

Juridiska institutionen

Juristprogrammet

Examensarbete, 30 hp

Vårterminen 2015

Vite vid naturagäldenärens försening

Särskilt om möjligheterna att jämka ersättningsnivån i kommersiella avtal

Albin Hallgren

Handledare: Ingmar Svensson



GÖTEBORGS UNIVERSITET
HANDELSHÖGSKOLAN

FÖRORD

Med detta examensarbete avslutar jag min utbildning på juristprogrammet. Nu är det dags att börja jobba som jurist. Jag har trivts väldigt bra under min studietid men nu känns det helt rätt att ta nästa steg i livet.

Jag vill tacka mina vänner för att ni har förgyllt min studietid och för att ni har varit ett bra pluggsällskap. Utan er hade juristprogrammet varit betydligt tuffare att ta sig igenom. Jag vill också tacka min familj för all den stöttning jag fått från er.

För uppsatsskrivandet vill jag särskilt tacka min handledare Ingmar som genom dialog och feedback har hjälpt mig att skriva en bättre uppsats än som annars hade varit möjligt. Dessutom vill jag tacka mina vänner och studiekamrater Leon och Johan som tagits sig tid att läsa uppsatsen och komma med synpunkter. Jag vill också tacka min far för hjälp med korrekturläsningen.

Göteborg i maj 2015

Albin Hallgren

INNEHÅLLSFÖRTECKNING

FÖRORD	2
INNEHÅLLSFÖRTECKNING	3
SAMMANFATTNING	5
FÖRKORTNINGAR	6
1. INLEDNING	8
1.1 Bakgrund	8
1.2 Syfte och frågeställningar	9
1.3 Avgränsningar	9
1.4 Metod och material	10
1.5 Tidigare forskning	12
1.6 Disposition	12
1.7 Terminologi	13
2. ALLMÄNT OM VITESKLAUSULEN	13
2.1 Exempel på vitesklausuler	13
2.1.1 AB 04 5:3	13
2.1.2 NL 09 punkt 13	14
2.2 Ändamålet bakom användning av vitesklausuler	15
2.2.1 Vitesklausulen ur parternas synvinkel – Taxell	15
2.2.2 Fyra intressen som vitesklausulen avser uppfylla enligt Olsen	16
2.2.3 Fler uppfattningar om ändamålet med vitesklausuler	16
2.3 Jämförelse med vitesklausul i common law	18
2.4 Analys av ändamålet med vitesklausuler	19
2.4.1 En kritisk granskning av vitets påtryckande funktion	19
2.4.2 Analys av vitets ersättnings- och avvecklingsfunktion	20
2.4.3 Skillnaden gentemot common law	21
2.4.4 Typiska fördelar och nackdelar med en vitesklausul	21
2.5 Slutsatser gällande vitets ändamål	22
3. VITESKLAUSULEN SOM ANSVARSBEGRÄNSNING	22
3.1 NJA 2010 s. 629 – Ett rättsfall gällande frågan om en vitesklausul är ansvarsbegränsande	22
3.2 En ”in casu” bedömning	24
3.3 Tolkning av vitesklausuler enligt NJA 2012 s. 597	25
3.4 Ansvarsgenombrott vid grov vårdslöshet eller uppsåt	26
3.5 Analys av vitesklausulens ansvarsbegränsande effekt	28
3.5.1 Analys av NJA 2010 s. 629	29
3.5.2 Analys av när ansvarsbegränsningen kan åsidosättas	30
3.5.3 Analys av om ansvarsgenombrott kan ske enligt regler i AB 04	32
3.5.3.1 Analys av AB 04 5:11 första stycket	32
3.5.3.2 Analys av AB 04 5:11 tredje stycket	33
3.6 Slutsats beträffande vitesklausuler som ansvarsbegränsning	34
4. ALLMÄNT OM MÖJLIGHETEN ATT JÄMKA VITESKLAUSULER	34
4.1 Allmänt om jämkning enligt 36 § AvtL	34
4.2 Beträffande underlägsen ställning i avtalsförhållanden	35

4.3 Avtalets innehåll i sig som oskälighetsgrund.....	36
4.4 Omständigheter vid avtalets tillkomst som oskälighetsgrund	37
4.5 Senare inträffade förhållanden som oskälighetsgrund	37
4.6 Omständigheterna i övrigt som oskälighetsgrund.....	38
4.7 Jämkning av vitesklausuler	38
4.8 Slutsatser om jämkning av vitesklausuler i allmänhet	41
5. JÄMKNING AV ETT ANSVARSBEGRÄNSANDE VITE TILL ETT HÖGRE BELOPP.....	41
5.1 Allmänt om att jämka vitet till ett högre belopp	41
5.2 En skiljedom där beloppsbegränsningen jämkades till ett högre belopp	44
5.3 Analys av möjligheten att jämka vitet till ett högre belopp	46
5.3.1 Skillnaden mellan en vitesklausul och en ren beloppsbegränsning	48
5.3.2 Applicering av skiljedomens tankar på jämkning av en vitesklausul som reglerar skadeståndet vid försening	48
5.4 Slutsatser kring möjligheten att jämka vitet till ett högre belopp	50
6. JÄMKNING AV VITE TILL ETT LÄGRE BELOPP	53
6.1 Allmänt om att jämka vitet till ett lägre belopp	53
6.2 Rättsfall där jämkning av vitet till ett lägre belopp har prövats	53
6.2.1 Svea hovrätts dom T 4552-10 – Jämkning skedde ej	53
6.2.2 RH 2011:18 – Vad ska beaktas i oskälighetsbedömningen?	54
6.2.3 NJA 2012 s. 597 – Jämkning vid konkurrerande skadeorsaker	55
6.2.4 Svea Hovrätts dom T 404-14 – Vitet jämkades	56
6.3 Jämkning enligt specialregel i AB 04	57
6.4 Analys av möjligheten att jämka vitet till ett lägre belopp	58
6.5 Slutsatser beträffande möjligheten att jämka vitet till ett lägre belopp	63
7. SLUTSATSER.....	63
KÄLLOR OCH LITTERATUR.....	66
Offentligt tryck.....	66
Litteratur	66
Artiklar	67
Elektroniska källor	67
RÄTTSFALLSREGISTER.....	68

SAMMANFATTNING

Denna uppsats behandlar vitesklausuler som sanktionerar försening i kommersiella avtalsförhållanden. Närmare bestämt undersöks vilka möjligheter det finns att få en ersättning som är lägre eller högre än det avtalade vitet. Detta görs genom att i tur och ordning analysera ändamålet med vitesklausuler, deras ansvarsbegränsande effekt och möjligheten att jämka vitet till såväl ett högre som ett lägre belopp. Fokus ligger på vad som är rättsligt möjligt enligt svensk rätt även om viss komparation görs med utländsk rätt. Uppsatsen riktar sig till personer som redan har kunskap i avtalsrätt.

Uppsatsens slutsatser är att typiska ändamål med vitesklausuler är att uppnå en påtryckande effekt, förenkla skadeståndsberäkning vid försening samt snabba upp processen att reglera ersättningsanspråk vid försening. Dessutom kan vitet vara ansvarsbegränsande och ge en möjlighet att på förhand kalkylera vad försening kostar. I vissa fall är den påtryckande funktionen mer framträdande och i andra fall är vitet mer av en förhandsuppskattning av det skadestånd som kan utgå. Ändamålen kan variera beroende på avtalstyp, bransch och parter. Det viktigaste är att avgöra om en gemensam partsavsikt finns kring vitets ändamål för att kunna avgöra om jämkning ska kunna ske och till vilken nivå. Finns ingen gemensam partsavsikt får de generella ändamålen större betydelse.

Vitet kan vara ansvarsbegränsande. Det är vanligt i många standardavtal. Om det inte explicit framgår får en avtalstolkning göras för att utröna den frågan. Grov vårdslöshet åsidosätter normalt ansvarsbegränsningen om inte kanalisering av ansvaret har gjorts.

Jämkning sker sällan mellan kommersiella parter. Det kan dock ske såväl till ett högre belopp som till ett lägre belopp, men bara i undantagsfall. Omständigheter av betydelse är främst om en part intagit en underlägsen ställning eller om diskrepansen mellan skadan och vitet är stor. Men en rad omständigheter kan vara av intresse för bedömningen av vad som är oskäligt och kan jämkas enligt 36 § AvtL. Även typ av avtal och avtalets varaktighet kan påverka om jämkning ska ske eller ej.

FÖRKORTNINGAR

5:2	Siffror avdelade med kolon innebär kapitelnummer innan kolonet och paragrafnumret efter kolonet. I detta exempel: kapitel 5, paragraf 2
AB 04	Allmänna bestämmelser AB 04 för byggnads-, anläggnings- och installationsentreprenader
AB 92	Allmänna bestämmelser AB 92 för byggnads-, anläggnings- och installationsentreprenader (föregångare till AB 04)
ABK 09	Allmänna bestämmelser ABK 09 för konsultuppdrag inom arkitekt- och ingenjörsvksamhet
ABT 94	Allmänna Bestämmelser ABT 94 för totalentreprenader avseende byggnads-, anläggnings- och installationsarbeten
AB-U 07	Allmänna bestämmelser för underentreprenader AB-U 07
ALOS 05	Allmänna bestämmelser för leverans av varor (utan montage) till offentlig sektor ALOS 05
alt	alternativt
AvtL	Lag (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område.
DCFR	Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law - Draft Common Frame of Reference
f.	... och efterföljande sida
ff.	... och efterföljande sidor
HD	Högsta Domstolen
Ibid	Ibidem (används i fotnot där samma källa följer direkt nedanför)
IML 2009	Allmänna leveransbestämmelser IML 2009. Antagna 2008 av IM-föreningen – branschföreningen för leverantörer av produkter inom elektronik och automation
Jmf	Jämför
NJA	Nytt juridiskt arkiv, avdelning 1
Nr	Nummer
NL 09	Allmänna leveransbestämmelser NL 09 för leveranser av maskiner samt annan mekanisk, elektrisk och elektronisk utrustning inom och mellan Danmark, Finland, Norge och Sverige
NLM 10	Allmänna bestämmelser NLM 10 för leverans med montering av maskiner samt annan mekanisk elektrisk och elektronisk utrustning inom och mellan Danmark, Finland, Norge och Sverige
Kap	Kapitel
KtjL	Konsumenttjänstlag (1985:716)
Köpl	Köplag (1990:931)
LAVN	Lag (1984:292) om avtalsvillkor mellan näringsidkare
p.	Punkt (för att ange en punkt i en lista)
PECL	Principles of European Contract Law

Prop.	Regeringens proposition
RH	Rättsfall från Hovrätterna
s.	Sidan
SkL	Skadeståndslag (1972:207)
SOU	Statens offentliga utredningar
T	Tvistemål
UfR	Ugeskrift for Retsvæsen
UNIDROIT	UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts
uppl	Upplaga

1. INLEDNING

1.1 Bakgrund

Det är dags för Sverige att arrangera sitt första fotbolls-VM sedan 1958. Budgeten tycks hålla och Zlatan och grabbarna är i högform. Sverige ser ut att ha en större chans än någonsin att spela en VM-final. Allting är egentligen så bra som det kan vara. Det enda orosmolnet är byggandet av den nya finalarenan där såväl invigning ska hållas som ett stort antal matcher spelas. Det var ett villkor för att Sverige skulle få arrangera mästerskapet att denna arena byggdes. Avsparksdatum kommer allt närmare och det blir uppenbart att arenan inte kommer bli klar i tid, kontraktstiden har redan med stor marginal passerats och nu kommer arenan alltså inte bli spelklar till mästerskapet heller. Beställaren Svenska Fotbollsförbundet står inför en katastrof. De får flyga 20 fotbollslag till Lichtenstein för att kunna genomföra matcher där. Trots att förseningsvite utgår från entreprenören täcker det inte i närheten av de merkostnader beställaren har på grund av förseningen och entreprenören vägrar utge ytterligare kompensation. Beställaren funderar nu på om de ska anlita en advokat och försöka kräva skadestånd.

Ovan uppmålat scenario är kanske osannolikt oturligt men illustrerar ändå de problem och merkostnader en försening kan orsaka, särskilt i stora projekt. Det är vitesklausulen vid försening som är av intresse för denna uppsats. Det normala, under förutsättning att vite avtalats, är att vid försening utgår ett normerat vite per vecka. Vitesbeloppet är bestämt på förhand och kan ibland ge högre ersättning än den faktiska ekonomiska skadan för beställaren. Men det kan likväl vara tvärtom, att vitet inte förslår täcka hela den ekonomiska skada som beställaren lider. Frågorna om beställaren faktiskt har lidit skada och om naturagäldenären agerat vårdslöst är vid frågan om vite ska utgå irrelevant.¹ Det räcker att försening uppkommit. Dock kan det finnas en möjlighet för naturagäldenären att få tidsförlängning under vissa, i avtalet angivna, omständigheter.²

Ofta erinras om möjligheten att jämka vite om det är oskäligt men sällan specificeras vad som kan leda till jämkning. De uttalanden som finns är ofta ytterst allmänna. Denna brist på vägledande uttalanden i rättskällorna gäller i synnerhet vid kommersiella avtal. Dessutom har fokus i doktrin främst varit på möjligheten att jämka vitet till en lägre nivå men jämkning ska även kunna ske till ett högre belopp. Det finns behov av att analysera vad som gäller specifikt för vitesklausuler då de ofta kan tänkas bli oskäliga eftersom vitesbeloppen ofta sätts godtyckligt och på förhand. Detta gör att vitets korrelation med den faktiska skadan kan avvika markant. Vitet används ofta som en sanktion mot försening i kommersiella avtal. Det har också blivit vanligare att jämningsyrkande förs fram av part i rättsprocesser. Under vilka närmare omständigheter som förseningsvite kan jämkas till ett högre eller lägre belopp har därför ett stort forskningsintresse för att det ska bli tydligare för domstolar och parter vad som gäller. I denna kontext finns också ett intresse att undersöka andra möjligheter som kan påverka ersättningsnivån, därför är det intressant att även titta på när en ansvarsbegränsning kan åsidosättas.

¹ Samuelsson, Entreprenadavtal, s. 221

² Se t.ex. entreprenörens rätt till tidsförlängning i AB 04 4:3

1.2 Syfte och frågeställningar

Denna uppsats huvudsakliga syfte är att utreda och analysera vad som kan vara rättsligt möjligt beträffande rätten till ersättning vid försening när primärt en vitesklausul reglerar ersättningsansvaret. I synnerhet innebär det att utreda och analysera under vilka förutsättningar som högre eller lägre ersättning kan utgå än vad vitesklausulen anger. Uppsatsen fokuserar endast på kommersiella förhållanden och försöker finna generella slutsatser på den kommersiella kontraktsrättens område.

Kontraktsviten är en vanlig lösning för att på ett enkelt och förutsägbart sätt sanktionera förseningar i speciellt kommersiella avtal. I vissa fall kan dock utfallet bli ekonomiskt ogynnsamt för antingen beställaren eller naturgäldenären. Någon kan bli underkompenserad eller överkompenserad. Frågan är då om det finns några möjligheter att korrigera sådana utfall.

De frågeställningar som denna uppsats avser att utreda och analysera är:

1. Vad är ändamålet med användningen av vitesklausuler?
2. Är en vitesklausul ansvarsbegränsande?
3. Under vilka förutsättningar kan ett vite jämkas...
 - a. till ett *lägre* belopp?
 - b. till ett *högre* belopp?

Uppsatsen vänder sig främst till studenter i slutskedet på sin juristutbildning med ett intresse för avtalsrätt och i synnerhet kontraktsrätt. Dessutom är tanken att även verksamma jurister ska få en analyserad och genomtänkt bild av hur rättsläget kan se ut på området. Uppsatsen ger också upplag till hur en argumentation kan föras vid tvist om ersättning vid försening.

1.3 Avgränsningar

Detta är en uppsats med fokus på avtalsrätt och i synnerhet kontraktsrätt. Fokus ligger uteslutande på rent kommersiella förhållanden. Konsumentförhållanden behandlas inte. Anledningen till denna avgränsning är att det finns en mindre mängd vägledande uttalanden i förarbeten, praxis och doktrin för kommersiella förhållanden jämfört med konsumentförhållanden, forskningsintresset är därför större för kommersiella förhållanden.

När jämkning eller oskälighet diskuteras i uppsatsen är det gentemot 36 § AvtL som åsyftas även om det kan finnas andra rättsregler som eventuellt skulle kunna leda till ogiltighet eller jämkning. Vissa jämförelser görs dock med jämkningsregler i standardavtal som t.ex. AB 04. Denna avgränsning görs då 36 § AvtL p.g.a. sin allmängiltighet är den jämkningsregel som i praktiken ofta blir aktuell att tillämpa.

Vad gäller möjligheten att jämka ett vite uppåt läggs fokus på möjligheten att jämka ett vite som betraktas som ansvarsbegränsande, antingen explicit eller implicit. Om ett vite inte är ansvarsbegränsande torde den normala ordningen vara att ytterligare skadestånd krävs istället för att kräva jämkning av vitet.

I uppsatsen analyseras vad som är rättsligt möjligt enligt svensk rätt. Dock analyseras emellanåt internationella rättskällor, som inte är bindande i Sverige, för att illustrera

hur svensk rätt kan se ut eller på annat sätt berika denna uppsats genom att titta på de lösningar och övervägande som gjorts utomlands.

I denna uppsats kommer inte analyseras vad försening innebär och under vilka förutsättningar rätt till tidsförlängning föreligger. Inte heller andra allmänna befrielsegrunder som force majeure kommer beaktas. Dessutom avgränsar sig denna uppsats från frågan vad hävning av avtalet eller preskriptionsregler kan innebära på rätten till ersättning. Dessa avgränsningar görs främst av utrymmesskäl och även om dessa spørsmål kan påverka vilken ersättning som kan utgå vid försening är de i periferin för uppsatsens fokus.

