dömts ut enbart på grund av att parterna benämnt det som *liquidated damages*. Det hade inneburit att överlägsna parter allt för enkelt kunnat utnyttja sin position.

#### 4.7 Det allmänna språket bland jurister

Svenskspråkiga jurister tenderar att använda uttryck och beskrivningar om vitet som en *straffande* påföljd för avtalsbrott, utan att för den sakens skull mena att vitet skulle vara otillåtet.<sup>333</sup> Liknande uttryck skulle förmodligen en engelskspråkig jurist dra sig från att använda för att beskriva vitesklausulen. I doktrin uppmuntras istället den engelska juristen att tydligt specificera det intresse som vitesklausulen avser att skydda och, trots att begreppsanvändningen och uttryck inte är avgörande för hur domstolen tolkar vitesklausuler, likväl vara medvetna om språkbruket. Man bör inom engelsk rätt undvika att använda ord som *penalty* och istället försöka leda in domstolen på spåret att det är en "just sum" eller "lawful money" som ska betalas av gäldenären.<sup>334</sup>

Trots att det avskräckande syftet ("deterrence") numera kan anses tillåtet enligt *legitimate interest*-testet måste ett kommersiellt intresse fortfarande bevisas och skyddas. Dessutom har man inom engelsk rätt i ett århundrade, från avgörandet i *Dunlop* fram till *Cavendish*, talat om att en vitesklausul vars huvudsakliga syfte är avskräckande är att anse som en *penalty*. Rimligtvis bör detta ha satt sina spår i engelsk kontraktsskrivning och lett till att engelska jurister även fortsättningsvis är försiktiga med att använda ord som leder in domstolen på tankar om att vitet är avskräckande eller påtryckande.<sup>335</sup>

I svensk rättskultur anses istället det påtryckande syftet sedan länge vara en självklar del av vitet, varför det inte heller är främmande att i svensk rätt tala om ett avskräckande eller påtryckande syfte.<sup>336</sup>

---

<sup>333</sup> Se not 54.

<sup>334</sup> Se Halson (2018) s. 179 f.

<sup>335</sup> Jfr Schelhaas (2017) s. 269 som även efter *Cavendish* menar att engelsk rätt inte tillåter viten som har "deterrent and 'penalizing' character"; Någon närmare empirisk undersökning om hur engelska jurister numera ställer sig till begreppet "deterrent" har inte gjorts eller identifierats. Slutsatsen bygger i övrigt på vad som redogjorts för ovan.

<sup>336</sup> Jfr prop. 1975/76:81 s. 141 och SOU 1974:83 s. 170 där man tycks mena att påtryckningsvitet utgör det typiska vitet; se vidare avsnitt 3.1.2 och avsnitt 3.1.3.

## 5 Tolkning av engelska vitesklausuler i svensk domstol

### 5.1 Svensk avtalstolkning gäller

Den lag som är tillämplig på avtalet, antingen på grund av en uttrycklig lagvals-klausul eller allmänna lagvalsprinciper, brukar benämnas avtalsstatut.<sup>337</sup>

Det är avtalsstatutet som bestämmer vilka tolkningsmetoder som gäller för avtalstolkningen och eftersom uppsatsen presumerar svensk lag som avtalsstatut är det således också svensk avtalstolkning som gäller.<sup>338</sup> I detta inbegrips såväl allmänna tolkningsmetoder som speciella avtalstolkningsprinciper som används vid tolkning av vissa typer av avtalsvillkor.<sup>339</sup>

Några avtalstolkningsprinciper, som blir särskilt aktuella vid tolkningen av engelskspråkiga avtal, ska här inledningsvis kort beskrivas. För det första, gäller enligt svensk avtalstolkning principen om att ”skrivet går före tryckt”.<sup>340</sup> Har parterna använt sig av ett engelskt standardavtal, men bytt ut ett visst begrepp mot något annat, antas det att parterna också avsett något annat. För det andra, gäller enligt svensk rätt den så kallade ”oklarhetsregeln”. Principen innebär att om ett avtalsvillkor är oklart utformat, är det författande part som står risken för detta och villkoret ska därför tolkas till författande parts nackdel.<sup>341</sup> För det tredje, tar svensk avtalstolkning hänsyn till att resultatet av tolkningen framstår som en rimlig lösning. Om tolkningsresultatet framstår som orimligt därför att begreppet har tillmätts sin engelska juridisk-tekniska innebörd ligger det nära till hands att omtolka begreppet enligt en annan juridisk-teknisk innebörd för att nå ett rimligt resultat.<sup>342</sup>

Rättsfallet NJA 1995 s. 586 får utgöra exempel för hur svenska avtalstolkningsprinciper kan innebära att ett begrepps engelska juridisk-tekniska innebörd får ge vika. Parterna hade här utfärdat ett så kallat *letter of intent*, ett begrepp som enligt engelsk rätt inte binder parterna mer än i utfärdandeögonblicket. Avtalet hade inte någon uttrycklig lagvals-klausul, men parterna var likväl överens om att svensk lag var tillämplig. Domstolen ansåg att utfästelsen, om den likt engelsk rätt, ansågs oförbindande inte skulle tjäna något kommersiellt syfte och att en tolkning enligt engelsk juridisk-teknisk innebörd därför hade lett till ett orimligt resultat. Dessutom var avtalet avsiktligen

---

<sup>337</sup> Se Bogdan & Hellner (2020) s. 341; Pålsson (1998) s. 91; Avtalsstatutet avgörs genom tillämpning av Rom I.

<sup>338</sup> Se Art. 12.1(a) Rom I.

<sup>339</sup> Se Pålsson (1998) s. 98; Cordero-Moss (2007) s. 371.

<sup>340</sup> Se NJA 1990 s. 24; Bernitz menar att även ”muntligt går före tryckt”, se Bernitz (2018) s. 100 f., vilket dock ifrågasätts av Hedwall åtminstone i kommersiella förhållanden, se Hedwall (2004) s. 78 och 86.

<sup>341</sup> Se Bernitz (2018) s. 105 ff.; Hedwall (2004) s. 76 f.; Lehrberg (2020) s. 254 ff.; Ramberg & Ramberg (2022) s. 212 f. som dock menar att det snarare handlar om att det är den part som gynnas i jämförelse med dispositiv rätt som drabbas av oklarhetsregeln.

<sup>342</sup> Se Mikelsen (2009) s. 539; W. Kielland (2008) s. 60 f.; Jfr Rosengren (2010) s. 3; Selvig (1986) s. 2.

otydligt utformat, vilket lades författaren till last enligt oklarhetsprincipen.<sup>343</sup> Det ska dock uppmärksammas att *letter of intents* (på svenska också kallat ”avsiktsförklaringar”) normalt sett uppfattas som oförbindande även inom svensk rätt. Sådana avsiktsförklaringar syftar ofta till att enbart vara moraliskt, men inte juridiskt, förpliktigande. Avsiktsförklaringens rättsliga verkningar får istället bedömas beroende på dess närmare innehåll.<sup>344</sup>

## 5.2 Parternas nationalitet, internationell utveckling och engelska som arbetspråk

Tidigare avgjorde ofta valet av domstolsforum vilket språk avtalet författades på. Numera avgörs istället ofta språkfrågan utifrån vad parterna gemensamt behärskar.<sup>345</sup> Således blir det allt vanligare att avtal skrivs på engelska och användningen av engelska standardkontrakt och modellklausuler har ökat sedan lång tid tillbaka.<sup>346</sup> Både Mikelsen och Cordero-Moss är av uppfattningen att engelska juridiska uttryck och standardavtal inte används för att parterna önskar inkorporera den engelsk rätten, utan för att parterna önskar språkligt väl utformade avtal.<sup>347</sup> Vidare är det enligt Mikelsen få skandinaviska jurister som är medvetna om vilka engelska begrepp som faktiskt har en särskild juridisk innebörd. Dessutom, även om den skandinaviska juristen är medveten om att begreppet har en särskild innebörd, är det inte säkert att juristen vet vad denna innebörd är.<sup>348</sup> Utgångspunkten bör därför, enligt Rosengren, vara att då båda parterna är svenska så tolkas begreppen enligt sin svenska juridisk-tekniska innebörd.<sup>349</sup> Hedwall intar en liknande position och menar att om ingen av parterna har anknytning till engelsk rätt bör det krävas en uttrycklig hänvisning eller extraordinära omständigheter för att avtalet ändå ska tolkas utefter sin engelska juridisk-tekniska innebörd.<sup>350</sup> Även Martin är av åsikten att parternas nationalitet spelar roll för huruvida ett begrepp ska tolkas enligt sin svenska eller engelska juridisk-tekniska innebörd.<sup>351</sup> Har parterna endast använt engelska som arbetspråk finns det ingen anledning för svensk domstol att tolka avtalet utefter engelsk juridisk-teknisk innebörd.<sup>352</sup>

Ett norskt rättsfall får agera exempel. I tvisten menade ena parten att termen *liquidated damages* skulle tolkas enligt sin engelska juridisk-tekniska innebörd och att det därför förelåg ett skaderekvisit. Domstolen ställde sig tveksam till huruvida det över huvud taget var en korrekt tolkning av engelsk rätt (vilket det i min mening inte är) men menade att oavsett om det var en korrekt tolkning eller inte, så hade *liquidated damages* endast använts för att

---

<sup>343</sup> Se NJA 1995 s. 586.

<sup>344</sup> Se Bernitz (2018) s. 81; Ramberg & Ramberg (2022) s. 95 f.; Jfr även Munukka (2007) s. 422 ff.

<sup>345</sup> Se Hedwall (2004) s. 144; Jfr Cordero-Moss (2007) s. 369.

<sup>346</sup> Se Selvig (1986) s. 1 f.

<sup>347</sup> Se Cordero-Moss (2007) s. 369; Se Mikelsen (2009) s. 552 f.

<sup>348</sup> Se Mikelsen (2009) s. 552 f.

<sup>349</sup> Se Rosengren (2010) s. 21.

<sup>350</sup> Se Hedwall (2004) s. 154.

<sup>351</sup> Se Martin (2014) s. 441.

<sup>352</sup> Jfr Selvig (1986) s. 20 ff.



översätta det norska begreppet ”dagmulkt”. Engelskan hade i det fallet alltså endast använts som arbetspråk och någon anledning att bedöma begreppet utifrån sin engelska juridisk-tekniska innebörd förelåg därför inte.<sup>353</sup>

Är det fråga om två svenska parter, eller åtminstone parter tillhörande till samma rättsfamilj, ligger det alltså nära till hands att anta att engelska endast fungerat som arbetspråk. Om det däremot är fråga om två engelska parter eller att det är engelska jurister som utformat avtalet, ligger det närmare till hands att tro att engelska inte bara fungerat som arbetspråk, utan att engelsk rätt också ska användas för att tolka begreppens betydelse.

Men vad händer då om till exempel en part är från Sverige och den andra från England? Det torde inte vara nog att endast en av parterna uppfattat det som att begreppet ska tolkas utifrån sin engelska juridisk-tekniska innebörd utan det bör även krävas att motparten insett eller borde insett att begreppet skulle förstås så.<sup>354</sup> Hävdar endast en av parterna att begreppet ska bedömas enligt engelsk juridisk-teknisk innebörd bör han ha bevisbördan för att det föreligger sådana omständigheter som gör att motparten insett eller borde insett att det var den engelska juridisk-tekniska innebörden som avsågs vid avtalslutet.<sup>355</sup> Som kommer att diskuteras nedan spelar dock även avtalets ursprung roll. Mikelsen menar att om ena parten är från ett civil law-land och den andra parten från ett common law-land, är det möjligt att civil law-parten får ”bära risken” för att avtalet är utformat efter common law. Stöd för en sådan ”riskfördelning” går nämligen att hitta i ett tyskt rättsfall, där den tyska parten fick stå risken för att avtalet var utformat utifrån en annan rättsordning.<sup>356</sup>

Vidare är det möjligt att avtalsvillkor eller begrepp är av så kallad ”blandad karaktär”. Begreppet kan vara av ”blandad karaktär” på två olika sätt. För det första, är ett avtalsvillkor ofta en blandning av flera tidigare modellklausuler där det kan vara svårt (eller till och med omöjligt) att utröna mot vilken bakgrund de enskilda modellklausulerna utformats. Dessutom, även om det är möjligt att utröna vilken bakgrund var och en av de ursprungliga modellklausulerna har utformats utefter, återstår frågan mot vilken bakgrund det ”blandade” avtalsvillkoret ska anses utformat utefter.<sup>357</sup> För det andra, kan ett begrepp visserligen ha en särskild juridisk-teknisk innebörd i engelsk rätt, men också en tydlig juridisk-teknisk innebörd i svensk rätt. Solvang menar att det i sådana fall ligger närmast för domstolen att tolka begreppet enligt den inhemska juridisk-tekniska innebörden.<sup>358</sup>

---

<sup>353</sup> Se LG-1995-520, Gulatings lagmannsrett, dom den 27 januari 1997.