Möjligheten för beställaren att få ersättning från annan än avtalspart undersöks inte i denna uppsats (varken på inom- eller utomkontraktuell grund). Skadeståndskrav på inomkontraktuell grund för talan mot bakre led är normalt utesluten om lagstöd för sådant krav saknas.³ Viss möjlighet kan dock finnas att på utomkontraktuell grund kräva skadestånd mot bakre led, men det undersöks alltså inte i uppsatsen. Följaktligen undersöks inte heller möjligheten att kombinera utomobligatorisk ersättning med kontraktuellt skadestånd. Detta är annars en intressant fråga med två mot varandra stridande synsätt där ändå huvudregeln får anses vara att utomobligatoriska regler inte kan åberopas bara för att de är mer fördelaktiga för skadelidande. Se mer om detta i Hellner & Radetzki, *Skadeståndsrätt*, s. 90 f. Av utrymmesskäl och att frågan ligger lite utanför uppsatsens fokus behandlas inte frågan ytterligare i denna uppsats.

Att ersättning över skadans värde kan utgå vid konkurrerade skadeorsaker, då flera parter ska betala vite, behandlas i förbifarten i samband med att rättsfallet NJA 2012 s. 597. Men uppsatsens fokus ligger mer mot möjligheten att jämka ersättning som är för hög eller låg istället för att behandla de möjligheter som kan finnas att kräva flera avtalsparter. Dessutom avhåller sig författaren i stort sett från att behandla möjligheterna att få ersättning genom egen försäkring då detta inte är en uppsats inom försäkringsrätt. Dock ingår till viss del att bedöma hur försäkringsskyddet och försäkringsmöjligheterna kan påverka en oskälighetsbedömning.

1.4 Metod och material

För att uppfylla uppsatsen syfte och besvara dess frågeställningar har vissa metod- och materialval behövt göras. Den metod som ansetts vara den mest lämpade för att uppfylla syftet och besvara frågeställningarna är en rättsvetenskaplig metod.⁴ Det går att inta såväl ett internt som ett externt perspektiv vid författandet av en rättsvetenskaplig uppsats. I denna uppsats används i första hand ett internt perspektiv.⁵ Fokus ligger på rättstillämparens perspektiv.⁶

Det material som har använts har valts ut utifrån den traditionella rättskälleläran med lag, lagförarbeten, rättspraxis och doktrin. I vissa fall har ytterligare rättskällor beaktats men deras styrka har fått bedömas från fall till fall. Dessa ytterligare rättskällor är opublicerade hovrättsfall, en skiljedom, två danska rättsfall, soft law i

³ Ramberg & Ramberg, *Allmän Avtalsrätt*, s. 237 f.

⁴ Sandgren, *Rättsvetenskap för uppsatsförfattare*, s. 39

⁵ Olsen, *Rättsvetenskapliga perspektiv*, SvJT 2004 s. 108 ff.

⁶ *Ibid* s. 113 ff.

form av DCFR och, till sist, standardavtalen AB 04 och NL 09. Dessa ytterligare rättskällor är inte bindande men kan få betydelse som vägledning. Den metod som har använts beskrivs i detalj nedan.

Först och främst har vitesklausulens ändamål undersökts. För att utröna denna fråga har en stor mängd doktrin läst och analyserats. Majoriteten utgörs av svensk litteratur av såväl äldre som nyare årgång. Även en finsk bok, skriven på svenska av Taxell, har använts i denna del. Beträffande Taxells bok bedöms dess rättskällevärde vara starkt när ändamålet med vitet ska undersökas. Flera av källorna i boken är svenska och boken är ofta citerad i svensk doktrin. De ändamål som framförts i doktrin har därefter analyserats för att tydliggöra vad som allmänt kan anses vara ändamålen med en vitesklausul vid försening. Två vanliga standardavtal (AB 04 och NL 09) har också exemplifierat hur vitesklausuler de facto används på den kommersiella kontraktsrättens område. En kortfattad komparativ jämförelse görs med vad för typ av vitesklausuler som är tillåtna inom common law-systemet.

Därefter har frågan om vitets ansvarsbegränsade effekt undersökts. Först genom att ett rättsfall från HD analyseras om vad som allmänt gäller om vitesklausulers ansvarsbegränsande effekt. Även viss doktrin analyseras för att klargöra den frågan. Dessutom analyseras ännu ett HD-fall för att avgöra vad som är relevant att beakta då en vitesklausul ska tolkas. Som nästa steg analyseras doktrin och viss praxis från HD för att avgöra frågan om när ett ansvarsbegränsade vite helt kan åsidosättas, en jämförelse görs med vad som gäller enligt DCFR och standardavtalen AB 04 och NL 09.

När fokus sedermera går in på jämningsmöjligheterna analyseras först vad som allmänt gäller för jämkning av vite innan analysen fördjupas i två kapitel om vad som mer konkret är av vikt att bedöma vid jämkning till ett högre respektive lägre belopp. För att besvara dessa frågor har lagstiftning, lagförarbeten, rättsfall och doktrin undersökts och analyserats. Därutöver har jämförelser gjorts med vad som gäller enligt DCFR och några standardavtal (AB 04 och NL 09). Dessutom har en jämförelse gjorts med två danska rättsfall. Vad gäller de rättsfall som har undersökts är en av dem en skiljedom och ett antal är opublicerade avgöranden från hovrätten. Generella slutsatser kan sällan dras från opublicerade hovrättsfall och även från skiljedomar då de inte är bindande för den framtida rättstillämpningen. Dessa rättsfall är dock ändå av intresse p.g.a. den begränsande mängd avgörande som finns tillgängligt beträffande jämkning i kommersiella förhållanden. Dessa rättsfall kan ge en fingervisning om vad som är rättsligt möjligt och har därför analyserats.

På vissa ställen i uppsatsen har en källa kommenterats i en fotnot för att belysa varför källan används och vad som kan vara osäkert med den. Generellt finns vissa brister i materialet på det vis att fokus ofta ligger på bredare frågor än vad denna uppsats fokuserar på. Det innebär att material som ibland används fokuserar på en vidare form av vitesklausuler än den som sanktionerar försening. Annat material fokuserar på rena ansvars- och beloppsbegränsningar vilket också är en brist. Dessutom finns endast en begränsad mängd lagstiftning, som oftast inte är direkt tillämplig och i andra fall ofta dispositiv. Få kommersiella tvister avgörs i allmän domstol vilket medför att utbudet av rättspraxis är begränsat. Vad gäller det urval som skett av hovrättsfall har rättsfall beaktats som digitalt kunnat åtkommas via Karnov, som behandlar jämkning av viten

och där domskälen varit av tillräcklig omfattning för att kunna tillföra uppsatsen något av värde. De fallen är förhållandevis få.

Vissa citat och synsätt på vitesklausulers ändamål har endast kunnat studeras genom böcker där dessa rättsvetare har refererats av andra. Detta beror på att viss äldre litteratur har varit svår att få tag på. Att förstahandskällan inte kunnat åtkommas är en brist men det har ändå ansetts gynna uppsatsen att ta med vissa äldre uttalanden från rättsvetare. När förstahandskällan inte kunnat granskas har det klargjorts i fotnot genom att ange att "X" refereras av "Y".

De standardavtal som analyseras (AB 04 och NL 09) anses ha starkt rättskällevärde om de utgör avtalsinnehåll. Men då generella slutsatser på kontraktsrätten område ligger i fokus för denna uppsats är deras generella rättskällevärde begränsat. Materialet illustrerar dock hur några välanvända standardavtal behandlar förseningsvite och viss analys förs i uppsatsen om några klausuler i standardavtal kan ha effekt som handelsbruk. Dock upprätthålls i denna uppsats en kritisk inställning mot att välanvända standardavtal utgör handelsbruk.⁷ Möjligheten att göra jämförelser mellan vad som gäller enligt dispositiv rätt och enligt standardavtal är den viktigaste anledningen till att referenser till standardavtalen ofta förekommer i denna uppsats.

1.5 Tidigare forskning

Vitesklausuler har behandlats av ett antal författare sedan tidigare. Den ledande litteraturen på området om vitesklausuler har författats av Lena Olsen i form av hennes avhandling för juris doktorsexamen, *Ersättningsklausuler* (1986). Avhandlingen är dock relativt bred då den omfattar fler typer av ersättningsklausuler än vitesklausulen och dessutom börjar avhandlingen bli till åren kommen. Detta innebär givetvis att rättsområdets utveckling de senaste decennierna inte beaktats i hennes avhandling. Per Samuelsson behandlar även han vitesklausulen i sin bok *Entreprenadavtal* (2011), men inte lika utförligt som Olsen och fokus ligger på vitesklausulens användning i entreprenadavtal vilket är ett smalare område än vad denna uppsats avser undersöka. Beträffande tillämpningen av 36 § AvtL i kommersiella förhållanden får Claes- Robert von Posts avhandling *Studier kring 36 § avtalslagen med inriktning på rent kommersiella förhållanden* (1999) anses vara den ledande litteraturen på området. I övrigt finns en del allmän litteratur om avtalsrätt och kontraktsrätt som har berört delar av intresse för denna uppsats t.ex. jämningsmöjligheterna enligt 36 § avtalslagen, frågor om avtalstolkning och ansvarsbegränsningar.

1.6 Disposition

Uppsatsen fortsätter efter detta inledningskapitel med ett kapitel där en analys av de ändamål som ligger bakom användandet av vitesklausulen görs. Detta är en viktig bakgrund för att kunna analysera möjligheterna att jämka vitesbeloppet. I kapitlet därefter kommer frågan om en vitesklausuls ansvarsbegränsande effekt utredas. Detta är intressant att utreda eftersom ifall vitesklausulen inte anses begränsa skadeståndsansvaret kan vanliga skadeståndsrättsliga regler ge rätt till ytterligare ersättning vid försening. Därefter kommer frågan om möjligheten att jämka vitet diskuteras, först mer allmänt om jämkning av vitesklausuler, och sedan en djupare

⁷ Denna inställning har också Bernitz. Bernitz, *Standardavtalsrätt*, s. 59 ff.

analys av jämkning såväl till ett högre som ett lägre belopp. På vissa ställen görs kortare jämförelser med internationell rätt. I avslutningskapitlet sammanställs de slutsatser som framkommit i uppsatsen. Uppsatsen är upplagd på ett sådant sätt att mer deskriptiva delar förekommer i början av ett kapitel för att övergå mer i analyserande resonemang och till sist en form av slutsats.

För förståelsens skull förekommer vissa upprepningar i uppsatsen, särskilt i delarna som behandlar jämkning. Detta eftersom likheter finns mellan vad som är relevant att beakta, men pedagogiken kräver att jämkning till ett högre respektive ett lägre belopp hålls isär.

1.7 Terminologi

Begreppen ”avtal” och ”kontrakt” används i denna uppsats som synonymer för ett avtal som ingåtts mellan två kommersiella parter. Om ”standardavtal” nämns åsyftas kommersiella standardavtal på kontraktsrättens område.

I uppsatsen används culpa/oaktsamhet/vårdslöshet som synonymer.

När det i texten skrivs att ”när en domstol prövar/bedömer...” eller liknande innebär det att en rättslig prövning görs enligt svensk rätt. En sådan rättslig prövning görs inte alltid av en domstol och i synnerhet inte mellan kommersiella parter. Därför ska det inte leda till tvivel om att ett annat resultat skulle uppkomma för att en skiljenämnd prövar saken. Jag utgår från att en domstol och skiljenämnd gör samma rättsliga bedömning av samma typ av fall och därför skulle det lika gärna kunnat stå ”när en skiljenämnd prövar/bedömer...”.

Om inte könet på en person/part framgår så att det inte blir naturligt att använda han eller hon används antingen han eller den. Naturaborgenären kallas beställare. Naturagäldenär används som samlingsbegrepp för entreprenörer, leverantörer och dylika kontraktsparter till beställaren.

När det talas om försening åsyftas rättsligt relevant försening som innebär rätt till vite, om inte annat framgår av sammanhanget. I viss lagtext eller standardavtal kan det förekomma att försening betecknas som naturagäldenärens ”dröjsmål”. Denna uppsats har emellertid valt att begagna termen ”försening” för att det klart och enkelt ska framgå vad som åsyftas och att ingen förväxling ska ske med betalningsdröjsmål.

2. ALLMÄNT OM VITESKLAUSULEN

I detta kapitel kommer ändamålet med vitesklausulen att analyseras. Ett stort antal standardavtal begagnar sig av vitesklausuler för att sanktionera förseningar. Bl.a. AB 04, NL 09, ALOS 05, NLM 10 och IML 2009. Två exempel på hur vitesklausulen kan vara utformad ska inledningsvis presenteras innan ändamålen närmare undersöks.

2.1 Exempel på vitesklausuler

Nedan kommer vitesklausulen användning exemplifieras genom AB 04 och NL 09.

2.1.1 AB 04 5:3

Första stycket:

”För varje påbörjad vecka varmed entreprenören överskrider kontraktstiden eller den ändrade tid för färdigställande som skall gälla enligt kapitel 4 § 2 eller 3, skall han betala vite enligt kontraktshandlingarna. Vite kan även avtalas för överskridande av den tid som bestäms för utförande av viss del av entreprenaden. Om vite avtalats är beställaren därutöver inte berättigad till skadestånd för förseningen.”

Som framgår av lydelsen krävs alltså att parterna i kontraktshandlingarna angett att vite ska utgå och en form av beräkningsgrund. Vanligtvis en viss summa per vecka vid arbete på löpande räkning. Om en fast kontraktssumma är avtalad anges ofta att vitet utgör en viss procentsats av kontraktssumman per vecka. Värt att notera här är sista meningen i första stycket som framhåller att om vite avtalats ska inte ytterligare skadestånd utgå. I övrigt är det värt att observera att vitessanktionen kan användas även för utförandet av en viss del av entreprenaden.

I andra stycket finns en jämningsgrund:

”Om beställaren före färdigställandet har tagit entreprenaden eller delar därav i avsett bruk, skall vitet jämkas i skälig mån. Jämkning skall även göras om beställaren har haft en icke oväsentlig ekonomisk nytta av annat ibruktagande av entreprenaden eller del därav.”

2.1.2 NL 09 punkt 13

Första till tredje stycket:

”Levererar inte säljaren Produkten i rätt tid, har köparen rätt till vite från den dag leverans skulle ha skett.

Vitet ska utgöra 1 % av det avtalade priset för varje påbörjad vecka förseningen varar. Är endast en del av Produkten försenad ska vitet beräknas på den del av priset som hänför sig till den del av Produkten som på grund av förseningen inte kan tas i bruk.

Vitet ska inte överstiga 10 % av detta beräkningsunderlag.

Även stycke 5 i punkt 14 i NL 09 är av intresse:

”Bortsett från vite enligt punkt 13 och hävning med begränsad ersättning enligt punkt 14 är varje krav från köparen med anledning av säljarens försening uteslutet. Denna begränsning av säljarens ansvar gäller dock inte om han gjort sig skyldig till grov vårdslöshet.”

Till skillnad från AB 04 behöver parterna inte avtala om vite för att vitesreglerna i NL 09 ska gälla utan de ingår automatiskt när standardavtalet inkorporeras. Dessutom finns en angiven nivå på vitet (1 %) och ett vitesmaximum på 10 % av beräkningsunderlaget. Vid grov vårdslöshet från leverantörens sida framgår det enligt NL 09 att ytterligare ersättningsanspråk kan riktas mot denne.

2.2 Ändamålet bakom användning av vitesklausuler

Då vitesklausulen är en relativt välanvänd klausul, särskilt i standardavtal, kan det vara intressant att titta närmare på de överväganden som gjorts när denna funktion valts. Detta är viktigt att ha kunskap om när frågan om jämkning av en vitesklausul ska avgöras.⁸ I individuellt framförhandlade kontrakt kan ändamålet med en vitesklausul framgå explicit eller implicit. Vad parterna till avtalet faktiskt har för ändamål med att införa vitesklausulen trumfar givetvis vad som generellt ses som en vitesklausuls ändamål när en domstol prövar frågan.⁹ Många gånger kan det dock vara svårt att slå fast en gemensam partsavsikt. Därför är det intressant att reflektera över vad som i allmänhet är syftet med att införa en vitesklausul.

Gorton och Samuelsson framhåller att: ”Vitesklausulerna kan utformas på olika sätt: med eller utan tak, med eller utan avskärande av skadeståndsrätt, med eller utan koppling till hävningsrätt osv.”¹⁰ Detta innebär förstås att ändamålet med vitesklausuler kan vara olika. Inom doktrinen har olika författare anlagt olika synsätt på hur vitesklausulen ska betraktas. Olsen delar in dessa författare i (1) de som fokuserar på klausulen ur parterna synvinkel, (2) de som inriktar sig på vitesklausulens allmänna verkningssätt, (3) de som särskilt fokuserar på en jämförelse med påföljderna enligt allmänna regler och (4) där vitets funktion i samhällslivet accentueras.¹¹

2.2.1 Vitesklausulen ur parternas synvinkel – Taxell

Det första synsättet har särskilt Taxell anammats.¹² Han har analyserat ändamålet med vitesklausulen utifrån avtalsparternas synvinkel och kommit fram till att vitet kan ha tre syften.¹³ För det första kan det vara ett påtryckningsmedel gentemot naturagäldenären. I synnerhet anses det vara ett påtryckningsmedel om vitets belopp är högre än vad som skulle utgått enligt dispositiva rättsregler. Medvetenheten om att det kan bli dyrt att inte prestera i tid ger alltså den påtryckande funktionen.

För det andra framhåller Taxell ersättningsfunktionen.¹⁴ Vitet är den ersättning som beställaren får när motparten inte fullgjort sin avtalsförpliktelse. Denna på förhand bestämda ersättning är avsedd att täcka beställarens förlust, men för att vitet ska utgå krävs ingen visad skada. Det innebär att endast försening behöver visas och att därefter ska det förutbestämda vitet utgå.

⁸ Även Taxell framhåller att parternas syfte med en vitesklausul är av betydelse då frågan om jämkning diskuteras. Taxell, *Avtal och rättsskydd*, s. 442

⁹ Se en sammanställning av vad HD beaktar vid avtalstolkningen i Ramberg & Ramberg, *Allmän Avtalsrätt*, s. 168 f.

¹⁰ Gorton & Samuelsson, *Festskrift till Ingemar Ståhl*, s. 92

¹¹ Olsen, *Ersättningsklausuler*, s. 28 f

¹² Då den nordiska avtalsrätten har stora likheter kommer även visst material därifrån beaktas bl.a. en bok av Taxell. Taxells bok *Avtal och Rättsskydd* betraktats som viktig doktrin även om den är skriven av en finsk jurist (dock på svenska). Anledningen till detta är att hans bok i hög grad citeras av svenska jurister (bl.a. citeras han av Samuelsson i *Entreprenadavtal* och Olsen i *Ersättningsklausuler*) och att hans källor består av nordiska rättskällor där en ansenlig mängd är svenska källor.

¹³ Taxell, *Avtal och rättsskydd*, s. 442

¹⁴ *Ibid*

För det tredje lyfter Taxell vitesklausulens avvecklingsfunktion.¹⁵ Tanken med vitet är att det ska leda till en skyndsam och enkel uppgörelse mellan parterna för kontraktsbrottet. Det sker genom att den part som drabbas av förseningen endast behöver visa på att försening uppkommit och då finns rätt till vite. På det viset slipper bevisning föras om en part har varit vårdslös eller om något ligger inom dennes kontroll och vad för typ av skador som lidits och frågan om dessa ska vara skadeståndsgrundande, vilket annars kan vara både svårt, tidskrävande och kostsamt.

Taxell anser att det är *"onödigt och missvisande"* att karakterisera avtalsvitet som en form av straffsanktion mot avtalsbrytande part.¹⁶ I sammanhanget anmärker Taxell också att de bakomliggande motiven till att använda en vitesklausul kan vara olika beroende på hur avtalet är utformat och att de ändamål han tar upp kan vara mer eller mindre framträdande.¹⁷

2.2.2 Fyra intressen som vitesklausulen avser uppfylla enligt Olsen

Olsen identifierar i synnerhet fyra olika intressen som vitesklausulen avser uppfylla. För det första framhålls *"ersättningsintresset"*, avsikten med en vitesklausul utifrån detta intresse är att förbättra möjligheten att få full skadeståndsansättning vid kontraktsbrott. Det andra intresset som framhålls är *"begränsningsintresset"* som innebär att part vill beloppsmässigt begränsa sitt skadeståndsansvar. För det tredje lyfts *"påtryckningsintresset"*, d.v.s. hotet om vite ska göra kontraktsparten mer angelägen om att prestera enligt avtalet i rätt tid. För det fjärde pekar Olsen på *"konfliktlösningsintresset"*, avsikten är att vid kontraktsbrott ska konfliktlösningen kunna ske enkelt och snabbt och av parterna själva, utan inblandning av domstol. Detta genom att bevisning om skada inte behöver föras. Dessutom blir processen förutsägbar.¹⁸ Det tredje intresset, *"påtryckningsintresset"*, är enligt Olsen den funktion som oftast förknippas med en vitesklausul.¹⁹

2.2.3 Fler uppfattningar om ändamålet med vitesklausuler

Ramberg & Ramberg framhåller kortfattat att avtalsvite kan användas för att parterna vill ha en schablon för det skadestånd som kan utgå, då det kan vara svårt att beräkna skadeståndet vid försening. Dessutom framhålls att det kan användas som ansvarsbegränsning.²⁰ Ramberg menar att användandet av en vitesklausul i flera olika typer av kontrakt motiveras genom att komplicerade skadeståndsberäkningar och bevisning om kausalitet undviks, och om vitet är högt har det även en avskräckande effekt.²¹

Rodhe uttalar att: *"Vitet utgör i allmänhet ett surrogat för skadestånd, avsett att undanröja dels svårigheten att bevisa förlustens storlek, dels olägenheten av att skadeståndet kan vara otillräckligt ur preventiv synpunkt"*.²²

¹⁵ Taxell, *Avtal och rättsskydd*, s. 442

¹⁶ Ibid

¹⁷ Ibid

¹⁸ Olsen, *Ersättningsklausuler*, s. 30

¹⁹ Ibid

²⁰ Ramberg & Ramberg, *Allmän Avtalsrätt*, s. 232

²¹ Ramberg, *Kontraktstyper*, s. 39, 74, 238, 290

²² Rodhe, *Obligationsrätt*, s. 520

Fehr, som enligt Olsens uppdelning, betraktar vitesklausulen utifrån vad den har för verkan i allmänhet uttalar följande: ”vitets natur... bäst angives genom dess kännetecknade såsom ett genom parternas avtal i förväg bestämt skadestånd för fall av utebliven eller bristfällig fullgörelse”.²³ Samuelsson bedömer att enligt Fehr är de främsta skälen till att använda sig av vitesklausuler i avtal dels att den skadeståndsberättigade kan undvika att föra bevisning om skadan och likaledes att skadeståndet på förhand kan kalkyleras med; dels att det ger ett incitament till att prestera i tid.²⁴ Samuelsson sammanfattar Fehrs slutsatser om vitesklausulers syfte på följande vis: ”Sammanfattningsvis syftar vitesklausuler enligt hans beskrivning till att skapa en ersättningsgrund och undvika process samt därmed förknippade svårigheter rörande bevisning och beräkning av skadans storlek.”²⁵ Enligt Samuelsson sammanfattar det ”de rättspolitiska skälen för vitesklausuler enligt svensk rätt”.

Ekelöf, å andra sidan, försöker generalisera kring vitets effekt i samhällslivet.²⁶ Han ser att vitet kan vara utformat antingen som ett skadeståndsvite med reparativt syfte eller som ett straffvite där fokus ligger på prevention mot kontraktsbrott. Om skadans storlek inverkar på vitets storlek är det mer av ett skadeståndsvite medan om korrelation saknas och beloppet är någorlunda högt är det mer av ett straffvite. När avsikten är att ett vite bara ska ersätta den faktiska skadan blir konsekvenserna av en vitesklausul inget annat än att bevisbördan för att skada uppkommit omkastas.²⁷ Ekelöf framhåller att båda typer av viten kan jämkas av domstol. Vad gäller skadeståndsviten, där den reparativa effekten är i fokus, är enligt Ekelöf den verkliga skadans storlek det viktigaste att jämföra med när en domstol ska bedöma om jämkning bör ske.²⁸ Vad gäller ett straffvite skulle en sådan jämkningsgrund som den faktiska skadan inte vara av primärt intresse. Istället får jämkning bedömas utifrån den preventiva funktion vitet ska ha.²⁹

Hur vitet förhåller sig till de påföljder som erbjuds enligt dispositiv rätt är en synvinkel som särskilt Stang anlägger.³⁰ Stang tycks mena att rättsordningen inte ger förpliktelser med grund i avtal tillräckligt effektivt skydd. Vitet har då ett syfte att täcka denna problematik. Det kan vara så att dispositiv rätt inte erbjuder ändamålsenliga påföljder eller annars undantar skadestånd för vissa typer av skador. Genom att avtala om vite fastställs att en viss ersättning utgår vid en viss händelse. Att bevisa att händelsen inträffat skapar sällan några större problem. Motivet att fullgöra förpliktelserna enligt kontraktet beror enligt Stang på risken att straffas av vitet. Stang anmärker dock att utifrån hur vitesklausulen har utformats kan vitet vara mer eller mindre likt ett straff istället för ett substitut till skadestånd.³¹

²³ Fehr citeras av Olsen, *Ersättningsklausuler*, s. 28. Här och på vissa andra ställen i denna uppsats har inte förstahandskällan kunnat granskas. I de fallen har det tydliggjorts i fotnoten att viss person refereras av annan. Anledningen till att förstahandskällan inte kunnat nås beror på att det är mycket gammal litteratur. Att inte ha kunnat granska förstahandskällan innebär ett visst riskmoment även om det är ansedda rättsvetare jag har använt som andrahandskällor.

²⁴ Enligt den beskrivning Samuelsson gör i *Entreprenadavtal*, s. 222 av Fehrs bok från 1913

²⁵ Samuelsson, *Entreprenadavtal*, s. 222

²⁶ Ekelöfs synsätt refereras av Olsen, *Ersättningsklausuler*, s. 29

²⁷ Ibid

²⁸ Ibid

²⁹ Ibid

³⁰ Stang refereras av Olsen, *Ersättningsklausuler*, s. 29

³¹ Ibid

En skadelidande part måste enligt vanliga skadeståndsrättsliga regler bevisa att förutsättningar för skadestånd föreligger. Det ska med andra ord visas, för det första, på att en skada uppkommit, för det andra, att en viss part orsakat skadan, för det tredje, att den skada som uppkommit beror på en omständighet som motparten ansvarar för. För det fjärde ska även skadans storlek kunna bevisas.³² En vitesklausul som aktiveras vid försening blir då uppenbarligen en bevislättning. Endast en faktisk försening behöver bevisas för att få ut det förutbestämde vitet, istället för alla de fyra delarna som nämnts ovan. Denna bevisförenkling är en anledning till vitesklausulens användning.³³

I en kommentar till ABK 09, som författats av personer involverade i utvecklandet av detta standardavtal, framhålls att vitets viktigaste funktion är att förebygga försening.³⁴ I en kommentar till AB 04 framhålls att skälet till vitesklausulen är att entreprenören ska kunna kalkylera med vitesrisken redan på anbudsstadiet och jämföra den kostnaden, för försening, mot vad det skulle kosta att forcera arbetet. Dessutom vill man inte att entreprenören drabbas av svårkalkylerade skadestånd vid försening.³⁵ Det syfte som kan hänföras särskilt till en vitesklausul i ett entreprenadavtal är att en entreprenör ska kunna kalkylera, redan på anbudsstadiet, hur mycket en försening kan kosta.³⁶

Unger framhåller särskilt tre anledningar att avtala om förseningsvite, varav två är gynnsamma för beställaren och en för naturagäldenären. Dessa är (1) pressen på entreprenören att prestera i tid då denne annars måste kalkylera med att betala vite vilket kan verka avhållande. Detta gynnar beställaren. (2) Beställaren får ett vitesbelopp vid försening utan att behöva visa en skada vilket är bra för denne. Slutligen (3) begränsar entreprenören sitt ersättningsansvar för förseningen vilket är dennes främsta anledning till att avtala om vite.³⁷

Även Gorton & Samuelsson framhåller att ett skäl för det kontraktuella vitets användning är att rationalisera skadeståndsberäkningen vid kontraktsbrott.³⁸ Men de hävdar att *”(d)et viktigaste syftet är att parterna angett ett bestämt belopp för vad avtalsbrottet ska kosta...”*.³⁹ Samuelsson lyfter också frågan om en vitesklausul ska ses som en friköpsklausul, d.v.s. att part kan välja mellan att fullgöra prestationen enligt avtalet eller betala maximalt vite och därigenom komma undan fullgörelseskyldigheten.⁴⁰

2.3 Jämförelse med vitesklausul i common law

I common law-systemet, vilket bl.a. innefattar engelsk och amerikansk rätt, kallas vitesklausuler för *”liquidated damages clause”*. Vissa skillnader finns i hur en

³² Jmf Gorton & Samuelsson, *Festskrift till Ingemar Ståhl*, s. 83 där fyra förutsättningar nämns för skadestånd. Se dock Rättegångsbalk (1942:740) kap 35 § 5 som framhåller att under vissa förutsättningar kan en domstol uppskatta skadans storlek.

³³ Gorton & Samuelsson, *Festskrift till Ingemar Ståhl*, s. 83

³⁴ Carenholm & Lundenmark, *Boken om ABK*, s. 87

³⁵ Hedberg, *kommentarer till AB 04 och ABT 06*, s. 88

³⁶ Samuelsson, *Entreprenadavtal*, s. 228

³⁷ Bengtsson, Ullman, Unger, *Allehanda om skadestånd i avtalsförhållanden*, s. 40

³⁸ Gorton & Samuelsson, *Festskrift till Ingemar Ståhl*, s. 75

³⁹ *Ibid*, s. 82

⁴⁰ Samuelsson, *Entreprenadavtal*, s. 228 ff.

vitesklausul får vara utformad enligt svensk rätt gentemot vad som är en giltig vitesklausul i common law-staterna. I common law-systemet är liquidated damages accepterat, dvs en uppskattning av det framtida skadeståndsansvaret, men penalty clauses är förbjudna, d.v.s. straffande avtalade skadestånd vid avtalsbrott.⁴¹

2.4 Analys av ändamålet med vitesklausuler

I doktrin har det som får betraktas som den påtryckande effekten särskilt framhållits som ett viktigt ändamål med kontraktuella viten. Men även möjligheten att få ersättning för den lidna skadan vid kontraktsbrottet, samt att efter avtalsbrott ska vitet kunna betalas ut snabbt anses vara viktiga ändamål. För den vitesberättigade leder också en vitesklausul till en avsevärd lättnad av bevisbördan. Beroende på vitets belopp och vad för regler som vitet kopplas samman med (t.ex. tidsförlängningsregler), kan dessa ändamål vara mer eller mindre betydande. Exempelvis ger ett högt belopp en större påtryckande effekt än ett lägre. I vissa fall kan även vitets ändamål vara att straffa avtalsbrytande part och i andra fall tycker inte part att de dispositiva rättsreglerna kommer ge tillräckligt med kompensation för ett kontraktsbrott. Alla de nu nämnda ändamålen är av särskilt intresse för beställaren och det är svårt att se att naturagäldenären har någon större nytta av vitesklausulen. I vissa fall utformas dock vitesklausulen för att även tillgodose några av naturagäldenärens intressen. De främsta fördelarna för naturagäldenären är då att vitet kan vara ansvarsbegränsande och på förhand kalkylerbart. Snabbheten efter avtalsbrott får ändå anses generellt gagna båda parter då långa tvister om skadestånd ofta kan vara såväl kostsamma som tidskrävande.

2.4.1 En kritisk granskning av vitets påtryckande funktion

Författaren av denna uppsats vill anmärka följande beträffande den påtryckande funktionen vitesklausuler anses ha. Det kan vara svårt att på förhand veta om ett vite är större än vad som skulle kunna utgå enligt dispositiva skadeståndsregler. I princip kan den bedömningen bara göras i efterhand när "facit" finns tillgängligt. Emellertid kan säkert en rimlig uppskattning göras på förhand om den skada som potentiellt kan drabba beställaren och vitet kan då bedömas gentemot den nivån. Men det som talar emot det är att förseningskostnader ofta är av svåröverblickbar natur. Dessutom kan det vara oklart vad för typ av förluster som ska förutspås, det kan bli många hypotetiska resonemang om i hur stor grad en försening leder till uteblivna intäkter och kunder. Direkta kostnader som hyra av ersättningslokal eller material kan vara enklare att uppskatta på förhand. Just enkelheten att beräkna vad för ersättning som ska utgå och den preventiva effekten är, som vi kunnat se ovan, ett viktigt ändamål med avtalsvitet. Därför är antagligen fastställandet av vitesbeloppet ofta standardiserat. Jag vill dock framhålla att om vitet är lågt till beloppet, i förhållande till transaktionens värde, funkar vitets påtryckande funktion dåligt (även om det i och för sig är högre än vad som skulle utgått enligt dispositiva regler). Det kan kännas ologiskt för en naturagäldenär att göra kostsamma uppoffringar för att bli klar i tid om vitet ändå är lägre än de kostnaderna som skulle uppkomma för att undvika försening.

Vid bedömning av den påtryckande funktionen bör man inte stirra sig blind på kontraktssumman utan att reflektera kring hur stor vinstmarginal som en entreprenör gör på kontraktet. Om vinstmarginalen är stor kan ett litet förseningsvite upplevas

⁴¹ Gorton & Samuelsson, *Festskrift till Ingemar Ståhl*, s. 86, 88

som ”en droppe i havet”. Men om däremot vinstmarginalen är låg blir ju även ett lägre förseningsvite procentuellt sett mer kännbart. Att ett högt vite i förhållande till vinsten får en större påtryckande effekt än ett lågt är inget som det bör råda några större tvivel om. Den påtryckande effekten är en psykologiskt rationell känsla, men förutsätter också att naturagäldenären insett vilka ekonomiska konsekvenser en försening kan få, annars faller resonemanget om den påtryckande effekten. Etablerade marknadsaktörer bör vara väl medvetna om detta, men kanske inte alltid aktörer som vanligtvis inte ingår avtal med vitesklausuler. Om vitesklausulen inte har blivit uppmärksammas för denne före avtalets ingående eller under kontraktstiden kan en påtryckande funktion ej uppnås. Dessutom är vitesnivåerna i vanliga standardavtal sällan satta tillräckligt höga för att en påtryckande effekt ska kunna uppnås.⁴²

Det kan dock finnas andra saker som är svårare att kontrollera för en naturagäldenär. T.ex. i entreprenader kan underentreprenörers ansvarsområden eller leveranser från någon utomstående part vara svåra att kontrollera för generalentreprenören. I vissa fall kan entreprenören då ha rätt till tidsförlängning enligt AB 04 4:3 p. 5, men utanför entreprenadrättens område kan det vara mer problematiskt att få förlängning och vite ska då utgå ändå. För att en beställare ska kunna förvissa sig om att vitesklausulen har en påtryckande funktion bör denne försäkra sig om att även generalentreprenörens underentreprenörer och leverantörer riskerar att betala vite med ett kännbart belopp vid försening. Annars riskerar påtryckningseffekten i realiteten bli begränsad.

2.4.2 Analys av vitets ersättnings- och avvecklingsfunktion

Beträffande vitet som ersättningsfunktion och en snabb avvecklingsfunktion vill framhållas följande. Även om tanken om vitet som en snabb avvecklingsfunktion är god kan det i realiteten gå långsammare än planerat. Anledningen till detta är att en vitesklausul ibland förenas med tidsförlängningsregler (se. t.ex. 4:2-3 i AB 04). Det kan ta tid och bli kostsamma tvister om oenighet råder beträffande frågan om rätt till tidsförlängning. I de fall då vitet är väsentligt lägre eller högre än den faktiska skada som beställaren lidit kan frågor om jämkning av vitet till ett lägre belopp alternativt ytterligare skadestånd uppkomma vilket fördröjer avvecklingen av avtalsförhållandet.