<sup>354</sup> Se Mikelsen (2009) s. 541.

<sup>355</sup> Se Rosengren (2010) s. 21.

<sup>356</sup> Se Mikelsen (2009) s. 553 där rättsfallet RGZ (Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen) 39, 65 diskuteras.

<sup>357</sup> Jfr Cordero-Moss (2007) s. 370.

<sup>358</sup> Se Solvang (2009) s. 108 f. Solvang använder ”kontrollbegreppet” som exempel.

För svensk del ska också nämnas att det inom ramen för 36 § AvtL är möjligt att ta hänsyn till bristande språkkunskaper hos ena parten, även om motparten varken insett eller utnyttjat dessa.<sup>359</sup>

### 5.3 Avtalets ursprung – särskilt om standardavtal

Att avtalet har utformats mot bakgrund av engelsk rätt talar för att begreppen som förekommer också ska tolkas i enlighet med sin engelska juridisk-tekniska innebörd. Det norska rättsfallet ”Arica”<sup>360</sup> är ett tydligt exempel på hur avsikten från ursprungsförfattarna till standardavtalet kan ”smitta av sig” på parterna som använt sig av standardavtalet. Standardavtalet som användes (Texacotime 2) hade engelsk eller amerikansk rätt som lagval, men parterna hade valt att byta ut den ursprungliga lagvalsklausulen till att istället utpeka norsk rätt. Standardavtalet var tydligt utformat mot angloamerikansk rätt och ett engelskt rättsfall<sup>361</sup> (också bekräftat i ett amerikanskt rättsfall) där domstolen slagit fast att det var *brutto* tidstapp som gällde vid beräkningen av prisavdrag av en så kallad *off-hire*-klausul. Inom norsk praxis<sup>362</sup> hade man dock slagit fast motsatsen, nämligen att det var *netto* tidstapp som gällde.<sup>363</sup>

Frågan uppstod därför om klausulen skulle tolkas enligt sin engelska eller norska juridisk-tekniska innebörd. Majoriteten menade att enligt *norska* avtalstolkningsprinciper skulle avtalet *tolkas* i enlighet med ursprungsförfattarnas avsikt. Man motiverade detta med att parter, då de använder standardkontrakt, sällan reflekterar över den närmare innebörden av en specifik klausul och att någon gemensam partsavsikt därför inte går att utröna.<sup>364</sup> Minoriteten ansåg istället att avtalet inte besvarade frågan om det var netto- eller bruttotapp som skulle gälla och att avtalet därför skulle *yllas ut* med dispositiv rätt som då skulle innebära nettotapp. Det bör också uppmärksammas att båda parter i Arica-fallet var från Norge.

Selvig menar att det går att identifiera tre tolkningsprinciper utifrån domskälen i Arica-fallet: (1) Ett avtalsvillkor ska tolkas utifrån vad parterna kan antas ha menat. (2) Vid tolkningen av standardvillkor antas parternas avsikt varit densamma ursprungsförfattarnas. (3) Ett standardvillkor som är utarbetat på engelska av engelska jurister antas ha utformats så att det ska överensstämma med engelsk rättspraxis.<sup>365</sup>

Mikelsen har kritiserat rättsfallet och ställer sig frågande till om avgörandet hade blivit samma idag. Han menar att eftersom parterna valt att byta ut den ursprungliga lagvalsklausulen till att istället utpeka norsk rätt, talar

---

<sup>359</sup> Se Grönfors & Dotevall (2016) under rubrik 11 Konkret bedömning: omständigheterna vid avtalets tillkomst; Jfr även prop. 1975/76:81 s. 126.

<sup>360</sup> ND 1983 s. 309.

<sup>361</sup> Se *Hogarth v Miller* [1891] A.C. 48 (Ofta benämnd ”Westfalia” i doktrin).

<sup>362</sup> Se Rt. 1915.881 (Ofta benämnd ”Herman Wedel Jarlsberg”-domen i doktrin).

<sup>363</sup> Arica-fallet diskuteras i mer eller mindre all doktrin som hänvisas till i frågan, se bl.a. Selvig (1986) s. 4 ff. och Mikelsen (2009) s. 548 ff.

<sup>364</sup> Se ND 1983 s. 309 på s. 322.

<sup>365</sup> Se Selvig (1986) s. 24.

avtalsstolkningsprincipen om att ”skrivet går före tryckt” för att parternas avsikt varit att begreppen ska tolkas enligt sin norska juridisk-tekniska innebörd.<sup>366</sup>

Grönfors har för svensk del menat att domslutet i Arica-fallet var korrekt, men kritiserat domskälen. Han instämmer med minoriteten att avtalet inte svarar på frågan om det är brutto- eller nettotapp som ska gälla och att avtalet därför ska fyllas ut med nationell dispositiv rätt och att nettotapp därför ska gälla. Han menar dock att ”vikten av internationell harmoni talar för att den svenska tolkningslinjen viker i detta läge” och att bruttotapp slutligen är det som därför ska anses gälla.<sup>367</sup>

Tillvägagångssättet som Grönfors argumenterar för har kritiserats av Hedwall, som visserligen också instämmer i att domstolen nådde rätt domslut. Han menar dock att om domstolen först ska *tolka* avtalet, sedan *fylla ut* med nationell rätt och slutligen *justera* med hänsyn till internationell harmoni, leder det till en allt för skönmässig bedömning och osäker rättsstillämpning. Hedwall förespråkar istället en objektiv tolkning av internationella avtal, särskilt i kommersiella förhållanden, med hänsyn till intresset av förutsebarhet vid sådana avtalsförhållanden.<sup>368</sup>

Även Ørstavik tillmäter förutsebarheten stor betydelse och menar att det är just av hänsyn till parternas behov av förutsebarhet som det är möjligt att legitimera att domstolen tar hänsyn till avtalets ursprung. Ju mer tillgängliga förarbeten till standardavtalet är, desto större vikt bör tillmätas den rätt som avtalet utformats utefter.<sup>369</sup> Liknande uttalande görs av Bjøranger Tørum som menar att kommersiella avtal ofta tas fram av andra än de som faktiskt signerar avtalet och att en objektiv tolkning således ligger nära till hands. En objektiv tolkning i sådana situationer innebär färre tvister, menar Bjøranger Tørum, eftersom parterna har sämre utsikter att nå framgång med invändningar om vad de *egentligen* menade.<sup>370</sup>

Hur avtalets ursprung påverkar avtalsstolkningen har även varit uppe i svensk rättspraxis. I NJA 1954 s. 573 var det fråga om ett avtal skrivet på engelska och som inte förhandlats mellan de norska och svenska avtalsparterna. HD tolkade friskrivningsklausulen i enlighet med svenska avtalsstolkningsprinciper utifrån oklarhetsprincipen samt principen om att friskrivningsklausuler ska tolkas restriktivt. Men domstolen uttalade också att det var den tolkning som bäst stämde överens med engelsk rättsuppfattning ”åt vilken [...] härvidlag bör ägnas beaktande”.<sup>371</sup> Uttalandet har gjort att rättsfallet ofta hänvisas till i den juridiska litteraturen som exempel på hur ett standardavtal med ursprung i engelsk rätt kan innebära att avtalet ska tolkas utifrån sin

---

<sup>366</sup> Se Mikelsen (2009) s. 548 ff.; Se även Solvang (2009) s. 73–80.

<sup>367</sup> Se Grönfors (1989) s. 51–53.

<sup>368</sup> Se Hedwall (2004) s. 153 ff.

<sup>369</sup> Se Ørstavik (2008) s. 367, som dock menar att genom att tillmäta ursprungsförfattarnas avsikt betydelse undergrävs partsautonomin och den gemensamma partsviljan, se s. 366.

<sup>370</sup> Se Bjøranger Tørum (2019) s. 16 f.

<sup>371</sup> Se NJA 1954 s. 573.

engelska juridisk-tekniska innebörd.<sup>372</sup> Även i NJA 1971 s. 474 uttalade HD att avtalsvillkoret skulle bedömas enligt svenska avtalstolkningsprinciper, men att de svenska avtalstolkningsprinciperna inte uteslöt möjligheten att beakta uppfattningen som rådde inom den internationella sjöfarten. I det fallet förelåg emellertid inte några omständigheter som innebar tillräckligt starka anknytningar till angloamerikansk rätt för att den engelska rättsuppfattningen skulle beaktas.<sup>373</sup> Även om rättsfallet inte behandlade engelska standardavtal, utan istället NSAB 2000, ska här ändå nämnas NJA 2018 s. 301. Likt Ørstavik menar att ju mer tillgängliga förarbetena till standardavtalet är, desto större vikt bör tillmätas ursprungsförfattarnas avsikt, uttalade HD att gemensamma kommentarer gjorda av ursprungsförfattarna till ett standardavtal kan ha mycket stor betydelse vid avtalstolkningen. Rättsfallet är därför ett tydligt exempel på att även svensk domstol, enligt svensk avtalstolkning, tar hänsyn till ursprungsförfattarnas avsikter och avvägningar.<sup>374</sup>

För egen del instämmer jag i Hedwalls kritik gentemot Grönfors tillvägagångssätt. Att justera med hänsyn till internationell harmonisering får anses alldeles för oförutsebart och rättsosäkert. Dessutom, som Solvang påpekar, bygger argumentet att avtal ska tolkas enligt sin angloamerikanska juridisk-tekniska innebörd med hänsyn till internationell harmonisering på premissen att det råder enighet inom den angloamerikanska rätten. Så är långt ifrån alltid fallet.<sup>375</sup>

Vidare ställer jag mig kritisk till minoritetens argumentation i Arica-fallet om att avtalet borde *füllas ut* med dispositiv norsk rätt. Avtalet innehöll nämligen en *off hire*-klausul och saken kan därför sägas vara reglerad i avtalet. Saken bör då lösas genom *tolkning* – inte *utfyllnad*.<sup>376</sup> Oklarhetsregeln ger inte heller någon direkt vägledning, eftersom ingen av parterna varit författare till avtalet. Däremot avtalstolkningsprincipen ”skrivet går före tryckt” skulle kunna tala för att begreppet istället borde *tolkats* enligt norsk juridisk-teknisk innebörd. Men det är i så fall genom *tolkning* man bör nå den slutsatsen.<sup>377</sup>

Enbart det faktum att parterna valt att använda sig av ett standardavtal som utformats mot bakgrund av engelsk rätt talar dock för att begreppen ska tolkas

---

<sup>372</sup> Se Mikelsen (2009) s. 533; Pålsson (1998) s. 99 not 202; Hedwall (2004) s. 145 f. Hedwall menar att tillvägagångssättet i NJA 1954 s. 573 stämmer väl överens med hur man gick till väga i Arica-fallet, se s. 152 f.

<sup>373</sup> NJA 1971 s. 474, se särskilt s. 495; Selvig är av åsikten att domstolen la stor vikt vid att engelsk rätt hade lett till ett för svensk del orimligt resultat, se Selvig (1986) s. 10. Om så är fallet är det olyckligt att detta inte framgår tydligare av domskälen, jfr Hedwall (2004) s. 147.

<sup>374</sup> Jfr Ramberg & Ramberg (2022) s. 202.

<sup>375</sup> Se Solvang (2009) s. 95 ff. och däri gjorda exempel på skillnader; Ett för uppsatsen närliggande exempel på hur även common law-länderna skiljer sig åt är *penalty*-doktrinen, som enligt engelsk rätt kräver kontraktsbrott för att aktualiseras, medan det inte krävs enligt australiensisk rätt. Se *Andrews v Australia and New Zealand Banking Group Ltd* [2012] HCA 30 och *Cavendish* p. 12–18.

<sup>376</sup> Jfr Lehrberg (2020) s. 28 ff.; se också avsnitt 3.2.