I AB 04 5:3 har man försökt undvika risken att ytterligare skadestånd krävs genom att slå fast att *”(o)m vite avtalats är beställaren därutöver inte berättigad till skadestånd för förseningen”*. En liknande begränsning återfinns även i NL 09 p. 14. Trots denna formulering kan det inte undvikas att en beställare kan försöka att få ytterligare ersättning genom att hävda att konsekvenserna blir oskäligen och att en jämkning av avtalet enligt 36 § AvtL bör ge rätt till ytterligare ersättning. En annan grund kan vara att beställaren anför att ansvarsbegränsningen inte ska gälla på grund av att entreprenören genom grov vårdslöshet eller uppsåt vållat förseningen. Även en entreprenör kan fördröja avvecklingen av ett kontraktsbrott genom att hävda att vitet ska jämkas till en lägre nivå. I AB 04 5:3 andra stycket har det till och med införts en explicit jämningsregel ifall åtminstone en del av entreprenaden tagits i avsett bruk eller om beställaren har haft en icke oväsentlig ekonomisk nytta av annat ibruktagande av åtminstone en del av entreprenaden. När dessa typer av invändningar inte uppkommer fungerar dock vitet effektivt för att uppfylla avvecklingsfunktionen.

⁴² Gorton & Samuelsson, *Festskrift till Ingemar Ståhl*, s. 99

Beträffande en vitesklausul som endast avser ersätta den verkliga skadan blir precis som Ekelöf framhåller bevisbördan omkastad. Den skadelidande behöver inte visa på någon faktisk skada. Det innebär att vitet blir en form av presumtion att en skada i den beloppsskassen lidits. Hävdar den kontraktsbrytande parten att den verkliga skadan är mindre och önskar jämka vitet bör han ha bevisbördan för detta.

2.4.3 Skillnaden gentemot common law

Det är intressant att det anses förbjudet i common law-systemet med straffande vitesklausuler. Ett sådant förbud finns inte i svensk rätt. Däremot har domstolarna i common law-systemet en möjlighet att utdöma punitive damages, d.v.s. straffande skadestånd som tillfaller motparten. Den möjligheten saknar svenska domstolar.⁴³ Spontant kan en sådan skillnad framstå som märklig, att en domstol inte godkänner straffande viten, men kan döma ut straffande skadestånd. Å andra sidan får domstolen en helt annan kontroll över situationen. Ett avtalat straffande skadestånd kan bli orimligt lågt eller högt. En domstol har full kontroll över situationen och kan istället utdöma ett, enligt deras mening, rimligt och straffande skadestånd. Men många gånger måste gränsdragningsproblem uppkomma mellan vad som är ett på förhand uppskattat skadeståndsvite och ett straffande vite.⁴⁴

2.4.4 Typiska fördelar och nackdelar med en vitesklausul

Typiska fördelar för beställaren av införandet av en vitesklausul är att beräkningen av det ”skadestånd” (vite) som ska utgå blir enkel, bevisproblem minimeras och vite utgår som ett visst belopp eller som en andel av kontraktssumman per tidsenhet (vanligtvis per vecka). Att styrka de skador beställaren lider vid försening kan annars vara både mycket svårt och dyrt.⁴⁵ Det blir också på det viset förutsägbart för båda parterna vad för ersättning som ska utgå vid försening. Det ger också incitament till naturagäldenären att prestera i rätt tid.

Fördelar med vitet för naturagäldenären är förutsägbarhet och att kostnader för försening kan kalkyleras på förhand. Även att processen efter kontraktsbrott är snabbare än vid en rättsprocess är en fördel för naturagäldenären. I vissa fall kan en vitesklausul vara en ansvarsbegränsning för naturagäldenären vilket också är en fördel för denne.

De nackdelar som en avtalad vitesklausul kan innebära för en beställare kan vara olika i olika situationer och mer eller mindre påtagliga. En nackdel kan vara att en vitesklausul beloppsmässigt begränsar det skadestånd som utgår vid försening. Detta kan försätta den skadelidande (beställaren) i en svår situation då denne inte har möjlighet att söka ersättning från annat håll om inte en försäkring skulle täcka en viss skada.

De nackdelar en naturagäldenär kan uppleva med en vitesklausul är att denne kan behöva betala vite även när beställaren inte lider någon skada. Detta kan vara

⁴³ Gorton & Samuelsson, *Festskrift till Ingemar Ståhl*, s. 87

⁴⁴ Gränsdragningsproblematiken framhålls i den svenska propositionen. Men i svensk rätt är behoven mindre av att kunna skilja dessa åt då båda varianterna är tillåtna och kan jämkas med stöd av 36 § AvtL. Se Prop 1975/76:81 s. 141

⁴⁵ Gorton & Samuelsson, *Festskrift till Ingemar Ståhl*, s. 96

frustrerande och kostsamt för naturagäldenären och upplevas som mycket betungande om det är stora skillnader mellan vitet och skadan. Dessutom läggs bevisbördan på naturagäldenären att visa att skada inte uppkommit hos beställaren. Skada i nivå med vitet presumeras ha uppkommit.

2.5 Slutsatser gällande vitets ändamål

Även om det i en viss utsträckning finns allmänna syften med att införa en vitesklausul (varav ett flertal nämnts ovan) kan parterna i en viss avtalsituation ha avsett att särskilt uppfylla något av de ovan nämnda syftena, medan andra syften inte varit ett skäl till införandet av vitesklausulen. Till syvende och sist är faktiskt parternas avsikt det som är det mest relevanta när ändamålet med en vitesklausul ska avgöras. I många fall kan parterna ha motstående syften med att införa en vitesklausul.⁴⁶ Exempelvis kan en beställare och en naturagäldenär vara överens om att en vitesklausul ska införas i kontraktshandlingarna som utlöses vid försening. Men syftet med införandet kan vara olika. En beställare ser kanske att det blir en bevislättning för honom gentemot dispositiva regler beträffande skadestånd vid försening. Däremot kanske naturagäldenärens bakomliggande syfte är att ansvarsbegränsa sig för det skadestånd som kan utgå vid försening. I första hand bör alltså en gemensam partsavsikt om vitets ändamål eftersökas. Om en sådan partsavsikt inte kan identifieras får en objektiv tolkning försöka göras. Det innefattar att, utöver ordalydelsen, undersöka inom vilken bransch och vad för typ av kontrakt som vitesklausulen har använts i. Även dessa, i doktrin angivna, typiska ändamål med vitesklausulen kan vara av betydelse för denna objektiva bedömning vilket i synnerhet innebär prevention mot kontraktsbrott samt en snabb och standardiserad ersättning vid kontraktsbrott. Men även möjligheten till ansvarsbegränsning och att på förhand kunna kalkylera förseningsersättningen kan vara ändamål med vitet.

3. VITESKLAUSULEN SOM ANSVARSBEGRÄNSNING

3.1 NJA 2010 s. 629 – Ett rättsfall gällande frågan om en vitesklausul är ansvarsbegränsande

I ett mål från Högsta domstolens bedömdes bland annat frågan om vite utesluter skyldighet att ersätta överstigande skada. Även om Högsta domstolen inte kunde presentera några revolutionerande riktlinjer om hur bedömningen ska göras finns ett antal viktiga uttalanden som nu ska presenteras.

Först ska en bakgrund ges till målet. Parterna i NJA 2010 s. 629 var försäkringsbolaget ”If” (kärande) och en underentreprenör, ”Temarör” (svarande). Bakgrunden till tvisten var att en fastighetsägare önskade få diverse våtrumsarbeten utförda och gav i uppdrag till en totalentreprenör att utföra detta. ”Temarör” blev i sin tur anlitade av totalentreprenören att utföra en del av arbetet. För att utföra detta arbete kvitterade ”Temarör” ut en huvudnyckel av en part som samordnade de olika arbeten för fastighetsägarens räkning då denna entreprenad inte var den enda pågående vid denna tid. Då ”Temarör” skriftligt kvitterade ut nyckeln ingick också en vitesklausul som blev avtalsinnehåll. Denna vitesklausul återfanns närmare bestämt i

⁴⁶ Olsen, *Ersättningsklausuler*, s. 30

en bilaga till en kvittenslista för nycklar. Bilagan var betecknad med rubriken *"Regler för utlåning av nycklar!"*. Där i återfanns bland annat följande två stadganden: *"Nycklar som ej kommer oss tillhanda efter påpekande kommer att debiteras 15 000 kr"* samt *"Nycklar till lägenheter som hyresgäster äger och försvinner debiteras för låsbyte"*. Detta är ett avtal om vite mellan Fastighetsägaren och "Temarör" då den samordnade parten endast uppträtt som ett bud för fastighetsägarens räkning, enligt domstolens mening. "If" hävdar att detta ska ses som ett avtal om förseningsvite men inte en ansvarsbegränsning. "Temarör" tycker dock att det är en ansvarsbegränsning. "If" hävdar att "Temarör" agerat vårdslöst. När nyckeln sedermera förlorades byttes de drabbade låsen ut till en kostnad på drygt 170 000 kr. Fastighetsägaren vände sig gentemot sin kontraktspart, totalentreprenören för att begära ersättning för denna kostnad. Totalentreprenörens försäkringsbolag "If" betalade ut ersättning till fastighetsägaren och det är av den anledningen "If" är kärande i denna rättsprocess.

HD framhåller i domskälen att ett avtalat vite kan ha olika ändamål men att i detta fall var det intressanta om vitet innebar en ansvarsbegränsning eller inte. HD såg med andra ord att det kunde finnas två varianter på innebörden av vitesklausulen. Det första alternativet var att vitet innebär att det är en ersättning som ska utgå vid en viss omständighet (i det här fallet om en kvitterad nyckel går förlorad) men att det inte begränsar rätten att kräva ytterligare ersättning. Det andra alternativet är att vitesklausulen innebär en exklusiv reglering av ersättningsansvaret om en kvitterad nyckel försvinner och att ingen ytterligare ersättning ska utgå, oaktat att kostnaderna är större än vitet. Någon grund om att "Temarör" har handlat grovt vårdslöst eller uppsåtligt har inte framförts.

HD går igenom några vanliga kommersiella standardavtal och konstaterar att den normala ordningen är att avtalat vite vid dröjsmål är en ansvarsbegränsning, om inte avtalet hävs då ytterligare ersättning kan utgå. Därefter går HD vidare med att konstatera att det finns blandade åsikter i såväl nordisk- som europeisk doktrin om avtalat vite ska innebära en ansvarsbegränsning eller inte. Men det framhålls att man med hjälp av 36 § AvtL kan jämka ett vite både uppåt och nedåt.

Som sammanfattning kring rättsläget uttalar HD kanske det viktigaste generella uttalandet i domen: *"Eftersom en vitesklausul kan fylla olika funktioner och förhållandena varierar, kan det inte generellt anges huruvida en vitesklausul in dubio utgör en exklusiv reglering av ersättningen vid ett kontraktsbrott. Istället får klausulen i allmänhet tolkas utan tillämpning av en sådan hjälpregel."*

HD bedömer i föreliggande fall att bilagan, innehållandes vitesklausulen, har upprättats av fastighetsägaren och att "vitesbeloppet på 15 000 kr är av en sådan storlek att Temarör har haft fog att uppfatta vitesklausulen som en slutlig reglering vid förlust av nyckel" (min kursivering). Enligt HD får därför vitet anses vara en uttömmande reglering av ersättningsansvaret vid förlust av nyckeln mellan Temarör och Fastighetsägaren.

Justitierådet Marianne Lundius var skiljaktig. Lundius var ense med majoriteten i de mer allmänna utgångspunkterna om rättsläget men gjorde en annan bedömning i det föreliggande fallet. Lundius tyckte *inte* att Temarör haft fog för sin uppfattning om att vitet var en ansvarsbegränsning. Därför ska det inte heller bedömas som en

ansvarsbegränsning. Lundius framhåller att: *”Vid fastställande av ett avtalsvillkors innebörd bör såväl det rättsliga som det faktiska sammanhanget vari villkoret förekommer beaktas”*. Vidare poängterar Lundius att de flesta standardavtal är relativt utförliga och att Temarör måste vara medvetna om att vilka rättigheter som dessa avtal ger Fastighetsägaren/Beställaren respektive Totalentreprenören. Detta återspeglas även i underentreprenörsavtalet. Det ställs krav på tydlighet, enligt Lundius, för att göra ändringar i förhållande till standardavtalens bestämmelser. Avtalet med vitesklausulen uppfyller inte tydlighetskravet *”med beaktande av dess lydelse, utformning och placering”*.

3.2 En ”in casu” bedömning

Det går inte att generalisera och fastslå att en vitesklausul alltid utesluter ytterligare skadestånd. Det visar HD:s dom NJA 2010 s. 629. *”Eftersom en vitesklausul kan fylla olika funktioner och förhållandena varierar, kan det inte generellt anges huruvida en vitesklausul in dubio utgör en exklusiv reglering av ersättningen vid ett kontraktsbrott. Istället får klausulen i allmänhet tolkas utan tillämpning av en sådan hjälpregel.”*⁴⁷

I standardkontrakt föreskrivs emellertid ofta att ytterligare ersättning inte ska utgå utöver vitet.⁴⁸ Detta framhåller även Hellner m.fl.: *”När vite utgår utesluts vanligen skadestånd för den tid under vilken vite utgår.”*⁴⁹ Samuelsson framhåller att det är en *”komplicerad fråga”* om skadestånd kan utgå utöver vite, i vissa fall, när AB 04 annars normalt utesluter det.⁵⁰

Bernitz anför följande: *”Det är en viktig, okodifierad rättsprincip i svensk civilrätt att man inte kan med rättslig verkan friskriva sig från ansvar för skada som man vållat uppsåtligen eller genom grov vårdslöshet.”*⁵¹ Om en sådan typ av friskrivning ändå ska kunna godkännas ska avsikten vara att kanalisera ansvaret till part som tecknat försäkring.⁵² Ullman har dock en mer avvaktande inställning till att beteckna grov vårdslöshet som en grund som åsidosätter en ansvarsbegränsning.⁵³ Ramberg & Ramberg intar ett mellanläge och nöjer sig med att konstatera att det i litteraturen brukar framhållas att en friskrivning *”normalt”* förlorar verkan vid grovt vårdslöst orsakad skada.⁵⁴ Även Hellner m.fl. framhåller att *”ansvarsfriskrivningar (...) som huvudregel inte anses giltiga vid grov vårdslöshet”*⁵⁵. Detta konkretiseras genom att Hellner m.fl. uppställer en huvudregel om att vid grov vårdslöshet eller uppsåt är en friskrivning från skadeståndsskyldighet inte giltig. Men de nyanserar regeln genom att presentera ett undantag. Om den skadelidande är skyddad på annat sätt bör friskrivning från ansvar för grov vårdslöshet accepteras.⁵⁶ Med att *”vara skyddad på annat sätt”* åsyftas antingen att en försäkring täcker skadan eller att det finns en annan part som är skadeståndsskyldig och att denne kan utge full ersättning.⁵⁷

⁴⁷ Se p. 12 i HD:s domskäl NJA 2010 s. 629

⁴⁸ Se t.ex. AB 04 kap 5 § 3 och NL 09 p.14 5:e stycket

⁴⁹ Hellner, Hager, Persson, *Speciell avtalsrätt II Kontraktsrätt 2:a häftet*, s. 241 som hänvisar till NJA 2010 s. 629

⁵⁰ Samuelsson, *Entreprenadavtal*, s. 242

⁵¹ Bernitz, *Standardavtalsrätt*, s. 103

⁵² Bernitz, *Standardavtalsrätt*, s. 105 och Ramberg & Ramberg, *Allmän avtalsrätt*, s. 233

⁵³ Bengtsson, Ullman, Unger, *Allehanda om skadestånd i avtalsförhållanden*, s. 135 ff.

⁵⁴ Ramberg & Ramberg, *Allmän avtalsrätt*, s. 233

⁵⁵ Hellner, Hager, Persson, *Speciell avtalsrätt II Kontraktsrätt 2:a häftet*, s. 215

⁵⁶ Ibid, s. 242

⁵⁷ Ibid, s. 242

Hellner & Radetzki menar att principen gäller som huvudregel, i vart fall för personskador, men att detta endast är en utgångspunkt.⁵⁸ Som flera andra rättsvetare har framhållit är kanalisering av ansvaret en omständighet som kan göra att ansvarsbegränsningen kan upprätthållas även vid grov vårdslöshet. Hellner & Radetzki menar emellertid att i vissa fall kan en ansvarsfriskrivning endast vara gällande vid force majeure, d.v.s. det krävs inte så mycket som grov vårdslöshet för att åsidosätta en ansvarsbegränsning i dessa fall.⁵⁹ Senare i detta kapitel kommer närmare analyseras vad som är grovt vårdslöst orsakad försening.

3.3 Tolkning av vitesklausuler enligt NJA 2012 s. 597

NJA 2012 s. 597 handlar om ett entreprenadförhållande. Ett kraftverk skulle uppföras och det var organiserat som en delad utförande-entreprenad. D.v.s. beställaren hade projekteringsansvaret och beställaren kontrakterade entreprenörer direkt, istället för att anlita en generalentreprenör. AB 92 var det gällande standardavtalet. Frågan i rättsfallet var om en entreprenör var skyldig att utge förseningsvite för att denne inte färdigställt det den var kontrakterad att göra, i rätt tid. Alltså även om entreprenaden ändå skulle blivit försenad, på grund av att en sidoentreprenör också var försenad. Slutsatsen blev att entreprenören var tvungen att utge vitet oaktat sidoentreprenörens parallella försening.

En intressant del av HD:s dom är hur vitesklausuler ska tolkas. Följande citat är mycket illustrativt beträffande hur HD anser att vitesklausuler ska tolkas: *”Det har i målet inte gjorts gällande att parterna i samband med tillkomsten av avtalet diskuterade den närmare innebörden av vitesklausulen eller att de hade en gemensam partsavsikt rörande betydelsen av denna för ett fall där flera händelser samtidigt har orsakat en försening av kraftverkets idrifttagning. Inte heller föreligger det några andra omständigheter vid sidan av själva kontraktstexten som kan bidra till att klargöra hur parterna vid avtalstidpunkten uppfattade klausulen i det hänseendet. Ordalydelsen ger utrymme för såväl uppfattningen att när Trafikverkets försening ensam förklarar en fördröjning av idrifttagningen ska vite utgå oberoende av om fördröjningen ändå hade inträffat på grund av en sidoentreprenörs försening, som uppfattningen att vite förutsätter att fördröjningen av idrifttagningen inte hade skett Trafikverkets försening förutan. Inte heller avtalets systematik ger någon egentlig ledning för den aktuella frågan. Det är i ett sådant fall naturligt att vid bestämningen av avtalsinnehållet utgå från vad som gäller enligt dispositiv rätt.”*

Det kan konstateras att HD i tur och ordning går igenom olika delar för att tolka vitesklausulen när det finns olika uppfattningar om hur den ska tolkas. HD letar först efter en gemensam partsavsikt, för det andra söker man efter andra omständigheter som kan utröna hur klausulen ska tolkas t.ex. avtalspreliminärer som meddelanden och annan kommunikation som föregått ingåendet av avtalet. Som tredje steg försöker HD att anlägga en objektiv tolkning genom att tolka ordalydelsen av avtalet och som fjärde steg fortsätter en form av objektiv tolkning genom att utifrån hur avtalet är uppbyggt, d.v.s. systematiken, söka ledning för hur tolkningen ska göras. När inte något av de fyra tidigare stegen har utmynnat i en tydlig tolkning av vitesklausulen

⁵⁸ Hellner & Radetzki, *Skadeståndsrätt*, s. 87

⁵⁹ Ibid

har HD låtit, som femte steg dispositiv rätt träda in för att ge ledning. Som sjätte och sista steg, vilket inte framgår av citatet ovan men som kan ses i domskälen, analyserar HD hur dispositiv rätt passar in i kontexten. HD undersöker om slutsatserna från dispositiv rätt blir rimliga eller om det finns något i avtalet som klart pekar på att parterna önskat göra ett avsteg från dispositiv rätt. Efter den analysen kommer HD fram till en slutsats att fler än en entreprenör kan vara skyldiga att utge vite för förseningen. Detta fall från HD visar på hur vitesklausulens ändamål och funktion ska tolkas vid tveksamheter.

3.4 Ansvarsgenombrott vid grov vårdslöshet eller uppsåt

Som framhållits ovan kommer i de flesta fall grov vårdslöshet leda till att en ansvarsfriskrivning åsidosätts. Vad som är grov vårdslöshet kan dock vara svårt att avgöra.

Först kan undersökas vad som är enkel vårdslöshet. Håstad framhåller att vad som kan vara vårdslöst av en naturagäldenär är när denne ”... klandervärt överskattat sin tekniska förmåga eller sina möjligheter att skaffa komponenter från tredje man i samband med köpeavtalets ingående. Vårdslöshet kan också bestå i att säljaren varit försumlig i valet av tredje man för att fullgöra köpet.”⁶⁰ Om inte åtgärder vidtas för att minska beställarens skador vid försening kan även det bedömas som vårdslöst.⁶¹

Då förseningen har vållats uppsåtligt ska det vara fråga om en medveten handling som leder till förseningen. Det ska finnas insikt. Ett exempel kan vara om en naturagäldenär tar ett annat uppdrag och är medveten om att det första uppdraget inte kommer bli klart i tid, eller att naturagäldenären medvetet underlåter att uppfylla kontraktet.

Mellan vanlig vårdslöshet och uppsåt ligger således nivån som motsvarar grov vårdslöshet. I praxis eller doktrin tyck man inte ha laborerat med indirekt- eller likgiltighetsuppsåt inom kontraktsrätten, vilket annars förekommer i straffrätten. Om det är rätt eller ej är svårt att avgöra men anledningen till att höga krav ställs på vad som ska ses som uppsåtligt eller grovt vårdslöst beror antagligen främst på de långt gångna konsekvenserna det leder till. En ansvarsbegränsning förlorar nämligen normalt sin verkan vid grov vårdslöshet och gör att mycket stora skadestånd kan utgå.

Historiskt har grov vårdslöshet försökt kodifieras som t.ex. ”vårdslöshet som inte ens vårdslösa personer brukar göra sig skyldiga till, eller vårdslöshet som ger misstanke om uppsåt”, men det är tveksamt om sådana svepande definitioner faktiskt har någon betydelse idag.⁶² Istället måste grov vårdslöshet sättas in i en kontext. Olika situationer kan ha olika nivåer för grov culpa.⁶³ Historiskt sett har dock domstolarna sällan valt att kvalificera vårdslöst handlade som grovt.⁶⁴

Det finns ett antal rättsfall från högsta instans som behandlat grov vårdslöshet i kontraktsförhållanden. I NJA 1992 s. 130 var frågan om en byggtreprenör varit

⁶⁰ Håstad, *Köprätt och annan kontraktsrätt*, s. 67

⁶¹ *Ibid*

⁶² Hellner & Radetzki, *Skadeståndsrätt*, s.142

⁶³ Hellner & Radetzki, *Skadeståndsrätt*, s.142 och Kleineman, *Festskrift till Lars Heuman*, s. 263

⁶⁴ Kleineman, *Festskrift till Lars Heuman*, s. 263

grovt vårdslös genom att takinfästningen på en skolbyggnad gjorts på ett så undermåligt sätt att taket sedermera rasade in. HD framhöll att i litteraturen brukade yrkesfusk och byggfusk nämnas som något som kan utgöra grov vårdslöshet. En jämförelse görs också med vad som gäller på skadestånd- och försäkringsrättens område. På det området krävs att *"vårdslösheten måste vara av mycket allvarligt slag (...) på gränsen till uppsåtligt"*. Det ska vara en betydande hänsynslöshet eller nonchalans och som dessutom medför en avsevärd risk för skada, fortsätter HD. En jämförelse med transporträtten gjordes också, där det talades om att grov vårdslöshet kräver *"medvetet risktagande"*. HD framhåller: *"Det ligger i sakens natur att begreppet grov vårdslöshet inte kan ges en enhetlig innebörd på alla områden där det används"*. HD menar att det är enklare att uppnå grov vårdslöshet på kontraktetsrättens områden än på försäkrings- och skadeståndsrättens område. *"Kvalificerade avvikelser från normal aktsamhet"* kan, utöver medvetet risktagande, utgöra grov vårdslöshet. Infästningen av taket var gjord i strid med myndighetsföreskrifter och entreprenören hade inte gjort några egna beräkningar om hur infästningen borde ske. HD tror inte att entreprenören insett att sättet man byggde taket på medförde risker. Entreprenören borde dock anlitat fackkunskap om de inte kunde beräkna det själva. Att risken för personskador var stor var något HD framhöll särskilt när man bedömde entreprenörens handlande som grovt vårdslöst.

I NJA 1996 s.118 bedömdes en entreprenör som grovt vårdslös då denne hade utfört svetsarbete som ledde till brand i en lokal där värdefull egendom förvarades. Entreprenören visste om att det alldeles i närheten fanns lättantändligt material och hade vidtagit vissa, men otillräckliga, säkerhetsåtgärder.

Vad som är grov vårdslöshet på entreprenadrättens område är yrkesfusk, byggfusk, medvetet risktagande och andra kvalificerade avvikelser från normal aktsamhet, enligt Bernitz bedömning av NJA 1992 s. 130.⁶⁵

Kleineman bedömer att dessa två rättsfall (NJA 1992 s. 130 och NJA 1996 s. 118) ger ledning då det är stor risk för personskador, eller omfattande sakskador p.g.a. brandrisk. I sådana fall tycks det *inte* krävas medvetenhet om att skaderisken har förelegat.⁶⁶ Men vad gäller rena förmögenhetsskador menar Kleineman att en jämförelse får göras med vad som är tillåtet att friskriva sig från.⁶⁷ *"Följdsador vid dröjsmål (...) är normalt av ett helt annat slag. Här finns normalt bara en risk för ekonomiska olägenheter hos den skadelidande, då kan inte skaderisken ur den skadelidandes synvinkel värderas på samma sätt (som vid risk för person- eller sakskada). Kravet på skadeinsikt kan vidmakthållas"* (mitt tillägg inom parentes)⁶⁸. Att sådana skador som betraktas som indirekta skador kan vara mycket svåra att förutspå är ännu en anledning till att upprätthålla lika stränga krav på vad som är grovt vårdslöst som inom försäkrings- och skadeståndsrätten. Dessutom accepterats oftast friskrivningar från indirekt skada inom kontraktetsrätten.⁶⁹

⁶⁵ Bernitz, *Standardavtalsrätt*, s. 104

⁶⁶ Kleineman, *Festskrift till Lars Heuman*, s. 267

⁶⁷ Ibid, s. 267 ff.

⁶⁸ Ibid s. 268

⁶⁹ Ibid, s. 269 f.

Att kanalisering av ansvaret kan innebära att en friskrivning från grov vårdslöshet upprätthålls har påpekats ovan. Kleineman menar att kanaliseringshänsyn även kan leda till att en lägre grad av vållande än vanligt ses som grovt oaktsamt. Detta gäller under förutsättning att skadevållaren har varit den som enklast kunnat försäkra sig mot risken.⁷⁰ I kontraktförhållanden har parterna möjlighet att på förhand göra en riskfördelning i avtalet. Det vill säga, under vilka förutsättningar som ersättning ska utgå för olika typer av skador. Om ansvarsbegränsningar gjorts bör de upprätthållas i hög grad. Det finns en möjlighet för parterna att stipulera omständigheter då ansvarsbegränsningarna inte ska gälla. Men om inga undantagsfall har avtalats anser Kleineman att de klassiskt högt ställda kraven på vad som är grovt vårdslöst bör upprätthållas även i kontraktförhållanden, om inte preventionsskäl talar för något annat (som t.ex. risk för personskador, vilket var fallet i NJA 1992 s. 130).⁷¹

Det bör påminnas om att en vitesklausul inte är en fullständig ansvarsbegränsning från allt skadeståndsansvar, utan snarare en beloppsbegränsning. Hellner m.fl. uttalar: ”Vanligen genombryts beloppsbegränsningarna vid kvalificerat vållande av den ansvarige.”⁷² Detta talar alltså för att det *inte* krävs så mycket som grov vårdslöshet för att jämka en beloppsbegränsande vitesklausul och ge utrymme för ytterligare skadeståndsanspråk. Det räcker enligt Hellner m.fl. med ”kvalificerad” culpa.

En oskälighetsbegränsning kan så klart jämkas vilket kommer analyseras senare i denna uppsats. Enligt Kleineman har inte HD genom NJA 1992 s. 130 generellt sänkt kraven på vad som ska anses grovt vårdslöst i kontraktförhållanden. Om det endast handlar om rena förmögenhetsskador, vilket i praktiken är den typ av skador som kan uppkomma vid försening, upprätthålls de höga kraven på faktisk skadeinsikt för att ett handlande ska bedömas som grovt vårdslöst.⁷³

Under förutsättning att part har fått rätt information men att prestationen ändå försenas p.g.a. rättsvillfarelse, d.v.s. en villfarelse om att prestationen skulle vara uppfylld vid nuvarande tidpunkt, kan eventuellt en allmän princip utanför nuvarande KöpL tillämpningsområde urskönjas om strikt skadeståndsansvar.⁷⁴ Men det tycks ändå behöva bedömas som att villfarelsen var grovt vårdslös för att en ansvarsbegränsning inte ska gälla.⁷⁵

3.5 Analys av vitesklausulens ansvarsbegränsande effekt

En part kan vara frestad att försöka välja bort vitessanktionen när det inte täcker skadan och istället försöka kräva skadestånd. Finns det ingen uttrycklig valrätt mellan skadestånd och vite bör part endast kunna välja vitet. Det finns alltså normalt sett ingen möjlighet att kringgå ett ansvarsbegränsande vite på det sättet.⁷⁶ I AB 04 och NL 09 står det explicit att vitet är den enda ersättning som kan utgå och därmed finns ingen valrätt.⁷⁷

⁷⁰ Kleineman, *Festskrift till Lars Heuman*, s. 270 f.

⁷¹ *Ibid*, s. 273

⁷² Hellner, Hager, Persson, *Speciell avtalsrätt II Kontraktetsrätt 2:a häftet*, s. 242

⁷³ Kleineman, *Festskrift till Lars Heuman*, s. 276 f.

⁷⁴ Håstad, *Köprätt och annan kontraktetsrätt*, s. 68 f.

⁷⁵ *Ibid*

⁷⁶ Samuelsson, *Entreprenadavtal*, s. 259

⁷⁷ Detta gäller dock under förutsättning att parterna har avtalat om vite vid AB 04-entreprenader.

3.5.1 Analys av NJA 2010 s. 629

Det hade varit önskvärt att HD kunnat ge ännu tydligare besked kring vad som ska beaktas när bedömningen görs av ett kontrakt innehållandes en vitesklausul. Det är ändå klart att HD anser att ingen presumptionsregel gäller. Det blir alltså fråga om en konventionell avtalstolkning för att bedöma om ersättning utöver det stipulerade vitet ska kunna krävas.⁷⁸

HD lägger bevisligen vikt vid att Fastighetsägaren har upprättat avtalet. Motparten, Temarörs, uppfattning har lagts till grund för avtalets betydelse om denne har haft fog för sin uppfattning. Detta låter som en form av tillämpning av den s.k. oklarhetsregeln när ett avtal upprättats ensidigt. Det åvilar alltså den som upprättat avtalet att vara tydlig med innebörden av vitesklausulen. Det kan nog vara synnerligen viktigt att klargöra att vitesklausulen inte är ansvarsbegränsande i de branscher då vitesklausulen annars ofta används som en ansvarsbegränsning, som t.ex. på entreprenadrättsområdet. Om omständigheterna i övrigt ger fog till ett antagande om att vitesklausulen innebär en ansvarsbegränsning så skyddas den uppfattningen.

Om det istället hade varit ombytta roller och den viteskyldiga hade upprättat avtalet med vitesklausulen och hävdatt att den skulle vara ansvarsbegränsande hade kanske domstolen varit mer försiktig att betrakta vitesklausulen som en ansvarsbegränsning. Detta eftersom en avvikelse från dispositiva rättsregler måste vara tydlig om det innebär en nackdel gentemot dispositiva regler för den som inte upprättat kontraktet. I NJA 2010 s. 629 innebar ju vitesklausulen som skrivits in i kvittensen en fördel för motparten, gentemot dispositiva regler. Då beställaren hade haft möjlighet att genom en tydligare införd klausul undanröja tveksamheterna kring om vitet var ansvarsbegränsande eller ej gick oklarheten ut över honom själv.

Lundius kan ha en poäng i att det inte var helt tydligt att beställaren önskar avtala om en ansvarsbegränsning i fallet. Det borde kanske ha väckt misstankar om att vitet inte var ansvarsbegränsande hos naturagäldenären (Temarör). Ansvarsbegränsningen har införts i en bilaga till kvittenslista för nycklar, där rubriken på bilagan betecknats "*Regler för utlåning av nycklar!*". Jämfört med de bestämmelser som återfinns i standardavtalen återfinns denna ansvarsbegränsning på en onaturlig plats. Ansvarsbegränsningar är viktiga för parterna att uppmärksammas på och bör finnas under någon rubrik som nämner "skadestånd", "ansvar", "begränsning" eller dylikt. Om det ändå skulle vara tydligt nog att ha ansvarsbegränsningen, beträffande ansvaret för nycklar, i en bilaga till kvittens för nycklar (vilket majoriteten i HD tyckte i det här fallet) bör det ställas krav på att lydelsen är tydlig så att det verkligen framgår att det är en begränsning av ansvaret. Å andra sidan är det Fastighetsägaren som i en standardformulering infört något som kan uppfattas som en ansvarsbegränsning till motpartens fördel. Fastighetsägaren har, som nämnts ovan, haft möjligheten att undanröja oklarheter genom en tydligare formulering. Vems uppfattning bör då skyddas? Både majoriteten och minoriteten tycks vara överens om att det är den som inte haft inflytande över formuleringen som ska skyddas. Minoriteten bedömer dock till skillnad från majoriteten att "Temarör" inte haft *fog* att uppfatta formuleringen som en ansvarsbegränsning.

⁷⁸ För en beskrivning av hur en tolkning av vitesklausuler ska göras hänvisas också till analysen av NJA 2012 s. 597 i kap 3.3.

Jag bedömer det som att placeringen av vitesklausulen (som i det här fallet blev en ansvarsbegränsning) antagligen hade lett till en annan utgång om det var Temarör som hade upprättat kvittenslistan och bilagan med vitesklausulen till skydd för sig själva. Då hade det framstått som att Temarör hade försökt att gömma ansvarsbegränsningen och då hade man antagligen, även om fog hade funnits för att se vitesklausulen som en ansvarsbegränsning, inte accepterat den på grund av dess placering.⁷⁹ I det aktuella rättsfallet var ansvarsbegränsningen en gynnande klausul för den som inte upprättat avtalet (d.v.s. naturagäldenären Temarör). Om istället den som utformat avtalet hade ansvarsbegränsat sig på det viset hade det varit en tyngande klausul gentemot motparten och det hade krävt att lokaliseringen av klausulen var mer framträdande.

3.5.2 Analys av när ansvarsbegränsningen kan åsidosättas

Gällande gränsen för vad som är grovt vårdslöst tycks den vara högt satt vad gäller de skador som normalt kan antas uppkomma p.g.a. försening, d.v.s. rena förmögenhetsskador. I princip ett krav på insikt om att skada kan uppkomma tycks krävas. Jag bedömer det som att vad som knappt anses som grovt vårdslöst i kontraktsförhållanden där förmögenhetsskada lidits kan räcka för uppsåt inom straffrätten. Inom straffrätten har utvecklats likgiltighetsuppsåtet, där personen ska ha varit medveten om att det finns en risk för t.ex. skada men varit likgiltig till om den uppkommer eller ej.⁸⁰

Det skulle väl i och för sig kunna föreställas att en risk för personskada kan uppkomma även p.g.a. försening. Ett exempel är om en entreprenad av ett sjukhus försenas, vilket leder till att sjukhuset inte kan öppnas i tid. Om det då kan härledas till att en personskada uppkommit, eller till att en stor risk för personskada uppkommit, kanske det kan leda till att ansvarsbegränsningen blir ogiltig p.g.a. grov vårdslöshet. Då finns en möjlighet att tillämpa den lite lägre nivån för grov vårdslöshet, vilket användes i NJA 1992 s. 130. Men ofta finns det andra sjukhus att vända sig till i dessa fall vilket innebär att det kanske aldrig förelåg en stor risk för personskada. Om en personskada hade uppkommit hade den antagligen kunnat undvikas genom att patienten kunde ha åkt till ett annat sjukhus. Att en patient inte har ett partsförhållande med entreprenören borde inte spela någon roll då inte heller de skolbarn som kunde ha skadats i NJA 1992 s. 130 hade ett partsförhållande med entreprenören. Mot bakgrund av detta är det dock svårt att se att det i praktiken kommer uppkomma personskador p.g.a. försening som skulle ge rätt till ytterligare ersättning.