<sup>377</sup> Ramberg hävdar dock att oklarhetsregeln bör förstås som så att det är den part som gynnas i jämförelse med dispositiv rätt som drabbas av oklarhetsregeln, vilket i så fall också talar för att *tolka* avtalet i enligt norsk juridisk-teknisk betydelse. Se Ramberg & Ramberg (2022) s. 214 ff.

enligt sin engelska juridisk-tekniska innebörd. Har parterna valt ett sådant avtal finns det nämligen anledning att ställa sig frågan: ”Varför har parterna valt just detta standardkontrakt?” Svaret är kanske inte alltid ”för att inkorporera engelsk juridisk-teknisk innebörd”, men torde åtminstone ofta vara ”för att parterna ansett att avtalet utgör en rimlig avvägning av båda parterers intressen och reglerar parternas mellanhavanden på ett önskvärt sätt”. Avtalet bör därför också tolkas i enlighet med den bakgrunds rätt som den är utformad utefter för att avvägningen inte ska rubbas.<sup>378</sup>

## 5.4 Lagvalsklausulen

Som nämnt inledningsvis till detta kapitel gäller svenska avtalstolkningsprinciper, vilket får betydelse bland annat genom att svensk avtalstolkning tar större hänsyn till att tolkningsresultatet är rimligt.<sup>379</sup> Hur ”mycket” svensk tolkningslära ska användas påverkas inte av om lagvalet har gjorts uttryckligen eller genom allmänna lagvalsprinciper. Likväl kan det spela roll om parterna gjort ett uttryckligt lagval eller inte – principen om ”skrivet går före tryckt” gäller som svensk avtalstolkningsprincip och blir här särskilt aktuell.

Mikelsen menar att då ett avtal utformats på engelska och med engelsk rätt som inspirationskälla ligger det närmast till hands att välja engelsk rätt som tillämplig lag. Om parterna *ändå* valt en annan rättsordnings lag, till exempel svensk rätt, tyder det därför på att man önskat att avtalet ska tolkas annorlunda än vad som hade gjorts enligt engelsk rätt. Mikelsen menar att det gäller särskilt i kommersiella avtal där ombuden bör ha större insikt i hur en lagvalsklausul som utpekar annan lag än engelsk också innebär ett avkall på den engelska rätten som tillämplig lag.<sup>380</sup>

Samtidigt är det inte ovanligt att lagvalsklausulen förbises vid avtalsförhandlingarna och att svensk rätt därför utpekas utan någon närmare eftertanke av parterna. Huruvida lagvalsklausulen varit uppe för förhandling i det enskilda fallet kan således utgöra ett relevant tolkningsdatum. Har en av parterna ”struntat” i lagvalsklausulen därför att denne trots att lagvalet är betydelselöst, är det dock något som får ligga honom till last, enligt Mikelsen. En avtalspart får dock inte illojalt utnyttja en villfarelse hos motparten. Vidare är det möjligt att lagvalet gjorts av andra anledningar, till exempel för att parternas ansvarsförsäkringar enbart täcker avtal som regleras av svensk lag. I sådana fall ger inte lagvalsklausulen någon vägledning om hur parterna avsett att avtalet ska tolkas. Mikelsen sammanfattar det hela som att om det finns en uttrycklig lagvalsklausul, så är huvudregeln att begreppet ska tolkas så som det förstås inom avtalsstatutet. Men samtidigt utgör inte en uttrycklig lagvalsklausul något absolut hinder mot att begreppen ändå tolkas enligt sin engelska juridisk-tekniska innebörd om det finns konkreta omständigheter som talar för att parterna avsett detta.<sup>381</sup>

---

<sup>378</sup> Jfr Hedwall (2004) s. 155 f. för en liknande argumentation.

<sup>379</sup> Se avsnitt 5.1 ovan; Jfr även Selvig (1986) s. 2.

<sup>380</sup> Se Mikelsen (2009) s. 545 f.

<sup>381</sup> Se Mikelsen (2009) s. 546 f;

Även i annan juridisk litteratur är man överens om att en uttrycklig lagvals-klausul som utpekar annan lag än engelsk, talar för en tolkning enligt avtalsstatutets juridisk-tekniska innebörd. Selvig betonar att engelsk avtalsrätt är mycket tekniskt präglad och att resultatet av en tolkning enligt engelsk juridisk-teknisk innebörd därför riskerar att leda till oväntade och oönskade resultat för parterna. Selvig menar därför att huvudregeln är att lagvals-klausulen avgör vilken juridisk-teknisk innebörd som tillmäts ett begrepp.<sup>382</sup>

I avsaknad av en uttrycklig lagvals-klausul finns det därför utrymme att argumentera för att avtalet ska tolkas enligt engelsk juridisk-teknisk innebörd.<sup>383</sup> Två norska rättsfall<sup>384</sup> visar dock på att det kräver ett rimligt tolkningsresultat. I de två rättsfallen tolkades nämligen avtalet och dess begrepp enligt norsk juridisk-teknisk innebörd trots att en uttrycklig lagvals-klausul saknades. Det berodde på att en tolkning enligt engelsk juridisk-teknisk innebörd, enligt domstolen, hade lett till orimliga resultat. Dessutom spelade det troligen roll att samtliga parter var från Norge.<sup>385</sup>

## 5.5 Allmänna slutsatser

Mycket utav den relevanta praxisen behandlar tvister inom sjöfartsbranschen, vars avtalsförfattande under lång tid har präglats och starkt influerats av engelsk rätt. Således är det rimligt att anta att det krävs *ännu mer* för att begrepp ska tolkas enligt sin engelska juridisk-tekniska innebörd när det gäller avtal utanför sjörättens område.<sup>386</sup>

Solvang menar att ett begrepps engelska juridisk-tekniska innebörd inte utan vidare kan läggas till grund för avtalstolkningen.<sup>387</sup> Även Hedwall och Selvig tycks komma till slutsatsen att utgångspunkten för svensk domstol är att översätta det engelska begreppet, men att originalbegreppet i undantagsfall kan vara det som används.<sup>388</sup> Jag menar därför att man kan dra slutsatsen att åtminstone huvudregeln är att engelska avtalsbegrepp översätts till sin svenska motsvarighet.

Som typexempel på när översättning *inte* bör ske utan originalbegreppet istället bör vara det som används, nämner Hedwall begrepp som har en tydligt fastslagen engelsk juridisk-teknisk innebörd.<sup>389</sup> Samtidigt, som Solvang påpekar, är det möjligt att begreppen har en särskild juridisk-teknisk innebörd *även* i avtalsstatutet.<sup>390</sup>

---

<sup>382</sup> Selvig (1989) s. 21.

<sup>383</sup> Se Hedwall (2004) s. 138 f.

<sup>384</sup> Se ND 1950 s. 398 och ND 1952 s. 442.

<sup>385</sup> Se Mikelsen (2009) s. 545; Se även Martin (2014) s. 441.

<sup>386</sup> Se Mikelsen (2009) s. 543 och 551; Rosengren menar att om det är vanligt med engelska standardavtal inom branschen kan det finnas anledning att presumera engelsk juridisk-teknisk betydelse, se Rosengren (2010) s. 21; Liknande åsikt uttrycks även i Rosengren (2018) s. 178–211, se särskilt s. 196 f. och 211.

<sup>387</sup> Se Solvang (2009) s. 151.

<sup>388</sup> Se Selvig (1986) s. 3; Se även Hedwall (2004) s. 148; Jfr Lehrberg (2020) s. 132; Jfr även Pålsson (1998) s. 99.

<sup>389</sup> Se Hedwall (2004) s. 141.

<sup>390</sup> Se Solvang (2009) s. 108 f.

Viktigt att betona är att i och med att det är svenska avtalstolkningsprinciper som gäller, är en gemensam partsavsikt avgörande om en sådan är möjlig att utröna. Dessutom är det alltid en helhetsbedömning i det enskilda fallet utifrån samtliga relevanta omständigheter som ska göras och domstolen tar också hänsyn till att tolkningsresultatet framstår som rimligt.<sup>391</sup> Att försöka generalisera hur domstolen går till väga när den ställs inför engelska begrepp bör man därför, som Gorton påpekar, vara mycket försiktig med.<sup>392</sup>

Utifrån det som redogjorts för ovan i kapitlet ska dock några omständigheter belysas som är särskilt viktiga då domstolen avgör om ett begrepp ska bedömas enligt sin svenska eller engelska juridisk-tekniska innebörd:<sup>393</sup>

- (1) Har engelska använts på grund av att det är det gemensamma språket som samtliga parter behärskar, alternativt om engelska endast har använts endast för att översätta avtalet?
- (2) Är avtalet eller avtalsvillkoret ett standardavtal eller standardklausul som utformats mot bakgrund av engelsk rättspraxis och engelsk rätt?
- (3) Innehåller avtalet en uttrycklig lagvalsklausul? Om ja, har denna förhandlats mellan parterna?
- (4) Vilken eller vilka nationaliteter har parterna?
- (5) Är begreppet en tydlig juridisk-teknisk innebörd inom engelsk rätt? Om ja, är det begreppet av så kallad ”blandad karaktär”, det vill säga om det *även* har en särskild juridisk-teknisk innebörd inom svensk rätt?
- (6) Har avtalet eller avtalsvillkoret utformats av engelska jurister som är yrkesverksamma i England?
- (7) Hur stark koppling har avtalet och eventuell bransch som avtalet förekommer inom till internationell rätt?
- (8) Är den juridisk-tekniska innebörden av begreppet densamma inom samtliga common law-länder?
- (9) Om begreppet tillmäts sin engelska juridisk-tekniska innebörd, framstår tolkningsresultatet som rimligt?

Även om jag menar att man utifrån ovanstående omständigheter kan skapa sig en uppfattning om hur svensk domstol kommer att gå tillväga, måste det likväl konstateras att frågan om hur svenska domstolar behandlar utländska begrepp fortsatt är mycket oklar.<sup>394</sup>

## 5.6 Några processuella aspekter

### 5.6.1 17 kap. 3 § RB

---

<sup>391</sup> Jfr NJA 1995 s. 586; Se vidare för svensk avtalstolkning, avsnitt 3.2.

<sup>392</sup> Se Gorton (2007) s. 332.

<sup>393</sup> Omständigheterna är framförallt inspirerade av Mikelsen, dock med vissa modifieringar och tillägg. Se Mikelsen (2009) s. 559 f; Jfr även Martin (2004) s. 443 ff.

<sup>394</sup> Se Ramberg & Ramberg (2022) s. 194 f.

Domstolen får, i enlighet med dispositionsprincipen i 17 kap. 3 § RB, endast beakta omständigheter som klart och otvetydigt åberopats av rätt part.<sup>395</sup> Bakom detta ligger en rättssäkerhetsaspekt då motparten måste veta vad denne ska försvara sig emot. Det är dock endast rättsfakta som måste åberopas för att få läggas till grund för dom, medan det för bevisfakta är tillräckligt att dessa införts.<sup>396</sup> En omständighet kan ha betydelse både som rättsfaktum och bevisfaktum. Medan det står domstolen fritt att beakta ett åberopat rättsfaktum såsom ett bevisfaktum (för ett annat påstående om rättsfaktum), är domstolen förhindrad från att beakta en omständighet som införts som bevisfaktum såsom ett rättsfaktum.<sup>397</sup> Huruvida omständigheter som talar för att ett avtal ska tolkas på ett visst sätt (tolkningsdata) är att betrakta som rättsfakta eller bevisfakta besvaras inte av RB. Det tycks vara omständighetens funktion i processen som avgör huruvida det är ett bevisfaktum eller rättsfaktum, inte dess egenskaper i sig.<sup>398</sup> Tolkningsdata kan därför vara både rättsfakta och bevisfakta, beroende på vad omständighetens funktion är i tvisten.

Enligt Heuman får tolkningsdata olika funktioner i processen beroende på hur tolkningspåståendet ser ut. Går påståendet ut på att det ingåtts ett muntligt avtal, utgör påståendet ett åberopat rättsfaktum. Om påståendet istället går ut på att tolkningsdatumet ensamt eller tillsammans med andra tolkningsdata ska leda till en viss slutsats om avtalsinnehållet utgör tolkningsdatumet ett bevisfaktum.<sup>399</sup> Maunsbach beskriver saken liknande, men på ett något enklare sätt. Tolkningsdata som används för att tydliggöra och förklara ett avtalsinnehåll utgör bevisfakta, medan det som faktiskt ska klargöras (dvs. avtalsinnehållet) utgör rättsfakta.<sup>400</sup> En fullständig redogörelse och problematisering om hur tolkningsdata ska klassificeras processuellt låter sig här inte göras.<sup>401</sup> Istället får Westbergs två modeller (bevisfaktummodellen och rättsfaktummodellen) agera som illustrerande exempel på problemet och hur tolkningsdata kan utgöra både bevisfakta och rättsfakta beroende på kontexten.