Det kan tyckas att vad som konstituerar grov vårdslöshet i kontraktsförhållanden bör vara en lägre grad av vållande än i utomobligatoriska förhållanden. I synnerhet vad gäller icke momentana avtal, som t.ex. entreprenader, distributionsavtal och liknande då det anses finns en viss lojalitetsplikt i de fallen, vilket inte finns i utomobligatoriska förhållanden. Å andra sidan är det synnerligen viktigt att i kommersiella förhållanden upprätthålla ansvarsbegränsningar för att skapa förutsägbarhet. Dessutom är det i princip bara rena förmögenhetsskador som orsakas

⁷⁹ Jmf vad Bernitz framhåller om att parter har en viss lojalitetsplikt gentemot varandra att inte gömma undan viktiga avtalsklausuler. Bernitz, *Standardavtalsrätt*, s. 72

⁸⁰ Se om likgiltighetsuppsåt i straffrätten: Leijonhufvud & Wennberg, *Straffansvar*, s. 60 f. Beträffande uppåt i allmänhet inom straffrätten se s. 55 ff. Gällande oaktsamhet i straffrätten se s. 61 ff.

genom naturagäldenärens försening. Finansiella förluster och vinster är en del av livet vid drivande av en kommersiell verksamhet. En oberäknad förlust kan ofta klaras av och i vissa fall kompenseras i den andra änden av en oväntat hög vinst någon annan gång. Om det i något fall skulle bli en oskälig utgång av att en ansvarsbegränsande vitesklausul upprätthålls kan den jämkas till en rimlig nivå istället för att innebörden av grov vårdslöshet sänks till en lägre grad av vållande. Dessutom kommer fortfarande kvalificerat oönskat beteende som kan anses som grovt vårdslöst leda till att ansvarsbegränsningen åsidosätts.

Hellner m.fl. uttalande om att en friskrivning är ogiltig vid grovt vårdslöshet⁸¹, men att en beloppsbegränsning endast kräver ”kvalificerat vållande” för att åsidosättas,⁸² framstår som märkligt. Det är vanskligt att bedöma vad kvalificerat vållande innebär då uttrycket inte förekommer i doktrin särskilt ofta. Men det bör ligga någonstans mellan normal culpa och grov vårdslöshet. Det kan upplevas som märkvärdigt att en fullständig ansvarsfriskrivning kräver grov vårdslöshet för att åsidosättas medan en i grunden mer generös lösning gentemot skadelidande (endast en beloppsbegränsning) bara kräver kvalificerad culpa för att bortses från. När en vitesklausul är avtalad (d.v.s. en form av beloppsbegränsning) måste det enligt min mening, generellt sett, krävas en högre grad av culpa för att ytterligare ersättning ska kunna utgå. Då jämför jag med den grad av culpa som krävs för att åsidosätta en fullständig friskrivning från allt skadeståndsansvar. Detta följer av att en fullständig ansvarsbegränsning är en mer inskränkande bestämmelse gentemot dispositiva regler än vad endast en beloppsbegränsning är. Därigenom kommer man närmare oskälighetsgränsen och ett åsidosättande med hjälp av 36 § AvtL.

Enligt DCFR är en begränsning eller uteslutning av påföljder (bl.a. skadestånd) ogiltig om en personskada uppkommit genom uppsåt eller grov vårdslöshet. Dessutom kan en klausul som utesluter eller begränsar de påföljder som kan göras gällande vid avtalsbrott inte upprätthållas om det strider mot god tro och rättvis handel, även om det i princip inte hade varit ett oskäligt avtalsvillkor.^{83 84}

⁸¹ Hellner, Hager, Persson, *Speciell avtalsrätt II Kontraktsrätt 2:a häftet*, s. 215 och s. 242

⁸² *Ibid* s. 242

⁸³ I DCFR Book III – 3:105 ”Term excluding or restricting remedies” stipuleras:

”A term of a contract or other juridical act which purports to exclude or restrict liability to pay damages for personal injury (including fatal injury) caused intentionally or by gross negligence is void.”

”A term excluding or restricting a remedy for non-performance of an obligation, even if valid and otherwise effective, having regard in particular to the rules on unfair contract terms in Book II, Chapter 9, Section 4, may nevertheless not be invoked if it would be contrary to good faith and fair dealing to do so.”

⁸⁴ Soft law, som t.ex. DCFR, kan enligt Grönfors & Dotevall kodifiera vad som internationellt sett anses som gott affärskick. De anser också att beträffande frågan om jämkning ska ske enligt 36 § AvtL kan ledning sökas från soft law om vad som är skäligt: ”(vad som uppfattas som gott affärskick kan ge ledning vid skälighetsbedömningen särskilt i fråga om rent kommersiella förhållanden” (Grönfors & Dotevall, *Avtalslagen – En kommentar*, s. 273 f). Lehrberg är inne på samma spår (Lehrberg, *Avtalsrättens grundelement*, s. 228). Därför är det intressant att titta närmare på dessa soft law-källor. Min uppfattning är att man ska betrakta DCFR, PECL och UNIDROIT (s.k. soft law) som väldigt svaga rättskällor i svensk rätt, generellt sett. Dessa källor ligger närmast doktrin om man jämför de med den traditionella svenska rättskälleläran med (författning-förarbeten-prejudikat-doktrin). Men inflytande på rättstillämpningen har dessa akter bevisligen haft. I bl.a. en rad fall från Högsta Domstolen (t.ex. NJA 2009 s. 672, NJA 2010 s. 629, NJA 2011 s. 600) dessutom hänvisas ofta i doktrin till dessa källor (hur vanligt det är med referenser till dessa källor varierar mellan rättsvetare, en som frekvent hänvisar till dessa källor är Christina Ramberg, se bl.a. boken *Allmän Avtalsrätt*).

3.5.3 Analys av om ansvarsgenombrott kan ske enligt regler i AB 04

I flera standardavtal återfinns en explicit klausul som framhåller att begräsningen av skadeståndet vid försening till vitesbeloppet inte gäller vid fall av grov vårdslöshet, se t.ex. NL 09. Även AB 04 har en ansats till att åsidosätta ansvarsbegränsningarna som i övrigt stadgas där genom tredje stycket i 5:11: ”*De ansvarsbegränsningar som följer av denna paragraf gäller inte när part gjort sig skyldig till grov vårdslöshet*”. Det är aningen oklart om denna regel också åsyftar den begräsning av skadeståndet som följer av att avtala om vite. Samuelsson tycks inte anse att regeln åsyftar vitesregleringen.⁸⁵ Jag tycker det är otydligt om AB 04 5:11 tar sikte även på vitesregleringen.

3.5.3.1 Analys av AB 04 5:11 första stycket

Det som talar för att AB 04 5:11 åsyftar även vitessituationen är för det första att det med stor sannolikhet är en allmän princip, oavsett vad som skrivs i standardavtalet, om att ansvarsbegränsningen inte gäller vid grov vårdslöshet. Det kan då vara främmande att anta att en avvikande reglering från en tvingande princip åsyftats.⁸⁶ Det andra som talar för att AB 04 5:11 åsyftar även vitessituationen är att det förekommer i andra välanvända kommersiella standardavtal att grov vårdslöshet åsidosätter den ansvarsbegränsning som vitet annars har vid försening.⁸⁷

Dessa två nu nämnda argument är dock av svagare natur. Det viktigaste är faktiskt vad som står i just detta standardavtal. I 5:11 AB 04 står att ”*Part är skyldig att ersätta motparten för sådan skada som inte skall ersättas enligt bestämmelserna ovan i detta kapitel, om han varit vårdslös...*” I beteckningen ”bestämmelserna ovan i detta kapitel” ingår 5:3 som reglerar vitesersättning vid försening. Den ersättning som kan utgå begränsas till 15 % av kontraktssumman eller, om försäkring finns, till det högre belopp försäkringen täcker enligt 5:11. Eftersom skada vid försening ska täckas av vitet blir normalt inte regleringen i 5:11 första stycket intressant (eftersom det inte är fråga om en ”*sådan skada som inte skall ersättas enligt bestämmelserna ovan i detta kapitel*”). Ett tillfälle då det kan bli intressant att titta närmare på denna bestämmelse i 5:11 är då vitet inte förslår att täcka den uppkomna skadan vid förseningen.

Öppnas då en möjlighet i 5:11 till att få upp till 15 % av kontraktssumman i ”extra” ersättning om entreprenören varit vårdslös? Det som talar emot en sådan möjlighet är att i 5:3 fastslås att ingen ytterligare ersättning ska utgå utöver vitet. Den regeln (5:3) tar specifikt sikte på förseningsfallen, när vite avtalats, till skillnad från 5:11 som snarare är en allmän ”slasktratt”. Regeln i 5:11 ska fånga in andra fall då ersättning inte ska utgå enligt andra regler men när det ändå har ansetts berättigat med en viss ersättning för den skada som uppkommer. Enligt allmänna tolkningsprinciper, och i synnerhet med stöd av principen om att preciserade avtalsvillkor har företräde gentemot allmänt hållna klausuler, betyder det att beträffande förseningsersättning har 5:3 företräde.⁸⁸ Å andra sidan kan 5:11 ses som en kompletterande regel till vitesregleringen. Om entreprenören har agerat vårdslöst har det måhända avsetts att

⁸⁵ Samuelsson, *Entreprenadavtal*, s. 260

⁸⁶ En ansvarsfriskrivning kan dock tillåtas vid kanalisering av ansvaret antingen genom att en part har tecknat försäkring eller att annan skadeståndsskyldig finns. I AB-U 07, det standardavtal som används mellan generalentreprenör och underentreprenör, finns ingen direkt kanaliseringsregel även om underentreprenören ska betala vite till generalentreprenören vid försening enligt punkt 7.

⁸⁷ Se t.ex. NL 09 och NLM 10.

⁸⁸ För en närmare beskrivning av den använda principen, se Bernitz, *Standardavtalsrätt*, s. 93

ytterligare ersättning ska kunna utgå enligt villkoren i 5:11 eftersom att viss skada inte täcktes av vitet.

Formuleringen ”sådan skada som inte skall ersättas enligt bestämmelserna ovan i detta kapitel” vållar vissa tolkningsproblem. Ska ”sådan skada” tolkas som att den åsyftar förseningsskada som helhet? I sådant fall utgår ersättning för den skadan om vite avtalats, men vitet kanske inte täcker hela förlusten. Eller åsyftas istället med ”sådan skada” den skada som beställaren lider på grund av att vitet inte täcker hela den förslut som beställaren gör på förseningen (d.v.s. den skada som inte täcks av vitet ses som en egen skada)? Med den första tolkningen bör 5:11 *inte* öppna för ytterligare ersättning, med den andra tolkningen bör den det. Den ytterligare ersättningen är max 15 % av kontraktssumman eller ett högre försäkringsbelopp och kräver att försening orakats genom vårdslöshet. Vilken tolkning är rimligast? Det mesta talar *emot* en möjlighet att kräva ytterligare ersättning genom 5:11 då vitet inte räcker till. Systematiken i avtalet, då 5:3 och 5:11 inte har en naturlig hänvisning till varandra och inte 5:3 innehåller en undantagsregel, om att grov vårdslöshet åsidosätter ansvarsbegränsningen, talar *emot* det. Även de typiska ändamålen med en vitesreglering talar *emot* en möjlighet att kräva ytterligare ersättning eftersom vitet ofta anses exklusivt reglera förseningsersättningen.

Hur som helst tycks sällan 5:11 användas för att kräva ytterligare ersättning när vitet inte förslår, så vitt jag vet har det inte prövats. Om vite dock inte hade avtalats hade 5:11 gått in och gett rätt till ersättning vid vårdslöshet från entreprenören (dock med de reservationer som anges i den paragrafen). Vidare stadgas i 5:11 andra stycket att ersättning ”(f)ör skada på grund av avbrott eller störning i industriell produktion eller annan kommersiell verksamhet så föreligger ingen ersättningskyldighet”. Det kan tänkas att vad gäller försening kan det i stor utsträckning handla om just sådan typ av förlust. T.ex. en fabrik som inte blir färdig i tid och följaktligen försenar produktionsstarten. För en guide till hur en bedömning av en vitesklausul ska göras i ett individuellt fall hänvisas till analysen av NJA 2012 s. 597 (i kapitel 3.3) där en gemensam partsavsikt om vitesklausulens funktion ansågs kunna påverka hur tolkningen ska göras.

3.5.3.2 Analys av AB 04 5:11 tredje stycket

En annan tveksamhet är hur 5:11 tredje stycket ska tolkas: ”*De ansvarsbegränsningar som följer av denna paragraf gäller inte när part gjort sig skyldig till grov vårdslöshet*” (min understrykning). Det står klart och tydligt att de ansvarsbegränsningar som kan sättas åt sidan är de som anges i 5:11. D.v.s. inte begränsningen som följer av att ha avtalat om vite, vilken återfinns i 5:3. Så långt tycks allt vara klart om att grov vårdslöshet inte leder till att ansvarsbegränsningen i 5:3 sätts åt sidan, i vart fall inte enligt avtalet. Dock kvarstår troligtvis möjligheten att åsidosätta ansvarsbegränsningen, enligt allmänna principer, vid grov vårdslöshet. Men om, för att återkoppla kring den analys som förts ovan beträffande 5:11 första styckets innebörd, ”sådan skada som inte ska ersättas enligt bestämmelserna ovan i detta kapitel” skulle anses åsyfta den skada som vitet inte täckte skulle det öppnas upp för obegränsat skadestånd för den skada som lidits genom förseningen. Detta då både 15 %-begränsningen (alt högre försäkringstäckning) och undantaget för skada i kommersiell verksamhet skulle sättas åt sidan enligt 5:11 tredje stycket, vid grov

vårdslöshet. Varken 5:3 eller 5:11 innehåller klagande kommentarer om hur dessa paragrafer förhåller sig till varandra.

3.6 Slutsats beträffande vitesklausuler som ansvarsbegränsning

Det är vanligt att i standardavtal stipulera att en vitesersättning är den exklusiva ersättningen som utgår vid försening, bortsett från vid grov vårdslöshet då ytterligare ersättning ofta kan krävas. En viss nivå av culpa medger normalt att beloppsbegränsningen åsidosätts enligt allmänna regler. Enligt Hellner m.fl. kanske det inte ens kräver grov vårdslöshet utan endast kvalificerad vårdslöshet. Men om det finns någon annan att rikta anspråket mot (t.ex. ett försäkringsbolag eller en finansiellt solid tredje man) kan även i sådana fall vitesklausulen accepteras som beloppsbegränsande, även vid grov culpa, p.g.a. kanalisering.

Vitesklausulen i NJA 2010 s. 629 hade aktiverats såväl vid försening som vid förlust, och den domen kan appliceras på en förseningssituation. De slutsatser man kan dra från NJA 2010 s. 629 är att det till syvende och sist handlar om avtalstolkning för att komma fram till om en vitesklausul ska ses som ett ansvarstak eller ej. Om då en sådan avtalstolkning leder till slutsatsen att vitesklausulen är en ansvarsbegränsning får istället en analys göras om ansvarsbegränsningen är oskälig och kan jämkas. Detta är vad nästa avsnitt ska handla om.

4. ALLMÄNT OM MÖJLIGHETEN ATT JÄMKA VITESKLAUSULER

4.1 Allmänt om jämkning enligt 36 § AvtL

Tidigare fanns ett särskilt lagrum för jämkning av vite. Den regeln, liksom många andra specialparagrafer för jämkning, har nu upphävts och istället bakats in i generalklausulen 36 § AvtL.⁸⁹ Konsekvensen av en tillämpning av 36 § AvtL är antingen att ett villkor jämkas eller helt åsidosätts. Om jämkning av villkoret skulle leda till en obalans i avtalsrelationen finns en öppning i lagen för att även jämka fler villkor och till och med sätta hela avtalet åt sidan. På detta sätt vill lagstiftaren undvika oskäliga resultat av en jämkning. Kravet för att 36 § AvtL ska tillämpas är att det finns ett *oskäligt* avtalsvillkor. Det finns fyra olika jämförelser som kan göras för att avgöra oskäligheten. Dessa är *avtalets innehåll i sig*, *omständigheter vid avtalets tillkomst*, *senare inträffade förhållanden* och sist, för att täcka in även annat relevant, *omständigheterna i övrigt*.

När en oskälighetsbedömning görs ska ”*särskild hänsyn tagas till behovet av skydd för den som (...) intager en underlägsen ställning i avtalsförhållandet*”.⁹⁰ D.v.s. även kommersiella parter som intager en underlägsen ställning ska beredas skydd av 36 § AvtL. Gorton & Samuelsson anser dock att jämkning endast kan förekomma i sällsynta fall vad gäller avtal mellan kommersiella parter jämfört med konsumentförhållanden.⁹¹

⁸⁹ Innan den nya generalklausulen infördes år 1976 återfanns jämningsregeln specifikt för viten i 36 § AvtL

⁹⁰ 36 § AvtL

⁹¹ Gorton & Samuelsson, *Festskrift till Ingemar Ståhl*, s. 87

Lehrberg anmärker att i förarbetet till införandet av generalklausulen angavs inte tydligt i vilket syfte den skapats. En domstol får istället försöka avgöra vad som kan ses om godtagbart eller acceptabelt utan att ha någon riktigt tydlig instruktion om vad jämförelsen ska göras med. Det är snarare ett allmänt uppmanande från lagstiftaren till domstolarna att skapa rättvisa.⁹² Samuelsson menar att genom jämkning ska man "... komma till rätta med bristande balans i avtalsvillkor".⁹³ En obalans kan också rättas till genom en tolkning av avtalet, och i praktiken kombineras ofta tolkning och jämkning.⁹⁴ Det finns även möjlighet att ta hänsyn till den avtalspraxis som utvecklats mellan parter som ofta ingår avtal med varandra vid bedömningen av om oskälighet föreligger.⁹⁵ T.ex. om det utkristalliserats en praxis mellan parterna att ytterligare ersättning för skada vid försening ändå utgår trots att vitesklausulen tidigare ansetts limiterande kan en sådan strikt avtalsstillämpning i vissa fall vara oskälig.

36 § AvtL avsikt är att komma till rätta med obalans i avtalsförhållanden. Tanken är att uppnå en acceptabel balans mellan såväl parternas förpliktelser som riskfördelningen. Detta är en grundsats som Grönfors & Dotevall kallar ekvivalensprincipen.⁹⁶

4.2 Beträffande underlägsen ställning i avtalsförhållanden

Till att börja med ska en analys föras kring under vilka förutsättningar en kommersiell part intar en underlägsen ställning. Von Post uppfattar det som att generalklausulutredningen främst avsåg skydda de som bedrev sin verksamhet som egen firma genom stadgandet med särskild hänsyn till underlägsna parter.⁹⁷ Men han menar att även småföretagare i en bredare mening bör kunna inta en underlägsen ställning.⁹⁸ Ramberg & Ramberg menar att storleken på ett företag är av mindre betydelse och att det är företagets ställning samt tillgång till resurser och expertis som avgör om någon intar en underlägsen ställning eller ej.⁹⁹ Att en individuell bedömning av varje avtalsförhållande bör göras är rimligt.¹⁰⁰

Vad är då den viktigaste specialistkunskapen som behövs för att bedöma verkningarna av en vitesklausul? En vitesklausul kan i vissa fall leda till att ersättning utgår med ett större eller lägre belopp än den faktiska skadan. För att kunna förstå att det kan innebära en nackdel gentemot vanliga regler krävs antingen en resurs i form av en jurist eller en annan kvalificerad person. Om personen ej är jurist bör han åtminstone vara insatt i branschens vanliga villkor (om en vitesklausul är ett vanligt villkor i den branschen) eller vara bevandrad i avtalsjuridik och i synnerhet beträffande konsekvenserna av vitesklausuler. I Ramberg & Ramberg talas om "*att ena parten på grund av sin ställning och sina resurser (...) har överlägsna möjligheter att utforma avtalsvillkoren till sin fördel*" (min understrykning). Det är alltså möjligheterna som framhålls, inte att dessa möjligheter faktiskt utnyttjats.

⁹² Lehrberg, *Avtalsrättens grundelement*, s. 222 f

⁹³ Samuelsson, *Entreprenadavtal*, s 246

⁹⁴ Ibid, s. 247

⁹⁵ Grönfors & Dotevall, *Avtalslagen – En kommentar*, s. 257 f.

⁹⁶ Ibid, s. 243

⁹⁷ Von Post, *Studier kring 36 § avtalslagen*, s.109

⁹⁸ Ibid, s.114

⁹⁹ Ramberg & Ramberg, *Allmän avtalsrätt*, s.121

¹⁰⁰ Grönfors & Dotevall, *Avtalslagen – En kommentar*, s. 242

Generalklausulen kan givetvis även tillämpas i kommersiella avtalsförhållanden mellan jämbördiga parter.¹⁰¹ Men det är mer ovanligt och kräver så klart att villkoren i övrigt är uppfyllda, d.v.s. att avtalet är oskäligt.

4.3 Avtalets innehåll i sig som oskälighetsgrund

Beträffande ”avtalets innehåll i sig” som oskälighetsgrund kan en vitesklausul normalt sett aldrig i sig vara oskälig mellan kommersiella parter. Mellan kommersiella parter tillåts en stor avtalsfrihet vilket avspeglar sig i att KöpL är dispositiv¹⁰² och att, beträffande kommersiella tjänster, har lagstiftaren valt att inte lagstifta över huvud taget. Von Post ger dock som exempel att en ensidig bestämmanderätt över avtalets innehåll för överlägsen part kan vara ett sådant oskäligt avtalsinnehåll.¹⁰³ En annan möjlighet att se vitesklausulen som oskälig i sig är att det framstår som att, inte ens med ett gott mått av fantasi, kan en skada (med ett stort tillägg för preventiv effekt) på grund av försening bli så stor som vitesbeloppet. Ett exempel kan vara att en köpare beställer en leverans brädor för att fylla på ett lager men som inte omedelbart ska användas i ett annat projekt (vilket gör risken för följdskador som skadestånd mot annan avtalspart obefintlig) och där ett täckningsköp kan göras relativt enkelt och med relativt snabb leverans. Trots detta vill beställaren betinga sig ett stort vite som är betydligt större än priset för hela leveransen. I ett sådant fall kan det tänkas att vitesbeloppet anses som oskäligt i sig och att det jämkas med 36 § AvtL, om säljaren yrkar på det i en rättsprocess.¹⁰⁴ Det måste dock framhållas att en individuell bedömning ska göras varje gång. Det kan finnas omständigheter som ändå gör att vitesbeloppet inte bedöms som oskäligt.

I lag (1984:292) om avtalsvillkor mellan näringsidkare (LAVN) nämns inga villkor som är automatiskt oskäliga vilket tydliggör den fria bedömningen en domstol kan göra. Det bör emellertid anmärkas att LAVN, till skillnad från 36 § AvtL, inte kan fungera som lagstöd för att jämka eller ogiltigförklara ett avtal. LAVN utgör endast en marknadsrättslig reglering vilket innebär att en part *framöver* kan förbjudas från att använda ett sådant villkor.¹⁰⁵ Men vissa likheter kan annars dras mellan de båda regleringarna. Jag håller emellertid med von Post om att det som enligt LAVN anses oskäligt, normalt sett, bör bedömas som oskäligt enligt 36 § AvtL, men inte lika ofta vice versa.¹⁰⁶ Detta eftersom 36 § AvtL i större grad kan ta hänsyn till individuella omständigheter eftersom bedömningen sker i en viss situation mellan två parter. LAVN däremot förbjuder en part att använda ett sådant villkor för framtiden, oavsett vem det används mot, och individuella omständigheter kan då inte beaktas vilket kräver att en klausul mer restriktivt får bedömas som oskälig enligt LAVN:s mening. Av detta följer att om en klausul anses oskälig enligt LAVN bör den också normalt sett vara oskälig enligt 36 § AvtL. Ett avtalsvillkor ska dock inte ses enskilt utan en helhetsbedömning måste göras mot hela avtalsförhållandet när oskäligheten bedöms enligt 36 § AvtL. Detta framhålls i propositionen: ”*Det kan exempelvis inträffa att ett villkor som uppenbart missgynnar ena parten och som normalt bör underkännas kan anses fullt acceptabelt i vissa fall därför att de nackdelar som villkoret innebär för*

¹⁰¹ Grönfors & Dotevall, *Avtalslagen – En kommentar*, s. 242

¹⁰² Se 3 § Köplag (1990:931)

¹⁰³ Von Post, *Studier kring 36 § avtalslagen*, s. 150

¹⁰⁴ Jämför vad von Post framhåller i *Studier kring 36 § avtalslagen* gällande bristande proportion på s.153 och förhållandet mellan kontraktsbrott och påföljd på s. 154 f.

¹⁰⁵ Detta framgår av 1 § Lag (1984:292) om avtalsvillkor mellan näringsidkare

¹⁰⁶ von Post, *Studier kring 36 § avtalslagen*, s. 134 f.

ena parten kompenseras genom fördelar för honom i andra avseenden.”¹⁰⁷ Gällande vitesklausuler framhålls i utredningen, inför införandet av LAVN, att vitesklausuler får accepteras om de i genomsnitt utger en rimlig kompensation för skada.¹⁰⁸

DCFR tar också upp vad som kan vara ett oskäligt avtalsvillkor. Enligt DCFR är ett oskäligt villkor mellan kommersiella parter ett ensidigt utformat standardvillkor som markant avviker från vad som anses som god kommersiell praxis, god tro och rättvis handel.¹⁰⁹ En vitesklausul kan knappast betecknas som oskälig enligt DCFR om den återfinns i välbalanserade standardavtal eller är resultatet av en gemensam överenskommelse.

4.4 Omständigheter vid avtalets tillkomst som oskälighetsgrund

Omständigheter vid avtalets tillkomst kan handla om att en part har en hållhake på den andre eller på annat sätt intagit ett bättre förhandlingsläge. Det kan också handla om att en part på något sätt agerat ohederligt mot den andra och på så vis fått med en vitesklausul med hög/låg ersättning i avtalet. Från utredningen lyfts särskilt en omständighet fram som kan få betydelse för kommersiella avtal. Närmare bestämt om motparten har uttryckt hur denne ska agera i framtiden men sedan gör på ett annat sätt.¹¹⁰ Det skulle exempelvis kunna vara att parten har uttryckt att vitet inte ska vara ansvarsbegränsande men sedan tillämpas det ändå som en ansvarsbegränsning.

I övrigt kan omständigheter som liknar vad som skulle kunna aktivera avtalslagens ogiltighetsregler ha betydelse (28-33 §§ AvtL), men även vid aningen mindre graverande omständigheter.¹¹¹ Att part gått med på ett avtalsvillkor genom ”aggressivt uppträdande, överraskningstaktik, eller annat missbruk av förhandlingsläget” från motpartens sida är också omständigheter att beakta.¹¹² Även andra otillbörliga metoder om använts av part vid ingåendet av avtalet kan beaktas.¹¹³ Enligt von Post leder normalt det faktum att sakkunnig har anlåtats till att part förlorar möjligheten att åberopa grunder som missförstånd och okunnighet, om inte motparten varit särskilt klandervärd.¹¹⁴

4.5 Senare inträffade förhållanden som oskälighetsgrund

Enligt Ramberg krävs det, för att ändrade förhållanden ska kunna leda till jämkning, att det skett en väsentlig avtalsrubning, som varken var förutsägbar eller något som parten borde räknat med vid avtalets ingående. Dessutom ska det anses att den drabbade parten inte borde förebyggt händelseutvecklingen och att han inte heller bör

¹⁰⁷ Prop 1975/76:81 s. 118

¹⁰⁸ SOU 1981:31 s. 88

¹⁰⁹ DCFR Book II. – 9:405: ”Meaning of “unfair” in contracts between businesses” föreskriver vad som är ett oskäligt avtalsvillkor mellan kommersiella parter:

“A term in a contract between businesses is unfair for the purposes of this Section only if it is a term forming part of standard terms supplied by one party and of such a nature that its use grossly deviates from good commercial practice, contrary to good faith and fair dealing.” Fler detaljer i oskälighetsbedömningen tas upp i DCFR Book II 9:406 – 408.

¹¹⁰ Prop 1975/76:81 s. 53

¹¹¹ Ibid s. 125 f.

¹¹² Ibid s. 125

¹¹³ Ibid s. 125

¹¹⁴ Von Post, *Studier kring 36 § avtalslagen*, s. 161

bära risken för de ändrade förhållandena. Eventuellt krävs också att den som åberopar jämkning inte hade kontroll över händelseutvecklingen.¹¹⁵

Senare inträffade förhållanden kan handla om att en oförutsedd naturkatastrof inträffar eller att lagstiftning ändras och leder till utfall som man inte på förhand kunnat förvänta.¹¹⁶ Ifall avtalsparterna förutsett att ändrade förhållanden kan inträffa och tagit med det i beräkningen när villkoren avtalades bör jämkning mer sällan komma till stånd, även om part lider betydligt större skada än vad vitet kan täcka. I sådana fall har parterna avtalat om en form av riskfördelning.¹¹⁷ Främst bör det vara i långvariga avtal som ändrade förhållanden kan leda till ett oskäligt utfall.¹¹⁸ Såväl lagstiftning som priser kan ändras på ett sätt som inte var förutsägbart vid avtalets ingående och då finns vissa möjligheter till jämkning.

4.6 Omständigheterna i övrigt som oskälighetsgrund

Omständigheterna i övrigt öppnar för en fri bedömning av andra omständigheter.

Ett ändrat beteende och avvikelse från en partspraxis kan vara oskälig. Om part vanligtvis inte krävt sin formella rätt (kulans)¹¹⁹ kan en plötslig ändring av denna tradition således anses oskälig.¹²⁰ Ett exempel är att trots att ett visst vite stipuleras kräver normalt sett inte beställaren en högre ersättning än sin faktiska förlust. Om beställaren då kräver sin formella rätt skulle det kunna leda till jämkning ändå. Von Post menar dock att skadeståndsskyldighet bör vara en sådan rättighet som kan krävas även om part tidigare varit generös och efterskänt skadeståndet.¹²¹ Samma synsätt bör gälla kring vitesklausuler som ofta är ett substitut till skadestånd. Kan vitet kumuleras med skadestånd kanske det däremot inte ska jämföras med skadestånd och partspraxis kan då göra krävandet av vitet till en oskälig avvikelse. Om det finns fler avtal som påverkar parternas förhållande till varandra kan en samlad bedömning göras av parterna förpliktelser gentemot varandra och tredje män.¹²² Parternas underförstådda avsikter och dylikt bör också kunna beaktas. Framgår det att en vitesklausul endast avsågs vara en uppskattning av en skada som skulle uppkomma vid försening kan ett vitesbelopp kanske kvalificeras som oskäligt. Däremot hade det troligtvis ej jämkats om avsikten med vitesklausulen var att också verka straffande och preventivt genom ett högt vitesbelopp vid försening. Mot en sådan bakgrund kan utgången bli annorlunda.

4.7 Jämkning av vitesklausuler

I samband med den senast uppdateringen av 36 § AvtL avhandlades i propositionen frågan om när en vitesklausul ska kunna jämkas.¹²³ Med dagens lydelse av 36 § AvtL önskade lagstiftaren utöka möjligheterna att jämka en vitesklausul genom att kravet,

¹¹⁵ Se Ramberg, som med hänvisning till DCFR, PECL och UNIDROIT, försöker fastställa gällande svensk rätt. Ramberg, *Allmän avtalsrätt*, s. 179 ff.

¹¹⁶ Jmf med vad Ramberg & Ramberg skriver i *Allmän avtalsrätt*, s. 180

¹¹⁷ Lehrberg, *Avtalsrättens grundelement*, s. 226

¹¹⁸ Prop 1975/76:81 s. 127

¹¹⁹ Kulans kan närmast beskrivas som att part inte krävt sin formella rätt enligt avtalet. D.v.s. skriftligt finns hårade krav på motparten än de kraven som parten de facto ställer på motparten. Se mer om kulans i Bernitz, *Standardavtalsrätt*, s. 165.

¹²⁰ Von Post, *Studier kring 36 § avtalslagen*, s.171 f.

¹²¹ Ibid, s.172

¹²² Lehrberg, *Avtalsrättens grundelement*, s. 229

¹²³ Prop 1975/76:81 s. 140 ff.

som tidigare funnits, på att vitesklausulen skulle vara ”uppenbart obillig” har slopats. Det ska räcka att vitesklausulen är oskälig.¹²⁴ Som tidigare uppmärksammats i denna uppsats kan en vitesklausul ha olika ändamål. I vissa fall kan vitet bestå av ett högre, mer påtryckande belopp och i andra fall är vitet snarare en förhandsuppskattning av det skadestånd som annars kunnat utgå vid avtalsbrott. Den första typen av vitesklausulen är vad som i propositionen betecknas som en vitesklausul i ”strikt mening”.¹²⁵ Det framhålls dock i propositionen att ofta är ändamålet med en vitesklausul att vara såväl påtryckande som en förhandsuppskattning av skadeståndsskyldigheten. Oavsett vad för typ av vitesklausul det rör sig om kan en jämkning enligt 36 AvtL komma ifråga.¹²⁶

De relevanta omständigheterna att fokusera på vid bedömningen om en jämkning ska göras är, enligt propositionen, i princip detsamma som gällde enligt den gamla 36 § AvtL. För det första ska vitesbeloppet ses i förhållande mot överträdelsens karaktär och den ekonomiska förlusten. Men detta är inte de enda omständigheterna av betydelse. Det måste även beaktas vilket intresse den vitesberättigade har av att den vitessanktionerade handlingen vidtas eller underlåts. Även omständigheterna vid avtalets tillkomst ska beaktas. Dessutom kan ändrade förhållanden efter att avtalet ingicks göra vitesklausulen oskälig.¹²⁷

Samuelsson tycker att man ska beakta vitesklausulens funktion i avtalet för att bedöma oskäligheten.¹²⁸ Är det ett påtryckande vite eller snarare en uppskattning av skadeståndet? Vill parterna att det ska gå snabbt eller vill de att vitet exakt ska motsvara skadeståndet? Kan man visa att risken har avsetts fördelas mellan parterna för en viss typ av förseningsskada kan det påverka jämningsbedömningen.¹²⁹ Jämkning bör endast ske i exceptionella fall om vitesklausulen är en ansvarsbegränsning.¹³⁰ Välavvägda kommersiella avtal bör sällan jämkas enligt Samuelsson: ”... en jämkning riskerar att förskjuta en för branschen typisk och eftersträvd riskfördelning mellan parterna”, i synnerhet i de avtalen av typen agreed documents men även i andra välbalanserade avtal.¹³¹

En jämkning kan vara vanligare då ett arbete sker på löpnade räkning och då en relation mellan vitesbelopp och kontraktssumman inte kan åstadkommas på förhand.¹³² Detta eftersom vitet bestäms som en fast summa per tidsperiod. Det kan vara svårare att få igenom en jämkning av vitet om uppdraget har upphandlats under konkurrens för då har vitesbeloppet varit en del av det avtalet som man valt.¹³³

Dessutom, om vi tänker oss att vitet sanktionerar en försening, kan det finnas ett stort intresse av att avtalet uppfylls i tid. T.ex. anläggandet av en kommunal badstrand inför sommaren där det finns ett stort intresse av att den ska kunna användas över sommaren, då den inte kommer någon till glädje under vintern. Detta intresse är

¹²⁴ Prop 1975/76:81, s. 140 f.

¹²⁵ Ibid s. 141

¹²⁶ Ibid s. 141

¹²⁷ Prop 1975/76:81, s. 141

¹²⁸ Samuelsson, *Entreprenadavtal*, s. 254

¹²⁹ Ibid, s. 254 f.