Först ska påpekas att själva avtalsvillkoret ersätter den dispositiva rättsregel som annars hade gällt, och bör behandlas som ett rättsfaktum. Avtalsvillkoret i sig måste därför åberopas. Avtalsvillkor skiljer sig från rättsregler (förutom att de måste åberopas) bland annat på så sätt att avtalsvillkor tolkas enligt avtalstolkningläran och parterna ansvarar för att utreda avtalsvillkorets ”rätta” innebörd, medan rättsregler tolkas enligt rättskälleläran och det är domstolen som ansvarar för att utreda rättsregelns ”rätta” innebörd.<sup>402</sup>

Westberg framställer två modeller för att avgöra om ett påstående om hur ett visst begrepp i ett avtal ska tolkas utgör ett rättsfaktum eller ett

---

<sup>395</sup> Se NJA 2019 s. 802 p. 13; Se även Westberg (2010) s. 257 med hänvisning till NJA 1980 s. 352; Även Fitger hänvisar till NJA 1980 s. 352 med samma slutsats, se Fitger m.fl. (2022), Rättegångsbalken, 17 kap. 3 §, (JUNO).

<sup>396</sup> Se Westberg (2020) s. 433 f. och 437 f.

<sup>397</sup> Se Ekelöf m.fl. (2016) s. 42 ff.; Lindell (1987) s. 31 f; Westberg (2020) s. 462.

<sup>398</sup> Jfr Lindell (1987) s. 31 f.

<sup>399</sup> Se Heuman (2015) s. 799.

<sup>400</sup> Se Maunsbach (2015) s. 334 f.

<sup>401</sup> Den intresserade rekommenderas läsa Lindboms examensarbete, se Lindbom (2016).

<sup>402</sup> Se Westberg (2020) s. 427–437. Se särskilt s. 428 f. för en mer detaljerad redogörelse för skillnaderna mellan avtalsvillkor och rättsregler.



bevisfaktum. Antingen utgör tolkningspåståendet ett påstående om att ett visst begrepp ska tolkas enligt ”den gemensamma partsavsikten”, som då förutsätter att parterna har haft samstämmiga avsikter med vad de avsett med exempelvis begreppet *liquidated damages*. Tolkningspåståendet att parterna haft en gemensam avsikt om hur begreppet *liquidated damages* ska tolkas (exempelvis enligt sin engelska juridisk-tekniska innebörd) utgör då ett rättsfaktum. De tolkningsdata som läggs fram till stöd för detta rättsfaktum (den gemensamma partsavsikten) utgör då bevisfakta enligt den modell som Westberg benämner ”bevisfaktummodellen”.<sup>403</sup>

Om parten istället gör gällande att det *inte* föreligger någon gemensam partsavsikt, ska ju en objektiv tolkning av avtalet göras i enlighet med HD:s tolkningsmodell.<sup>404</sup> Partens tolkningspåstående gör då gällande att begreppet ska förstås på ett visst sätt utifrån en objektiv bedömning. Westberg menar då att följande rättsregel om tolkning existerar:

Om en partsgemensam avsikt saknas eller inte går att fastställa, ska avtalsinnehållet vara det som objektivt fastslås på grundval av åberopade och bevisade *omständigheter*.

Överförs den av Westberg presenterade rättsregeln på HD:s tolkningschema, där man talar om vad som utgör relevanta tolkningsdata vid en objektiv tolkning, utgör då sådana tolkningsdata som ”avtalets systematik” och ”bakgrunden till regleringen” därmed rättsfakta i enlighet med vad Westberg benämner ”rättsfaktummodellen”.<sup>405</sup>

Utifrån ovanstående analys, det vill säga att tolkningsdata i vissa fall utgör bevisfakta och i andra fall rättsfakta, gör den praktiska jurister förmodligen klokast i att ”skjuta med hagelbössan” och tydligt åberopa så många omständigheter som möjligt som talar till egen fördel. På så sätt undviker man att utgången av processen saboteras av processuella ofullständigheter. Dessutom är det, som Ramberg och Ramberg tycks vilja betona, inte helt lätt att avgöra om domstolen gör en tolkning utifrån en gemensam partsavsikt, en objektiv bedömning eller helt enkelt en helhetsbedömning i det enskilda fallet.<sup>406</sup>

## 5.6.2 Bevisning av utländsk rätt – Några allmänna reflektioner

Att fastställa vad som gäller enligt en utländsk rättsordning är inte alltid enkelt. Svensk domstol har inte heller någon skyldighet att ha någon kunskap om innehållet i utländsk rätt.<sup>407</sup> Då svensk domstol ska tillämpa utländsk lag

---

<sup>403</sup> Se Westberg (2020) s. 508–510 och 515–518.

<sup>404</sup> NJA 2015 s. 741 p. 9–10.

<sup>405</sup> Se Westberg (2020) s. 508–510 och 515–518; Se även Lundberg (2019) s. 383 ff. som tycks dra en liknande slutsats som Westberg, nämligen att om avtalet i sitt totala skick utgör grunden för en fullgörelsetalan så utgör saker som syfte, partsvilja etc. bevisfakta som inte behöver åberopas. Men om grunden för fullgörelsetalan istället är ordalydelsen, utgör syfte, partsvilja etc rättsfakta som måste åberopas.

<sup>406</sup> Se Ramberg & Ramberg (2022) s. 213 f.; Se även Lundberg (2019) s. 385.

<sup>407</sup> Se Borgström, Rättegångsbalk (1942:740) 35 kap. 2 §, Karnov (JUNO) (besökt 2023-03-22).

har domstolen därför getts en möjlighet att enligt 35 kap. 2 § RB anmana part att inkomma med bevisning om vad som gäller enligt utländsk rätt. Bestämelsen är dock endast tillämplig då ”främmande lag [skall] lända till efterrättelse”.<sup>408</sup> Så är inte fallet enligt uppsatsens utgångspunkter. Här gäller istället att det är *svensk* lag som ska lända till efterrättelse.

Inspirerat av ett norskt rättsfall får skaderekvisitet fungera som exempel.<sup>409</sup> Bortses här ifrån vad som *faktiskt* utgör gällande rätt i Sverige och England, kan istället *poneras* följande: Enligt svensk rätt innehåller vitet utan tvekan ett skaderekvisit, som dock är en materiell fråga och därför kan avtalas bort mellan parterna. Inom engelsk rätt är det dock oklart om ett skaderekvisit existerar. Vidare gäller att parterna avtalat om *liquidated damages* samt att det mellan parterna är ostridigt att borgenären inte lidit någon skada. Borgenären framför därför ett av två möjliga påståenden:

- (i) Det föreligger en gemensam partsavsikt att begreppet *liquidated damages* ska tolkas enligt engelsk juridisk-teknisk innebörd. Enligt engelsk rätt föreligger inte något skaderekvisit. Vitet ska därför dömas ut.
- (ii) Någon gemensam partsavsikt föreligger inte mellan parterna. Utifrån en objektiv tolkning av begreppet *liquidated damages* ska dock vitet tolkas som att det inte innehåller något skaderekvisit, eftersom något sådant skaderekvisit inte föreligger enligt engelsk rätt.

Situationen ger upphov till ett antal processrättsliga problem. Hur ska domstolen utreda vad som gäller enligt engelsk rätt? Om det fortfarande är osäkert vad som gäller enligt engelsk rätt, vad ska då anses gälla?

Borgenärens första tolkningspåstående gör gällande att det finns en gemensam partsavsikt som innebär att något skaderekvisit inte ska föreligga. Detta tolkningspåstående utgör, enligt vad som utredds ovan, ett rättsfaktum. De tolkningsdata som läggs fram till stöd för den gemensamma partsavsikten utgör då bevisfakta. Det framstår därför i min mening som att utredningen om engelsk rätt vid det första tolkningspåståendet utgör bevisfakta. Frågan om bevisfakta har blivit tillräckligt bevisat ska inte göras föremål för en bevisbörderegulering, utan ska lösas genom bevisvärdering.<sup>410</sup> Om domstolen då genom att värdera den bevisning som lagts fram för att bevisa vad som gäller enligt engelsk rätt når slutsatsen att någon gemensam partsavsikt (rättsfaktumet) inte är styrkt ska domstolen, i enlighet med HD:s tolkningsmetod, gå vidare och se till hur begreppet ska förstås utifrån en objektiv bedömning.

Denna objektiva tolkning överensstämmer med borgenärens andra möjliga påstående, nämligen att begreppet *liquidated damages* utifrån en objektiv bedömning ska tolkas som att det inte innehåller något skaderekvisit. Hur begreppet ska tolkas objektivt avgörs på grundval av återopade och bevisade

---

<sup>408</sup> Se 35 kap. 2 § RB.

<sup>409</sup> LG-1995-520, Gulating lagmannsrett, dom den 27 januari 1997. En av parterna menade här att *liquidated damages* enligt engelsk rätt innehöll ett skaderekvisit. Domen diskuterades i samband med hur engelska som arbetsspråk påverkar bedömningen, se avsnitt 5.2

<sup>410</sup> Se Ekelöf m.fl. (2009) s. 78 ff., se särskilt s. 83; Heuman (2022) s. 133 ff. som dock också diskuterar om även andra saker än rättsfaktum eventuellt kan lösas med bevisbörda, se s. 152 ff.; Se även Heuman (2015) s. 799 ff.; Se även Lindell (1987) s. 296.

*omständigheter*.<sup>411</sup> Här utgör därför inte längre engelsk rätt tolkningsdata som är att anse som bevisfakta, utan istället tolkningsdata som är att anse som rättsfakta. Engelsk rätt kan därför här bli föremål för en bevisbörderegulering.<sup>412</sup>

Frågan blir då vem som ska bära bevisbördan för att utreda vad som gäller enligt engelsk rätt.<sup>413</sup> Jag menar att en analog tillämpning av 35 kap. 2 § RB ligger närmast till hands. Visserligen är det omstritt vad som gäller om det förblir outrett vad som gäller enligt utländsk rätt även enligt 35 kap. 2 § RB, men oftast torde risken få bäras av den part som stödjer sin argumentation på den utländska rätten.<sup>414</sup> Att bevisbördan bör placeras på den part som hävdar att utländsk rätt är annorlunda än svensk rätt finner även stöd av sannolikhets-teorier om bevisbördans placering. Enligt dessa sannolikhets-teorier ska bevisbördan placeras på den part som påstår något avvikande från vad som gäller enligt den dispositiva materiella rätten.<sup>415</sup>

Sammanfattningsvis menar jag därför att oavsett om tolkningspåståendet utgör ett tolkningspåstående enligt (i) eller (ii), blir det i slutändan så att det är den part som hävdar att något *annat* gäller enligt engelsk rätt än enligt svensk rätt som bär bevisbördan för att detta *andra* blir styrkt. Om parten misslyckas med att styrka, till exempel att engelsk rätt *inte* skulle innehålla ett skaderekvisit, kommer domstolen anta att engelsk rätt överensstämmer med svensk rätt.

## 5.7 Bedömning av en engelsk vitesklausul enligt svensk rätt

### 5.7.1 Vitesklausulen bedöms enligt sin engelska juridisk-tekniska innebörd

Att en vitesklausul bedöms enligt sin engelska juridisk-tekniska innebörd innebär att den bedöms på ett sätt som överensstämmer med utredningen i kapitel 2, förutsatt att den engelska rätten kan bevisas. Vad som gäller enligt engelsk juridisk-teknisk innebörd ska därför inte upprepas. Det bör dock noteras att begreppet tillmäts sin engelska juridisk-teknisk innebörd som en följd av att svensk lag och svenska avtalstolkningsprinciper är tillämpliga. Det innebär att även om man enligt engelsk rätt gör bedömningen *ex ante* och

---

<sup>411</sup> Se avsnitt 5.6.1 och den däri av Westberg presenterade rättsregeln som gäller vid tolkning, nämligen att "[o]m en partsgemensam avsikt saknas eller inte går att fastställa, ska avtalsinnehållet vara det som objektivt fastslås på grundval av åberopade och bevisade *omständigheter*."

<sup>412</sup> Se Ekelöf m.fl. (2009) s. 78 ff., se särskilt s. 83; Se Heuman (2022) s. 133 f.; Se Lindell (1987) s. 296.

<sup>413</sup> I doktrin har ett antal teorier utvecklats om hur bevisbördan bör placeras. Uppsatsen ämnar endast göra en allmän reflektion om hur detta problem kan lösas i förevarande fall. För en mer detaljerad genomgång av olika teorier och principer om bevisbördans placering, se Heuman (2022), särskilt s. 66–87.

<sup>414</sup> Jfr NJA 2016 s. 288, särskilt p. 19; Se Bogdan & Hellner (2020) s. 57 f.; Se Jäterä-Jareborg (1997) s. 353 f. och däri gjorda rättsfallshänvisningar. Se även s. 239 f. och s. 317 ff.

<sup>415</sup> Se Heuman (2022) s. 69 ff. och kap. 9.

jämkning aldrig kan bli aktuell, är det aldrig möjligt för parterna att avtala bort 36 § AvtL. Det är fortfarande svensk lag som är tillämplig och tvingande regler (som 36 § AvtL eller lojalitetsplikten) kan inte avtalas bort.<sup>416</sup> Det är inte fråga om att svensk domstol ska tillämpa utländsk lag och därför är skyldiga att ta hänsyn till den utländska rättsordningens tolkningsprinciper, utan det är fortfarande svensk lag som är tillämplig på avtalet.<sup>417</sup> Den engelska juridisk-tekniska innebörden måste således förhålla sig till svensk lag och den svenska avtalsrättens tvingande regler.

### 5.7.2 Vitesklausulen översätts och bedöms enligt svensk juridisk-teknisk innebörd

Begreppsanvändningen tillmäts inte särskilt stor betydelse i vare sig svensk eller engelsk rätt. Då en *liquidated damages*- eller *penalty*-klausul ska översättas till sin svenska motsvarighet skapar dock det begrepp parterna använt en presumtion för vad parterna åsyftat med klausulen.<sup>418</sup> I enlighet med den jämförelse som gjordes ovan, bör domstolen därför tolka *liquidated damages* som ett begränsnings-, ersättnings- eller påtryckningsvite. Har parterna istället använt sig av *penalty* bör domstolen tolka begreppet som ett begränsnings-, påtrycknings- eller straffvite.<sup>419</sup>

Just *penalties* är ogiltiga enligt engelsk rätt, och detsamma gäller för straffvitet enligt svensk rätt. Det rimliga antagandet är dock att parterna inte syftat till att vitesklausulen ska vara ogiltig, varför man inte utan vidare bör översätta *penalty* till ”straffvite”. *Penalty* bör därför vara ett begränsnings- eller påtryckningsvite. Huruvida parterna avsett ett vite i skärpande eller begränsande syfte får avgöras i det enskilda fallet, men likt W. Kielland menar jag att användandet av *penalty* talar för ett syfte att skärpa ansvaret. Vill parterna istället uppnå ett begränsningsvite gör de istället klokast i att använda *liquidated damages*, eller till och med begreppet *underliquidated damages*. I praxis finns dock exempel på när en *penalty*, med hänsyn till andra tolkningsdata än ordalydelsen, bedömts vara ett begränsningsvite.<sup>420</sup>

Har parterna använt sig av *liquidated damages* låter sig inte någon vitestyp uteslutas på samma sätt som straffvitet kan uteslutas vid *penalties*. *Liquidated damages* kan därför vara ett begränsnings-, ersättnings- eller påtryckningsvite, där samtliga anses tillåtna enligt såväl engelsk som svensk rätt. Före *Cavendish* var det tydligare att engelsk rätt främst tog sikte på ersättningsvitet,

---

<sup>416</sup> Jfr Bernitz (2018) s. 80; W. Kielland (2008) s. 131; Det är möjligt att 36 § AvtL utgör en så kallad ”internationellt tvingande regel” även om ett annat lands lag ska tillämpas på avtalet, se prop. 1997/98:14 s. 27; Se även Bogdan & Hellner (2020) s. 87 och 362; Se även för samma sak Pålsson (1998) s. 114 ff.

<sup>417</sup> Jfr NJA 2016 s. 288 där HD uttalat att man ska sträva efter att använda den utländska rättsordningens rättskällor och tolkningsmetoder vid tillämpningen av utländsk lag. Det gäller alltså inte vid situationer där det fortfarande är svensk lag som ska tillämpas.

<sup>418</sup> Se W. Kielland (2008) s. 71 och 130; Jfr även avsnitt 4.6.

<sup>419</sup> Se avsnitt 4.1.5.1, Tabell 1 angående hur de vitestyperna förhåller sig till varandra.

<sup>420</sup> W. Kielland (2008) s. 56 och 66 ff.; I ND 1987 s. 216 bedömdes en *penalty* vara en ”normaltapserstatning”; I Rt. 1921.313 ansåg man att det vara fråga om ett begränsningsvite (ansvarsbegränsning) med hänsyn till andra tolkningsdata än ordalydelsen.

men frågan är idag mer komplicerad. I min mening bör huvudregeln dock vara att *liquidated damages* bör översättas till att motsvara ett ersättningsvite. Jag menar att främst tre anledningar talar för en sådan huvudregel. För det första, ska ett vite *in dubio*, både enligt svensk och engelsk rätt, tolkas som ett ersättningsvite.<sup>421</sup> För det andra, har man historiskt sett i doktrinen menat att engelsk rätt endast tillåter ersättande viten. Det får därför antas att många parter, trots avgörandet i *Cavendish*, fortfarande är av den uppfattningen. För det tredje, om vi utgår ifrån att *penalty* som huvudregel ska översättas till att vara ett påtryckningsvite, vore det märkligt om *liquidated damages* också ansågs utgöra ett påtryckningsvite som huvudregel. Även Klami-Wetterstein tycks anse att med *liquidated damages* förstås att vitets ersättande funktion är i centrum, då hon översätter ”*liquidated damages clauses*” till ”*standardsättningsklausuler*”.<sup>422</sup>

Det sagda innebär att en borgenär som förbiser skillnaden mellan *liquidated damages* och *penalties* och därför något slarvigt benämner en vitesklausul som *liquidated damages*, trots att det är ett påtryckande syfte som eftersträvas, riskerar att domstolen tolkar vitet som ett ersättningsvite och därmed jämkar vitet till ett lägre belopp än vad som annars hade gjorts. Vice versa gäller detsamma för en slarvig gäldenär, som riskerar att få ett högre vite utdömt gentemot sig om vitesklausulen benämns som *penalty*, trots att syftet som eftersträvats varit det ersättande.<sup>423</sup> För det fall parterna önskar att uppnå de rättsverkningar som *liquidated damages* tillmäts enligt engelsk rätt (men av någon anledning ändå vill att svensk lag ska utgöra avtalsstatut) gör parterna därför kanske klokt i att *inte* benämna vitet som *liquidated damages* utan istället som *penalty*.<sup>424</sup> Åtminstone gör nog parterna klokt i att precisera vilka syften som eftersträvats.

Ytterligare en sak att utreda är om användandet av *penalty* eller *liquidated damages* ska innebära att vitesklausulen är exklusiv. Utgångspunkten för *liquidated damages* och *penalties* är att dessa är exklusiva, medan de svenska vites typerna *in dubio* är icke-exklusiva.<sup>425</sup> Den svenska *in dubio*-regeln är dock, som diskuterats ovan, relativt enkel att bryta igenom och ofta finns det tolkningsdata som gör det möjligt att *tolka* vitesklausulen som exklusiv.<sup>426</sup> I min mening utgör användandet av det engelska begreppet ett sådant tolkningsdatum som innebär att vitesklausulen kan tolkas som exklusiv, även om saken självfallet måste avgöras från fall till fall. Parterna gör därför klokt i att uttryckligen reglera saken i avtalet.

## 5.8 Möjligheten att förändra domstolens tolkning genom avtalsvillkor

---

<sup>421</sup> Se avsnitt 3.1.2 och avsnitt 4.4

<sup>422</sup> Se Klami-Wetterstein (2018) s. 153.

<sup>423</sup> Jfr W. Kielland (2008) s. 63 och 71.

<sup>424</sup> Jfr W. Kielland (2008) s. 130.

<sup>425</sup> Se avsnitt 2.6 och avsnitt 3.4.

<sup>426</sup> Jfr avsnitt 3.4, se särskilt Taxell (1972) s. 451 f. & Olsen (1993) s. 138 ff. och 227

Svenska avtalstolkningsprinciper innebär att en gemensam partsavsikt är avgörande. Har parterna angett ett rättssystem som begreppen ska tolkas utifrån gäller det, även om det är ett något annat än avtalsstatutet.<sup>427</sup> Problemet är alltså inte huruvida det är *möjligt* att tolka enligt engelsk juridisk-teknisk innebörd för det fall parterna är överens om att det är den engelska juridisk-tekniska innebörden som ska ligga till grund för avtalet. Problemet är att en sådan gemensam partsavsikt sällan låter sig bevisas.<sup>428</sup>

Därutöver, om parterna inte uttryckligen reglerar frågan, är det både osäkert och svårt att förutse hur en svensk domstol kommer att behandla engelska uttryck.<sup>429</sup> Parterna gör därför klokt i att precisera hur man önskar att domstolen ska tolka ett visst begrepp. Det utgör i så fall en civilrättslig överenskommelse mellan parterna och en materiellrättslig hänvisning till domstolen om hur begreppet ska tolkas. En sådan hänvisning är materiellrättsligt bindande för domstolen. Enkelt, men samtidigt komplicerat uttryckt, kan man säga att om det svenska tolkningsresultatet leder till att det är det engelska tolkningsresultatet som avtalats, är det resultatet av svenska avtalstolkningsprinciper – inte engelska.<sup>430</sup> Att annan rätt än avtalsstatutet används för att tolka avtalet strider inte mot art. 12.1(a) Rom I förutsatt att det är förenligt med avtalsstatutet. Inte heller förbudet mot *renvoi* i artikel 20 Rom I anses utgöra hinder mot en sådan tolkning.<sup>431</sup>

### 5.8.1 Konkrete förslag på avtalsvillkorsformuleringar för att uppnå önskad effekt

Eftersom det är möjligt för parterna att uttryckligen ange ett rättssystem som begreppen ska tolkas utefter, även om rättssystemet är ett annat än avtalsstatutet, ska några konkreta exempel ges på hur ett sådant avtalsvillkor utformas. Som Hedwall rekommenderar bör dessa formuleringar göras i samband med lagvalsklausulen eller åtminstone i nära anslutning därtill.<sup>432</sup>

#### **Governing law**

This contract shall be governed by and construed in accordance with [Swedish] law and any dispute arising out of or in connection with this contract shall be referred exclusively to a Swedish general court.

Notwithstanding the parties' choice of governing law, the parties recognizes that this contract has been constructed as a result of the [English] legal system, and not as a translation of a contract constructed as a result of another legal system. It is therefore the common intention of the parties that the legal concepts within this

---

<sup>427</sup> Jfr Hedwall (2014) s. 133.

<sup>428</sup> Jfr Mikelsen (2009) s. 539.

<sup>429</sup> Se Ramberg & Ramberg (2022) s. 194 f.

<sup>430</sup> Jfr Mikelsen (2009) s. 534.

<sup>431</sup> Se Pålsson (1998) s. 99; Se även Bogdan & Hellner (2020) s. 59 ff.; Frågan om parterna avtalat om *dépeçage* enligt art. 3.1 Rom I faller utanför uppsatsens avgränsningar.

<sup>432</sup> Se Hedwall (2004) s. 133 och 148; Jfr även Selvig (1989) s. 25 f.

contract are to be construed in accordance with how they are construed under the [English] legal system. For the sake of clarity, the legal concepts within this contract are not to be translated to another legal system's legal concepts. Furthermore, English has been chosen by the parties as the language of this contract not because it is the language which both parties understand, but rather it has been chosen by the parties because the legal concepts shall be read in accordance with the English language.<sup>433</sup>

Avtalsvillkoret är utformat med hänsyn till de omständigheter som identifierats som särskilt betydelsefulla.<sup>434</sup> I avtalsvillkoret regleras uttryckligen att engelska varken har använts som arbetspråk mellan parterna eller för att översätta ett avtal som ursprungligen utformats på ett annat språk. Dessutom sägs det uttryckligen att avtalet utformats med engelsk rätt och engelsk rättspraxis som bakgrund. Omständighet 1 och 2 regleras således. Avtalsvillkoret innehåller visserligen en uttrycklig lagvalsklausul som pekar ut svensk rätt (omständighet 3), men det framgår tydligt att det inte är utifrån lagvalsklausulen som begreppen ska förstås.

Övriga omständigheter som spelar roll för bedömningen, det vill säga omständighet 3–9, regleras dock inte i avtalsvillkoret. Det beror på att dessa kan sägas utgöra objektiva omständigheter som inte påverkas av parternas överenskommelse. Till exempel parternas nationalitet (omständighet 4) eller branschens koppling till internationell rätt (omständighet 7) påverkas ju inte av vad parterna föreskrivit i sitt avtal. Avtalsvillkoret kan dock sägas reglera de omständigheter som parterna har möjlighet att påverka.

Skulle parterna önska att begreppen istället tolkades utifrån sin angloamerikanska juridisk-tekniska innebörd är det möjligt att byta ut "[English]" mot "Anglo-American". Parterna riskerar dock att begreppet inte har samma juridisk-tekniska innebörd i samtliga angloamerikanska rättssystem (se omständighet 8), vilket kan leda till oväntade tolkningsresultat. Parterna skulle därför kunna lägga till en formulering liknande (där "[English]" kan bytas ut mot ett annat rättssystem som parterna önskar vara utslagsgivande).<sup>435</sup>

If the legal concept cannot be construed in accordance with the Anglo-American legal system because the different Anglo-American legal systems construe the legal concept differently, it is the parties' common intention that the [English] legal system shall be decisive.

---

<sup>433</sup> Avtalsvillkorets första stycke som utgör själva lagvalet är inspirerat av standardavtalet GENCON 2022, se GENCON 2022 klausul 37. GENCON 2022 har valts som inspirationskälla då det är ett standardavtal utformat främst utifrån engelsk rättspraxis, se <https://www.bimco.org/contracts-and-clauses/bimco-contracts/gencon-2022#> (senast besökt 2022-03-24).

<sup>434</sup> Se avsnitt 5.5.

<sup>435</sup> Uppsatsen är dock avgränsad till det engelska rättssystemet, varför denna fråga inte utreds närmare.

## 6 Avslutande reflektioner och slutsatser

### 6.1 Inledning

Uppsatsen har fortlöpande analyserat och besvarat uppsatsens syfte och frågeställningar. Dessa analyser ska inte upprepas i detta kapitel. Istället ska här presenteras några avslutande reflektioner och slutsatser. Reflektionerna och slutsatserna bygger dock på de tidigare gjorda analyserna och följer samma disposition som uppsatsen i övrigt.

### 6.2 Vitesklausuler i engelsk rätt

Engelsk rätt drar en absolut gräns mellan två olika typer av vitesklausuler. Antingen utgör vitet *liquidated damages*, eller så är vitet en *penalty*. Rättsföljderna är helt och hållet avhängiga domstolens bedömning, och det är därför nödvändigt för domstolen att ta ställning till vilken vitestyp klausulen utgör. Jag menar att parternas syfte med vitet presumeras vara att ersättande och att därför det äldre *genuine pre-estimate of damage*-testet bör utgöra utgångspunkten. Däremot om borgenären kan visa att ett annat legitimt intresse, förutom att erhålla ersättning för skada, skyddas av vitesklausulen bedöms istället vitesklausulen enligt *legitimate interest*-testet, som möjliggör för högre vitesbelopp att dömas ut. Vitesbeloppet får dock inte vara ”för högt” eller vara utformat i syfte att straffa motparten. I så fall utgör vitesklausulen en ogiltig *penalty*. Även ett vite som utformats i ansvarsbegränsande syfte kan utgöra en *penalty*, men det är högst osannolikt. Möjligheten att avtala om ett vite i ansvarsbegränsande syfte är därför mycket stor inom engelsk rätt.

Vidare gäller att domstolens bedömning görs *ex ante*. Någon jämningsmöjlighet finns inte och vitet utgör alltid en exklusiv reglering av ersättningsfrågan. Vitet utgör därför, inom engelsk rätt, en för parterna förutsebar påföljd för avtalsbrott, något som tillgodoser parternas konfliktlösningsintresse.

Att bedömningen görs *ex ante* innebär också att det är möjligt (men högst ovanligt) att en *penalty understiger* faktisk liden skada. I dessa situationer bör vitesbeloppet utgöra ett tak för vad skadelidande kan få i ersättning. Frågan är dock oklar, och klagörande avgöranden från UKSC vore önskvärt.

Att vitet inte kan jämkas och att rättsföljderna är helt avhängiga hur vitesklausulen klassificeras, innebär att parternas begreppsanvändning i princip är betydelselös. Praktiska jurister uppmanas likväl att vara noggranna med begreppsanvändningen för att vitet inte ska framstå som straffande.

### 6.3 Vitesklausuler i svensk rätt

Svensk rätt tar stor hänsyn till vad som varit parternas *syfte* med vitesklausulen vid bedömningen. Att skilja mellan olika vitestyper är inte nödvändigt, men likväl ändamålsenligt för argumentationen om hur vitesklausulen bedöms. En uppdelning mellan *begränsnings-*, *ersättnings-*, *påtrycknings-* och *straffvitet* tjänar därför, i min mening, ett viktigt syfte när det gäller att



förklara hur vitesklausuler bedöms enligt svensk rätt. Till detta kommer också ett *konfliktlösningssyfte* som ska vägas in i bedömningen.

Min uppfattning är att man i doktrin ofta ”pratar förbi varandra” då man talar om vitets straffande element. Medan vissa argumenterar för att straffvitet ska vara otillåtet, kritiserar detta av andra som menar på att vitet inte enbart kan tillåtas få fungera ersättande. Att då skilja mellan *påtryckningsvitet* och *straffvitet* underlättar diskussionen och gör det möjligt att argumentera för att vitet ska tillåtas fungera påtryckande i skärpande riktning, utan att för den sakens skull argumentera för att det ska vara tillåtet att straffa sin motpart.

Distinktionen mellan påtryckningsvitet och straffvitet har nära anknytning till distinktionen mellan *rättsmissbruksförbudet* och *chikanförbudet*. I min mening aktualiserar påtryckningsvitet *rättsmissbruksförbudet*, med jämkning som rättsföljd, medan straffvitet aktualiserar *chikanförbudet* där istället ogiltighet gäller som rättsföljd. Detta tillvägagångssätt skapar även en önskvärd preventiv effekt mot vitesklausuler som utformas i straffande syfte.

Uppdelningen av olika vityper underlättar också tolkningen av NJA 2018 s. 834. I min mening bör rättsfallet läsas som att det ger uttryck för en *in dubio*-regel: ”vitet är, *in dubio*, ett ersättningsvite”. Rättsfallet bör inte läsas som att vitesklausuler i svensk rätt innehåller ett skaderekvisit.

Att vitet *in dubio* utgör ett ersättningsvite innebär dock inte att vitet *alltid* är ett ersättningsvite. Vitet tillåts fungera både begränsande eller påtryckande, varför också begränsnings- och påtryckningsvitet är tillåtna vityper. För att kunna bevisa ett annat syfte än det ersättande, kan det med fördel anges *varför* vitesklausulen avtalats. Ett exempel, som talar för ett påtryckande syfte, är följande: ”Eftersom det är av yttersta vikt att varorna levereras i tid, ska A betala 10 000 kr till B för varje påbörjat dygn som varorna är försenade”.

Hur mycket vitet eventuellt ska jämkas är beroende av vilka syften parterna eftersträvat med vitesklausulen. Hur vitets olika syften påverkar jämkningsfrågan sammanfattas enklast på så sätt att: Konfliktlösningssyftet talar *emot* jämkning åt något håll; begränsningssyftet talar *emot* jämkning uppåt, men *för* jämkning nedåt; ersättningsyftet talar *för* jämkning både uppåt och nedåt så att vitesbeloppet överensstämmer med faktisk skada; påtrycknings-syftet talar *för* jämkning uppåt om vitesbeloppet är mindre än faktisk skada, men *emot* jämkning nedåt om vitesbeloppet är större än faktisk skada.

Kommersiella parter presumeras både ha ett tydligare konfliktlösningssyfte och förmåga att själva tillvarata sina intressen, varför jämkning av vitesbeloppet sker med mycket stor restriktivitet i kommersiella förhållanden.

Eftersom jämkningsfrågan är beroende av vilka syften parterna haft med vitet måste domstolen, innan jämkning över huvud taget aktualiseras, fastslå just vitets syften. Detta sker genom avtalstolkning. Det är också genom avtalstolkningen man måste komma fram till att vitet är exklusivt. Vitet är nämligen, *in dubio*, en icke-exklusivt inom svensk rätt.

Även om frågan om hur svensk rätt bedömer och eventuellt tolkar vitesklausuler har besvarats, utgör mycket av den förda argumentationen en argumentation *de sententia ferenda*. Det innebär att det även framöver är önskvärt med vägledande avgöranden från HD samt att diskussionen fortsätter att

föras inom doktrinen. Uppsatsens uppmaning till HD och doktrin är då att tydliggöra vilka syften som åsyftas när man talar om ”vitet”, förslagsvis genom att använda en särskild terminologi likt den som presenterats i uppsatsen.

## 6.4 Komparativa reflektioner

Som diskuterats och schematiserats tidigare i uppsatsen, kan de engelska vitystyperna innehållsmässigt motsvaras av olika svenska vitystyper, beroende på hur den engelska domstolen kommit fram till sin klassificering av vitet. Inom båda rättsordningarna gäller dock att parternas syfte med vitet presumeras varit ersättande. Inom engelsk rätt bör *genuine pre-estimate of damage*-testet utgöra utgångspunkten och enligt svensk rätt utgör vitet *in dubio* ett ersättningsvite. Dessutom bör det inom båda rättsordningarna åligga den part som hävdar något annat syfte att bevisa detta.

Möjligheten att avtala om ett lågt vite i ansvarsbegränsande syfte, det vill säga ett begränsningsvite, är större inom engelsk rätt. Vitesklausulen utgör enligt engelsk rätt alltid en exklusiv reglering av ansvarsfrågan och det mycket ovanligt att begränsningsviten klassificeras som en *penalty*.

Påståenden om att svensk rätt skulle tillåta högre vitesbelopp än engelsk rätt är inte ovanliga. Som diskuterats tidigare i uppsatsen är sådana uttalanden, i min mening, delvis korrekta, delvis felaktiga. De är korrekta på så sätt att de skillnader som existerar kan tänkas skapa en viss preventiv effekt inom engelsk rätt som avhåller parter från att avtala om för höga vitesbelopp. De är dock felaktiga på så sätt att *legitimate interest*-testet tillåter lika höga belopp som ett skäligt påtryckningsvite. Skillnaderna ligger därför inte i hur höga vitesbelopp som tillåts i respektive rättsordning, utan i hur rättsordningarna hanterar vitesklausuler där parterna föreskrivit ett ”för högt” vitesbelopp.

Skillnaderna mellan rättsordningarna har också lett till att det allmänna språket bland jurister skiljer sig. Att skillnaderna dessutom var ännu större innan *Cavendish*-avgörandet har förmodligen också satt sina spår i det allmänna språkbruket. Medan engelska jurister drar sig för att tala om vitet som något straffande eller ens avskräckande, är det inte ovanligt att svenska jurister talar om vitet som straffande eller om viten med penal karaktär. Här kan den i uppsatsen presenterade terminologin tjäna ett nyttigt syfte. Genom att dela in vitet i begränsnings-, ersättnings-, påtrycknings- och straffvitet blir det tydligare hur domaren enligt svensk rätt faktiskt gör sin bedömning och hur det påtryckande vitet ska skiljas från det straffande. Utan indelningen riskerar man att dra, i min mening, felaktiga slutsatser.

## 6.5 Engelska vitesklausuler i svensk rätt

Då svensk rätt utgör avtalsstatut gäller svensk avtalstolkning. Oavsett om tolkningen resulterar i att parterna avsett svensk eller engelsk juridisk-teknisk innebörd för ett visst begrepp, är det i båda fallen resultatet av att svensk rätt och svensk avtalstolkning har tillämpats. Uppsatsen har identifierat ett antal omständigheter som särskilt betydelsefulla då domstolen avgör om ett begrepp ska förstås enligt sin engelska eller svenska juridisk-tekniska innebörd.

Utgångspunkten och huvudregeln är dock att engelska avtalsbegrepp, då avtalet är underkastat svensk rätt, översätts och tillämpas enligt svensk juridisk-teknisk innebörd. Den part som hävdar att avtalet ska tolkas annorlunda därför att begreppet har en annan engelsk juridisk-teknisk innebörd bör ha bevisbördan för vad som utgör gällande engelsk rätt. Den förda bevisningen om engelsk rätt utgör då tolkningsdata. Beroende på hur tolkningspåståendet framställs utgör dessa tolkningsdata antingen bevisfakta eller rättsfakta. Den part som hävdar en viss engelsk juridisk-teknisk innebörd gör därför klokt i att åberopa och bevisa så mycket som möjligt som kan tala till egen fördel för att undvika att utgången i tvisten påverkas av processuella begränsningar.

Huvudregeln, det vill säga att engelska avtalsbegrepp översätts och tillämpas enligt svensk juridisk-teknisk innebörd om avtalet är underkastat svensk lag, framstår i min mening som det korrekta tillvägagångssättet. Ett annat tillvägagångssätt riskerar att leda till oväntad och oförutsebar rättstillämpning för avtalsparterna. För att engelska avtalsbegrepp istället ska förstås enligt engelsk juridisk-teknisk innebörd menar jag därför att det måste finnas tydliga indikationer på att det faktiskt varit parternas intention. Mycket av den praxis som berör engelska avtalsvillkor återfinns dock inom sjöfartsbranschen, vars avtal är starkt influerade av engelsk rätt. Dessutom behandlas frågan mer ingående i norsk juridisk litteratur än i svensk. Hur engelskförfattade avtalsvillkor bedöms enligt svensk rätt är därför fortfarande osäkert. Med tanke på att engelska avtalsvillkor blir allt mer vanligt förekommande, vore vägledande uttalanden från HD önskvärda. Fram till dess, men även efter att HD uttalat sig i frågan, bör saken tillägnas större utrymme i doktrin.

När det gäller det specifika avtalsvillkoret *vitesklausuler* som är utformade på engelska och som ska tolkas enligt svensk juridisk-teknisk innebörd skapar den engelska begreppsanvändningen en presumtion för vad som varit parternas syften med vitet. Parterna bör därför vara mycket uppmärksamma på hur den engelska vitesklausulen benämns. Benämner parterna vitet som *liquidated damages* ligger det nära till hands att tolka vitet som ett ersättningsvite, eftersom vitet *in dubio* antas fungera ersättande inom båda rättsordningarna. Avser parterna ett påtryckningsvite kan det därför vara mer passande att benämna vitet som *penalty*. Hur som helst, gör parterna förmodligen klokast i att uttryckligen ange vilka syften parterna eftersträvat med vitesklausulen.

Parterna bör också vara uppmärksamma på att användandet av engelska begrepp kan utgöra ett tillräckligt starkt tolkningsdatum för att vitesklausulen ska tolkas som en exklusiv reglering av ersättningsfrågan.

Sammanfattningsvis står det klart att det åtminstone är *möjligt* att ett begrepp tolkas enligt sin engelska juridisk-tekniska innebörd även om avtalet är underkastat svensk lag. Problemet är snarare att en sådan tolkning sällan låter sig göras. Parterna kan därför genom avtalsvillkor, liknande uppsatsens presenterade exempel, göra materiellrättsliga hänvisningar till domstolen om hur ett begrepp ska förstås. Ett avtalsvillkor av detta slag bör placeras tillsammans med lagvalsklausulen eller i nära anknytning därtill.

# Källförteckning

## Källor

### Offentligt tryck

#### Propositioner

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

Prop. 1997/98:14 Romkonventionen – tillämplig lag för avtalsförpliktelser.

#### Statens offentliga utredningar

SOU 1915:1 Förslag till lag om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område, lag om avbetalningsköp m.m.

SOU 1974:83 Generalklausul i förmögenhetsrätten.

## Övrigt

#### Elektroniska och icke-tryckta källor

BIMCO, *GENCON 2022*. Tillgänglig via <<https://www.bimco.org/contracts-and-clauses/bimco-contracts/gencon-2022>> (hämtad 24 mars 2023).

European Education and Culture Executive Agency, Eurydice (2019) *Key data on teaching languages at school in Europe : 2017 edition*. Education, Audiovisual and Culture Executive Agency. Tillgänglig via: <<https://data.europa.eu/doi/10.2797/62028>> (hämtad 16 mars 2023).

University of Oslo, *Anglo-American Contract Models and Norwegian or other Civil Law Governing Law (completed)*. Tillgänglig via: <<https://www.jus.uio.no/ifp/english/research/projects/anglo/index.html>> (hämtad 23 mars 2023).

## Litteratur

Adestam, Johann – Arvidsson, Niklas (2017), *Lag (1936:81) om skuldebrev* [elektronisk lagkommentar]. Lexino 2017-11-01 (JUNO).

Adlercreutz, Axel – Gorton, Lars (2010) *Avtalsrätt 2*. 6 uppl. Lund: Juristförlaget.

Adlercreutz, Axel – Gorton, Lars – Lindell-Frantz, Eva (2016), *Avtalsrätt 1*. 14 uppl. Lund: Juristförlaget.

Adlercreutz, Axel – Mulder, Bernard Johann (2021), *Avtal: lärobok i allmän avtalsrätt*. 15 uppl. Stockholm: Norstedts Juridik.

Appeltofft, Marcus (2018), *Partsavsikt och parts avsikt – En rekonstruktion av begreppet gemensam partsavsikt*.

Beale, H. G. (red.) (2021), *Chitty on Contracts Vol. 1 General principles*. 34 uppl. London: Sweet & Maxwell/Thomson Reuters.

Bernitz, Ulf (2018), *Standardavtalsrätt*. 9 uppl. Stockholm: Norstedts Juridik.

Bjerketveit, André (2008), *Indemnity- og hold harmless-klausuler i norsk rett*. Avhandling vid University of Oslo.

Bjøranger Tørum, Amund (2019), 'Tolking av kommersielle kontrakter – et analyseverktøy'. *Jussens Venner*, vol. 51 issue 1, s. 1–38.

Bogdan, Michael – Hellner, Michael (2020), *Svensk internationell privat- och processrätt*. 9 uppl. Stockholm: Norstedts Juridik.

Borgström, Peter, Rättegångsbalk (1942:740) 35 kap. 2 § [elektronisk kommentar]. Karnov (JUNO) (besökt 2023-03-22).

Bryde Andersen, Mads (2018), 'Sprogets rolle i nordisk rettsamarbejde: Muligheder og begrænsninger', i: Kleineman, Jan (red.), *Nordiska förmögenhetsrättsdagarna*. Stockholm: Stockholm Centre for Commercial Law, Juridiska fakulteten, s. 15–26.

Bullarbo, Andreas (2016), *Om straffande vitens skälighet: Och gränsdragningen mellan normerat skadestånd och straffvite*. Examensarbete vid Uppsala universitet.

Cordero-Moss, Giuditta (2007), 'Tacit Choice of Law, Partial Choice and Closest Connection', i: Frantzen, Torstein – Giertsen, Johan – Cordero-Moss, Giuditta (red.), *Rett og toleranse: festskrift till Helge Johan Thue: 70 år*. 1 uppl. Oslo: Gyldendal akademisk.

Darbyshire, Penny (2008), *Darbyshire on the English legal system*. 9 uppl. London: Sweet & Maxwell.

Dryselius, David (2019), *Avtalsviten – effekter och rättsverkningar*. Lund: Faculty of Law, Lund University.

Dryselius, David (2022), 'Avtalsvite, skada och skadestånd', *SvJT* s. 156–174.

Dryselius, David (2023), *Vitesklausuler: En handbok*. Stockholm: Norstedts Juridik.

Ekelöf, Per Olof (1942), *Straffet, skadeståndet och vitet: En studie över de rättsliga sanktionernas verkningssätt*. Uppsala: Lundequist.

Ekelöf, Per Olof – Edelstam, Henrik – Heuman, Lars (2009), *Rättegång – Fjärde häftet*. 7 uppl. Stockholm: Norstedts Juridik.

Ekelöf, Per Olof – Edelstam, Henrik – Heuman, Lars – Pauli, Mikael (2016), *Rättegång – Första häftet*. 9 uppl. Stockholm: Wolters Kluwer.

Evald, Jens (2001), *Retsmisbrug i formueretten*. Köpenhamn: Jurist- og Økonomforbundet.

Fitger, Peter – Sörbom, Monika – Eriksson, Tobias – Hall, Per – Palmkvist, Ragnar – Renfors, Cecilia (2022), *Rättegångsbalken* [elektronisk lagkommentar]. JUNO.

Fehr, Martin (1913), *Om vitesbestämmelser i aftal enligt svensk rätt: en proff-föreläsning*. Uppsala: Almqvist & Wiksells boktryckeri AB.

Frisk, Ellen (2019), *Skadelidande parts möjlighet att erhålla skadestånd som överstiger ett avtalat vitesbelopp*. Examensarbete vid Lunds universitet.

Godsk Pedersen, Hans Viggo – Ørgaard, Anders, *Almindelig kontraktret*. 6 uppl. Köpenhamn: Djøf Forlag.

Gorton, Lars – Samuelsson, Per (2005), 'Kontraktuella viten', i: Dahlman, Christian (red.), *Studier i rättsekonomi: Festskrift till Ingemar Ståhl*. Lund: Studentlitteratur, s. 75–106.

Gorton, Lars (2007), 'Syndicated Loans – Some Thoughts on the Reception of Anglo-American Contract Practice into Swedish Law'. *European Business Law Review*, vol. 17 issue 2, s. 313–334.

Grönfors, Kurt (1989), *Tolkning av fraktavtal*. Göteborg: Sjurättsföreningen i Göteborg.

Grönfors, Kurt – Dotevall, Rolf (2016), *Avtalslagen: En kommentar*. 5 uppl. Stockholm: Wolters Kluwer.

Hachem, Pascal (2011), 'The Future of Agreed Sums Payable upon Breach of an Obligation'. *European Journal of Law Reform*, vol. 13 issues 3–4, s. 629–640.

Halson, Roger (2018), *Liquidated Damages and Penalty Clauses* [elektronisk resurs]. Oxford University Press.

Hedwall, Mats (2004), *Tolkning av kommersiella avtal*. 2 uppl. Stockholm: Norstedts Juridik.

- Hemmo, Mika (1996), 'Irtisanomisvapaus ja pitkäkestoiset liikesopimukset'. *Defensor Legis* s. 329–346.
- Heuman, Lars (2015), 'Är avtalstolkning endast en rättslig verksamhet eller kräver den också bevisbedömningar?'. *SvJT* s. 793–825.
- Heuman, Lars (2022), *Bevisbörda och beviskrav i tvistemål*. 2 uppl. Stockholm: Norstedts Juridik.
- Jänterä-Jareborg, Marit (1997), *Svensk domstol och utländsk rätt: En internationell privat- och processrättslig studie*. Uppsala: Iustus.
- Karlsson, Maria (2006), *Vitesklausuler – vid dröjsmål i kommersiella avtal*. Examensarbete vid Lunds universitet.
- Katzin, Jeannette (1984), *Oskälliga avtalsvillkor inom civilrätten: en analys av svensk och dansk praxis enligt 36 § AvtL*. Lund: Juridiska föreningen.
- Klami-Wetterstein, Paula (2018), 'Avtalsvite och dess funktioner i det avtalsrättsliga systemet – några anmärkningar från ett finskt perspektiv', i: Kleineman, Jan (red.), *Nordiska förmögenhetsrättsdagarna*. Stockholm: Stockholm Centre for Commercial Law, Juridiska fakulteten, s. 147 – 166.
- Kleineman, Jan (2018), 'Rättsdogmatisk metod', i: Nääv, Maria – Zamboni, Mauro (red.), *Juridisk metodlära*. 2 uppl. Lund: Studentlitteratur, s. 21–46.
- Lehrberg, Bert (2020), *Avtalstolkning: tolkning av avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område*. 9 uppl. Uppsala: Iusté.
- Lindbom, Oskar (2016), *Bevisning av avtalsinnehåll: En teoretisk undersökning av vissa bevisfrågor i tolkningstvister*. Examensarbete vid Lunds universitet.
- Lindell, Bengt (1987), *Sakfrågor och rättsfrågor: En studie av gränser, skillnader och förhållanden mellan faktum och rätt*. Uppsala: Iustus.
- Lindskog, Stefan (2015), 'Jämkning i kommersiella avtalsförhållanden', i: Bryde Andersen, Mads – Bärlund, Johan – Flodgren, Boel – Giertsen, Johan (red.), *Aftaleloven 100 år: Baggrund, status, udfordringer, fremtid. Vol 1*. 1 uppl. Köpenhamn: DJØF.
- Lundberg, Konrad (2019), *Avtalets innebörd: Inkorporering, tolkning och utfyllning*. Stockholm: Stockholms universitet.

Lundmark, Thorsten (1996), *Friskrivningsklausuler: giltighet och räckvidd : Särskilt om friskrivning i kommersiella avtal om köp av lös egendom*. Uppsala: Iustus.

Martin, Anna (2014), 'Svensk tolkning av avtal skrivna på engelska enligt angloamerikanskt mönster'. *Juridisk Publikation*, 2/2014, s. 433–449.

Mattei, Ugo (1995), 'The Comparative Law and Economics of Penalty Clauses in Contracts'. *American Journal of Comparative Law*, vol. 43 issue 3, s. 427–444.

Maunsbach, Lotta (2015), *Avtal om rätten till domstolsprövning: Processuella överenskommelsers giltighet i svensk rätt*. Stockholm: Norstedts Juridik.

McGregor, Harvey (2009), *McGregor on Damages*. 18 uppl. London: Sweet & Maxwell.

Mikelsen, Anders (2009), 'Henvisninger til engelsk rett i kontrakter underlagt norsk rett'. *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, vol. 121 issue 4–5, s. 532–560.

Munukka, Jori (2007), *Kontraktuell lojalitetsplikt*. Stockholm: Stockholms universitet.

Munukka, Jori (2008), 'Rättsmissbruk: En rättsfigur under framväxt', i: Schultz, Mårten (red.), *Stockholm Centre for Commercial Law Årsbok*. Uppsala: Iustus Förlag, s. 135–164.

Munukka, Jori (2020a), 'David Dryselius, Avtalsviten – effekter och rättsverkningar (ak. avh.), Lund 2019, 387 s.'. *JT* nr 1 2020/21 s. 228–238.

Munukka, Jori (2020b), *lag (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område, 36 §* [elektronisk kommentar]. Lexino 2020-08-28 (JUNO).

Norlén, Andreas (2004), *Oskälighet och 36 § avtalslagen*. Linköping: Linköpings Universitet.

Nääv, Maria – Zamboni, Mauro (red.) (2018), *Juridisk metodlära*. 2 uppl. Lund: Studentlitteratur.

Olsen, Lena (1993), *Ersättningsklausuler: vite och andra avtalade ersättningar vid kontraktsbrott*. 2 uppl. Stockholm: Nerenius & Santérus.

Pålsson, Lennart (1998), *Romkonventionen: Tillämplig lag för avtalsförpliktelser*. 1 uppl. Stockholm: Norstedts Juridik.



Ramberg, Christina (2010), 'Skiljedom om jämkning av ansvarsbegränsning, reklamation, rådgivaransvar, skadeståndsberäkning och prisavdrag'. *JT* nr 4 2010/11, s. 918–933.

Ramberg, Christina (2017a), 'Swedish Case Note on the Penalty Clause Decisions by the UK Supreme Court'. *European Review of Private Law*, vol. 25 issue 1, s. 241–253.

Ramberg, Christina (2017b), *Prejudikat som rättskälla i förmögenhetsrätten*. 1 uppl. Stockholm: Wolters Kluwer.

Ramberg, Jan – Ramberg, Christina (2019), *Allmän avtalsrätt*, 11 uppl. Stockholm: Norstedts Juridik.

Ramberg, Christina (2022), 'Hur identifieras rättsregler i HD:s prejudikat?'. *SvJT* s. 519–522.

Ramberg, Jan – Ramberg, Christina (2022), *Allmän avtalsrätt*. 12 uppl. Stockholm: Norstedts Juridik.

Rodhe, Knut (1956), *Obligationsrätt*. Stockholm: Norstedts Juridik.

Rosengren, Jonas (2010), 'Engelsk avtalstolkning i ett svenskt perspektiv'. *SvJT* s. 1–22.

Rosengren, Jonas (2018), 'Tolkning av sjöförsäkringsavtal'. *SvJT* s. 178–211.

Samuelsson, Per (2011), *Entreprenadavtal: särskilt om ändrade förhållanden*. Stockholm: Karnov Group.

Salomonson Freij, Henrik (2002), *I villkorens gränsland: En studie om gränserna för friskrivningar i två rättssystem*. Examensarbete vid Lunds universitet.

Schelhaas, Harriët N. (2017), 'Concluding Comparative Remarks in Relation to UK Supreme Court Cases on Penalty Clauses'. *European Review of Private Law*, vol. 25 issue 1, s. 267–272.

Selvig, Erling (1986), 'Tolking etter norsk eller annen skandinavisk rett av certepartier og andre standardvilkår utformet på engelsk'. *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, vol. 99 issue 1–2, s. 1–26.

Serlachius, Julian (1902), *Obligationsrättens allmänna del enligt finsk rätt. Första häftet*. Helsingfors: Akademiska bokhandelns förlag.

Solvang, Trond (2009), *Forsinkelse i havn: risikofordelning ved reisebefraktning*. 1 uppl. Oslo: Gyldendal Akademisk.

Strömholm, Stig (1971), 'Användning av utländskt material i juridiska monografier Några anteckningar och förslag'. *SvJT* s. 251–263.

Svensson, Ola (2019), 'Partsinriktad avtalsolkning' i: Gorton, Lars – Heuman, Lars – Persson, Annina H – Sjöberg, Gustaf (red.), *Festskrift till Göran Millqvist*. Stockholm: Jure förlag AB, s. 601–616.

Taxell, Lars Erik (1972), *Avtal och rättsskydd*. Åbo: Åbo akademi.

Undén, Östen (1938), 'Om rättsmissbruk eller s.k. chikan.' *JFT* s. 10–30.

Valguarnera, Filippo (2018), 'Komparativ metod', i: Nääv, Maria – Zamboni, Mauro (red.), *Juridisk metodlära*. 2 uppl. Lund: Studentlitteratur, s. 143–176.

von Post, Claes Robert (1999), *Studier kring 36 § avtalslagen med inriktning på rent kommersiella förhållanden*. Stockholm: Stockholms universitet, Juridiska institutionen.

W. Kielland, Kyrre (2008), *Liquidated damages- og penaltyklausuler: Erstatningsklausuler underlagt norsk rett*. Avhandling vid University of Oslo.

Westberg, Peter (2004), *Det provisoriska rättsskyddet i tvistemål: En funktionsstudie över kvarstad och andra civilprocessuella säkerhetsåtgärder. Bok 1*. Lund: Juristförlaget.

Westberg, Peter (2020), *Konflikt och kontrakt*. Stockholm: Jure.

Ørstavik, Inger B. (2018), 'Prinsippet om objektiv tolkning: Særlig om tolkning av forhandlede standardavtaler'. *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, vol. 131 issue 4, s. 331–381.

# Rättsfallsförteckning

## **Svensk rättspraxis**

### Högsta domstolen

NJA 1927 s. 481 (II).

NJA 1946 s. 450.

NJA 1948 s. 572.

NJA 1951 s. 138.

NJA 1954 s. 573.

NJA 1955 s. 661.

NJA 1957 s. 279.

NJA 1971 s. 474.

NJA 1979 s. 483.

NJA 1980 s. 230.

NJA 1980 s. 352.

NJA 1990 s. 24.

NJA 1992 s. 290.

NJA 1995 s. 586.

NJA 2000 s. 685.

NJA 2010 s. 629.

NJA 2012 s. 597.

NJA 2014 s. 499 I.

NJA 2014 s. 960.

NJA 2015 s. 741.

NJA 2016 s. 288.

NJA 2017 s. 113.

NJA 2017 s. 203.

NJA 2018 s. 834.

NJA 2019 s. 802.

NJA 2020 s. 822.

#### Hovrättsavgöranden

RH 1991:52.

Svea HovR dom 2010-11-03 i mål T 4552–10.

Svea HovR dom 2011-09-27 i mål T 1085–11

Svea HovR dom 2014-12-15 i mål T 404–14.

#### Tingsrättsavgöranden

Göteborgs tingsrätts dom 2022-11-23 i mål nr T 5523–21.

### **Utländsk rättspraxis**

#### Engelsk rättspraxis

*Aktieselskabet Reidar v Arcos* [1927] 1 KB 352.

*Alfred McAlpine Capital Projects Ltd v Tilebox Ltd* (2005) 21 Const. L.J. 539.

*Cavendish Square Holding BV v Makdessi* [2015] UKSC 67 [2015] 3 WLR 1373 [cit. *Cavendish*].

*Cellulose Acetate Silk Co v Widnes Foundry* (1925) Ltd [1933] A.C. 20 [cit. *Cellulose v Widnes*].

*Commissioner of Public Works v Hills* [1906] AC 368.

*Diestal v Stevenson* [1906] 2 K.B. 345.

*Dunlop Pneumatic Tyre Co Ltd v New Garage and Motor Company Ltd* [1915] AC 79 [cit. *Dunlop*].

*Hayfin Opal Luxco 3 SARL v Windermere VII CMBS Plc* [2016] 4 WLUK 151.

*Hogarth v Miller* [1891] A.C. 48.

*Investors Compensation Scheme Ltd. v West Bromwich Building Society* [1998] 1 W.L.R. 896.

*Jobson v Johnson* [1989] 1 All ER 621 [cit. *Jobson v Johnson*].

*Kemble v Farren* [1829] 7 WLUK 37 [cit. *Kemble v Farren*].

*Lordsvale Finance Plc v Bank of Zambia* [1996] Q.B. 752 [cit. *Lordsvale v Bank of Zambia*].

*Makdessi v Cavendish Square Holdings BV* [2013] EWCA Civ 1539 [cit. *Cavendish Court of Appeal*].

*Murray v Leisureplay Plc* [2005] EWCA Civ 963 [cit. *Murray v Leisureplay*].

*Robophone Facilities v Blank* [1966] 1 W.L.R. 1428 [cit. *Robophone v Blank*].

*Sparrow v Paris* [1862] 1 WLUK 318 [cit. *Sparrow v Paris*].

*Steria Ltd v Sigma Wireless Communications Ltd* [2008] BLR 79.

*Talley v Wolsey-Neech* (1978) 38 P. & C.R. 45.

*Temloc Ltd v Errill Properties Ltd* (1988) 4 Const. L.J. 63 [cit. *Temloc v Errill*].

*Tullet Prebon Group Ltd v El-Hajjali* [2008] EWHC 1924 (QB) [cit. *Tullet v El-Hajjali*].

*Wall v Rederiaktiebolaget Luggude* [1915] 3 KB 66 [cit. *Wall v Rederiaktiebolaget*].

*Wilbeam v Ashton* [1807] 12 WLUK 35.

*Winter v Trimmer* [1762] 1 Wm. Bl. 395.

#### Kanadensisk rättspraxis

*Elsley v JG Collins Insurance Agencies Ltd* [1978] 2 SCR 916 [cit. *Elsley v JG Collins*].

#### Australiensisk rättspraxis

*Andrews v Australia and New Zealand Banking Group Ltd* [2012] HCA 30.

#### Tysk rättspraxis

RGZ (Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen) 39, 65.

Norsk rättspraxis

ND 1950 s. 398.

ND 1952 s. 442.

ND 1983 s. 309.

ND 1987 s. 216.

Rt. 1915.881.

Rt. 1921.313.

LG-1995-520, Gulating lagmannsrett, dom den 27 januari 1997.

Dansk rättspraxis

U 1981.300 H.

U 1987.526 H.

U 1994.989 H.

U 1979.931 Ø.

U 2004.1968 V.