¹³⁰ Ibid, s. 257

¹³¹ Ibid, s 257

¹³² Samuelsson, *Entreprenadavtal*, s. 252

¹³³ Ibid, s 252

starkt, även om förseningen inte resulterar i en ekonomisk förlust, då ingen betalning avsågs tas ut för besök till badstranden. I ett sådant scenario kan det vara ett argument mot att jämka vitet till ett lägre belopp. Men skulle det å andra sidan vara så att det gynnar beställaren att det blev en försening kan det vara ett argument för jämkning till ett lägre vite. Ett exempel är att beställaren undviker stora driftskostnader genom förseningen.

Det kan vara så att försening har orsakats av något som inte förutsågs vid avtalets ingående men som inte heller ger rätt till tidsförlängning. Om omständigheten är närliggande en sådan omständighet som hade gett rätt till tidsförlängning kan jämkning möjligtvis bli mer aktuell.

Jag skulle vilja hävda att den gemensamma partsavsikten även kan påverka ett välanvänt standardavtal och frågan om vitet ska jämkas. Det vill säga den partsavsikt som finns beträffande vitets ändamål (se NJA 2012 s. 597). I synnerhet när parterna har möjlighet att själva komma överens om storleken på vitet blir det intressant att söka efter en gemensam partsavsikt. Det kan bli konstlat att tala om en partsavsikt om ingen av parterna har författat avtalet. Den ”gemensamma partsavsikten” som författarna och arbetsgrupperna bakom utformandet av standardavtalet har haft blir relevant såvida den kommer till uttryck i en ingress eller i officiella kommentarerna som finns i anslutning till paragraferna. På så vis har det synliggjorts för de avtalslutande parterna på ett tydligt sätt och mer eller mindre blivit en del av det gemensamma avtalet. Det bör framgå enligt en objektiv avtalstolkning. Oftast förekommer det ingen närmare tanke bakom att inkorporera ett standardavtal om det är välanvänt i branschen. På så vis uppkommer sällan en gemensam partsavsikt om hur en viss klausul ska tillämpas eftersom det aldrig diskuterats. Då får istället en objektiv tolkning av ordalydelsen en viktig betydelse.¹³⁴ Men om faktiskt båda parter vid ingående av avtalet har diskuterat hur vitesklausulen ska tolkas ska den samförståndstolkningen som man kommit överens om gälla. En annan sak kan vara att en sådan gemensam partsavsikt kan vara svår att bevisa i efterhand om den inte har stöd i ordalydelsen eller någon annan bevisning kan presenteras.

Vitesklausuler regleras även i DCFR. En huvudregel anger att det på förhand bestämda vitet ska utgå oavsett hur stor eller liten den faktiska förlusten är för den drabbade parten. I andra stycket framhålls dock att vitet kan reduceras om det är ”orimligt stort” jämfört med den faktiska skadan av avtalsbrottet och ”andra omständigheter”. Vi ser alltså att det öppnas för en möjlighet att jämka vitet till ett lägre belopp i undantagsfall. För jämkning krävs att det är en stor skillnad mellan å ena sidan vitesbeloppet och å andra sidan den faktiska skadan, men andra omständigheter vägs också in. Vad för ”andra omständigheter” som ska beaktas förtydligas inte i DCFR. Denna bestämmelse i DCFR medger inte jämkning av vite till en högre nivå.¹³⁵ Vad gäller oskäligen villkor torde 36 § AvtL ge större möjlighet att betrakta villkor som oskäligen än DCFR, även individuellt förhandlade villkor kan vara

¹³⁴ Se om objektiv tolkning i Bernitz, *Standardavtalsrätt*, s. 86 ff.

¹³⁵ I DCFR Book III – 3:712 föreskrivs följande om ”*stipulated payment for non-performance*” (vilket kan jämföras med vite): ”*Where the terms regulating an obligation provide that a debtor who fails to perform the obligation is to pay a specified sum to the creditor for such non-performance, the creditor is entitled to that sum irrespective of the actual loss. However, despite any provision to the contrary, the sum so specified in a contract or other juridical act may be reduced to a reasonable amount where it is grossly excessive in relation to the loss resulting from the non-performance and the other circumstances.*”

oskäligen enligt svensk rätt, även om det bör vara vanligare att standardvillkor anses oskäligen.

4.8 Slutsatser om jämkning av vitesklausuler i allmänhet

Det blir ofta rätt abstrakt att generalisera kring vad som är av vikt för bedömning av om jämkning ska ske enligt 36 § AvtL. Syftet är att 36 § AvtL ska komma till rätta med oskäligen orättvisa förhållanden. En domstol ska vid jämkningen återställa en rimlig balans och riskfördelning mellan parterna. Vad som är rimligt beror på parternas förhållande till varandra i stort, d.v.s. vilka förpliktelser och förmåner de har gentemot varandra. I kommersiella förhållanden kommer jämkning ske ytterst sällan, eftersom dåliga affärer eller smarta affärsbeslut inte ska återställas som huvudregel. Det är dock uppenbart att det finns en möjlighet att jämka villkor även i kommersiella förhållanden.

I synnerhet om en part intar en underlägsen ställning gentemot den andra parten i form av möjlighet att tillhandahålla specialistkunskap och andra nödvändiga resurser kan jämkning bli aktuellt. Vad gäller vitesklausulers inverkan så bör bransch-kunniga personer eller jurister vara den form av expertis som främst behövs för att bedöma en sådan klausuls konsekvenser.

Några saker att speciellt vara observant på vid jämningsbedömningen är om det finns ett stort missförhållande mellan det vite som kan utgå och den potentiella skada som kunde antas uppkomma p.g.a. försening. Likaså den faktiska skada som lidits. Dessutom bör undersökas hur tidigare kontraktsbrott har hanterats. Finns en annan partspraxis än vad som stipuleras skriftligt kan det också föreligga skäl för jämkning. Om avtalet gällt under lång tid kanske oförutsägbara händelser inträffat som inte riskfördelats i och med kontraktet. I sådant fall kan jämkning också bli aktuellt. Även om en part agerat klandervärdt då avtalet ingicks kan det ha betydelse för bedömningen om oskäligenhet. Ändamålet och funktionen med en vitesklausul måste också beaktas. Frågan om vite och skadestånd kan kumuleras samt om vitet var avsett att vara ett straff, en uppskattning av skadeståndet, en ansvarsbegränsning eller en kombination av dessa är intressant att veta. Detta leder till att en lämpligare jämförelse kan göras när oskäligenheten ska bedömas.

Trots dessa utgångspunkter har lagstiftaren överlämnat en stor makt till domstolarna att avgöra vad som är en rimlig avvägning mellan parternas intressen utifrån de aktuella omständigheterna. Alla möjliga omständigheter kan beaktas vid oskäligenhetsbedömningen. Den individuella bedömningen blir alltså avgörande.

5. JÄMKNING AV ETT ANSVARSBEGRÄNSANDE VITE TILL ETT HÖGRE BELOPP

5.1 Allmänt om att jämka vitet till ett högre belopp

Det framhålls i propositionen att de ändamål en vitesklausul avser uppfylla kan ha betydelse för oskäligenhetsbedömningen.¹³⁶ D.v.s. om vitet är av påtryckande/straffande

¹³⁶ Prop 1975/76:81 s. 142

natur eller mer av en förhandsuppskattning av skadeståndsskyldigheten, även om en sådan bedömning kan vara vansklig då en kombination av ändamålen är vanligt.

En vitesklausul kan även jämkas till ett högre belopp sedan år 1976 då den nya generalklausulen infördes.¹³⁷ Men en stor skepsis uttrycks mot att jämka vitet uppåt vilket framgår av propositionen: *”Emellertid torde det sällan bli aktuellt att tillämpa generalklausulen för höjning av ett avtalat vite”*.¹³⁸ Det nämns dock att då part intar en underlägsen ställning skulle det kunna finnas möjlighet att jämka vitet inte bara till en lägre nivå utan även till en högre nivå: *”På motsvarande sätt kan en överlägsen avtalspart som har drivit igenom ett villkor som innebär en betydande begränsning av hans ersättningsskyldighet vid kontraktsbrott få finna sig i att ersättningen jämkas uppåt, särskilt om motparten kan visa att han har gjort en förlust som avsevärt överstiger den i avtalet föreskrivna ersättningen”*.¹³⁹ I Generalklausulsutredningen, som föregick propositionen, är man desto mer positivt inställd till att viten kan jämkas även till ett högre belopp.¹⁴⁰ Det nämns att då avsikten med viten ofta är att ha en preventiv effekt *”... kan ett allt för lågt belopp innebära att den part som är skyldig att utge vitet kan räkna med att det lönar sig att begå ett klart kontraktsbrott och betala vitet”*.¹⁴¹ Dessutom framhålls i utredningen att då det rör sig om en allvarlig överträdelse, men vitet är litet, kan jämkning uppåt också komma ifråga.¹⁴²

Som framgått av analysen av NJA 2010 s. 629 finns det ingen generell huvudregel om att en vitesklausul utesluter ytterligare skadestånd. I många välanvända standardavtal utesluts dock ytterligare skadestånd explicit.¹⁴³ Om inget tydligt skrivits om denna fråga får en avtalsolkning göras för att avgöra om ytterligare skadestånd uteslutits i det aktuella avtalsförhållandet eller inte. I de fall vitesklausulen mer eller mindre tydligt utesluter eller begränsar det skadestånd som kan utgå är det intressant att undersöka om en sådan begränsning kan jämkas med stöd av 36 § AvtL. I propositionen diskuteras när jämkning kan komma ifråga vid friskrivning från skadeståndsansvar. Det lyfts fram där, precis som det görs i en stor del av doktrinen, att vid uppsåt eller grov vårdslöshet är i princip en friskrivning otillåten. Men en friskrivning kan även vara otillåten i vissa andra fall enligt propositionen. *”Villkor som innebär friskrivning från skadeståndsansvar bör alltså i vissa fall kunna åsidosättas även vid en mindre grad av försummelse”*.¹⁴⁴ Det uttrycks emellertid i propositionen att det i större grad gäller konsumentförhållanden, men det utesluts inte att det kan gälla även i kommersiella förhållanden.

En typisk vitesklausul kan dock snarare jämföras med en beloppsbegränsning av skadeståndsansvaret, än med en fullständig friskrivning från skadeståndsansvar, då det ändå utgår en form av ersättning för kontraktsbrottet. I propositionen diskuteras inte möjligheterna att jämka en sådan beloppsbegränsning annat än att det hänvisas till vad som sagts om jämkning av vitesklausuler.

¹³⁷ Gorton & Samuelsson, *Festskrift till Ingemar Ståhl*, s. 87 f.

¹³⁸ Prop 1975/76:81 s. 142

¹³⁹ Ibid

¹⁴⁰ SOU 1974:83 s. 172

¹⁴¹ Ibid

¹⁴² Ibid

¹⁴³ Se t.ex. AB 04 eller NL 09

¹⁴⁴ Prop 1975/76:81 s. 144

Det har många gånger visat sig svårt att göra en gränsdragning av vad som är vårdslöst och grovt vårdslöst. I generalklausulsutredningen uppmärksammas problemet särskilt gällande underlåtenhet att fullgöra ett åtagande. Det kan handla om leverans av en vara som inte sker i tid eller att en entreprenad inte färdigställs i tid. *”Underlåtenheten är nämligen i de flesta fall medveten och såtillvida uppsåtlig”* framhåller utredningen.¹⁴⁵ I vissa fall är underlåtenheten säkert inte uppsåtlig men frågan blir då ett gränsdragningsproblem mellan vad som är grovt vårdslöst, vilket ger möjlighet till åsidosättande av ansvarsbegränsningen, och vad som inte är grovt vårdslöst. Utredningen menar att 36 § ska kunna användas även om det inte rör sig om grov vårdslöshet eller uppsåt. *”Generalklausulens effektivitet kräver, här liksom på andra områden, att domstolarna har avsevärd frihet att åsidosätta ansvarsfriskrivningar”*.¹⁴⁶

Generalklausulsutredningen intar en pragmatisk inställning till att jämka ansvarsbegränsningar. *”Enligt utredningens mening är det å ena sidan klart att ansvarsbegränsningar hör till de villkor som bör kunna jämkas med stöd av en generalklausul. Å andra sidan är det ofta mycket vanskligt att avgöra när begränsningen skall åsidosättas. (...) Däremot synes hinder inte möta mot att vid en tillämpning av generalklausulen beakta de ändamålsöverväganden som skett inom lagstiftningen samt pröva vilka slutsatser de leder till i det särskilda fallet”*¹⁴⁷

Gorton & Samuelsson framför en intressant och lite annorlunda syn på möjligheterna att jämka vitet till ett högre belopp. De menar att även om en försening har orsakats uppsåtligt ska det inte automatiskt leda till genombrott av en beloppsbegränsande vitesklausul. Detta gäller under förutsättning att vitesklausulen avses vara en friköpsklausul.¹⁴⁸ Jag kan i princip hålla med Gorton och Samuelsson om detta då den gemensamma partsavsikten normalt ska accepteras. Men trots en gemensam partsavsikt om att vitesklausulen ska ses som en friköpsklausul kan den bli oskäligen p.g.a. ändrade förhållanden och därmed jämkas enligt 36 § avtalslagen. Dessutom tror jag generellt att en domstol skulle vara extremt försiktig med att, utan goda grunder, tolka en vitesklausul som en friköpsklausul. Enligt min mening kan synsättet med en friköpsklausul till viss del skönjas i Svea Hovrätts dom T 404-14 (som analyseras djupare i kapitel 6.2.4).¹⁴⁹ Där ansåg rätten att när det måste stått klart för beställaren att entreprenören inte tänkte avhjälpa bristerna och färdigställa entreprenaden hade beställaren en skäligen tid på sig att hitta någon annan som kunde färdigställa entreprenaden. Efter att den tiden hade passerat blev det ackumulerade vitesbeloppen allt för högt och jämkades. Beställaren fick ett högt vite och entreprenören befriades från att utföra resterande del av arbetet. Det tycker jag att man till viss del kan se som ett friköp av entreprenören från dennes skyldighet att prestera enligt kontraktet.

Samuelsson vill att domstolar i stor utsträckning ska avhålla sig från att jämka en vitesklausul till ett högre belopp i AB 04-entreprenader, även om den lidna skadan är betydligt större än det vite som utgår.¹⁵⁰ Detta eftersom att vitet också utgör en ansvarsbegränsning som är en del av det paket beställaren köper när denne anlitar en

¹⁴⁵ SOU 1974:83 s. 178

¹⁴⁶ Ibid

¹⁴⁷ SOU 1974:83 s. 183

¹⁴⁸ Gorton & Samuelsson, *Festskrift till Ingemar Ståhl*, s. 100 ff.

¹⁴⁹ Svea Hovrätts dom T 404-14, 15 december 2014

¹⁵⁰ Samuelsson, *Entreprenadavtal*, s. 253

entreprenör.¹⁵¹ Dessutom vill entreprenörerna på förhand kunna kalkylera med vad de kan bli skyldiga i vite vid försening.

Även om det inte ofta sker en jämkning av vitesbeloppet till ett högre belopp kan inte naturagäldenären förhålla sig passiv. Vid en sådan onödig passivitet kan vitet jämkas.¹⁵² Trots passivitet från entreprenörens sida jämkades vitesbeloppet till entreprenörens fördel i Svea Hovrätts dom T 404-14. Det berodde nog mer på att det ackumulerade vitet blev väldigt stort och att beställaren inte led någon större skada. Rättsfallet ska inte tas till intäkt för att passivitet i sig kan ge en jämningsgrund till entreprenörens fördel.

5.2 En skiljedom där beloppsbegränsningen jämkades till ett högre belopp

I en skiljedom mellan Profilgruppen AB och KPMG Bohlins AB (22 december 2010) bedömdes bland annat om rådgivarens beloppsbegränsade skadeståndsansvar var skäligt.¹⁵³ Även om skiljedomens behandlar en ren beloppsbegränsning av skadeståndsansvaret vid vårdslös rådgivning kan en beloppsbegränsning av skadeståndsansvaret i många hänseenden jämföras med konsekvenserna av att införa en vitesklausul som inte medger ytterligare skadestånd. Då denna uppsats fokuserar på vitesklausuler som används vid försening får dock viss försiktighet anläggas. Vissa generellt tänkbara argument från domen ska lyftas fram här. Men först en kort sammanfattning av domen.¹⁵⁴

Revisionsbyrån hade anlåtats av Profilgruppen för att bedöma ett företag som Profilgruppen övervägde att förvärva. En bedömning av företagets finansiella status gjordes och rapport lämnades till Profilgruppen. Rapporten hade vissa brister. Det som utlöste skadeståndsskyldigheten för Revisionsbyrån var att de hade missat att redogöra för en stor finansiell riskexponering som det granskade bolaget hade. Att rapportera om den risken ansågs ligga inom uppdragets ”kärnområde”.¹⁵⁵ Profilgruppen förvärvade företaget som senare gick i konkurs. Profilgruppen menade att man hade lidit en skada på ungefär 16 miljoner kronor. Revisionsbyrån hade erhållit ett arvode på ca 400 000 kronor och hade ansvarsbegränsat sig till det dubbla värdet av arvodet, d.v.s. ca 800 000 kronor. Skiljenämnden jämkade beloppsbegränsningen med stöd av 36 § AvtL till 8 miljoner kronor (ungefär 20 gånger arvodet) då nivån på ansvarsbegränsningen i detta fall var oskäligt låg.

När skiljenämnden, efter att ha bedömt ett antal andra frågor, går in på frågan om giltigheten av den uppsatta beloppsbegränsningen erinras om att grov vårdslöshet sannolikt leder till att beloppsbegränsningen är ogiltig. Det anmärks dock att det har

¹⁵¹ Samuelsson, *Entreprenadavtal*, s. 252

¹⁵² *Ibid*, s. 269

¹⁵³ Skiljedomens är tillgänglig via <http://skiljedomsforeningen.se/file/profilgruppen-kpmg.pdf>

¹⁵⁴ Skiljedomens blev klandrad för jäv vilket mynnade ut i att skiljedomens blev såväl upphävd som offentlig (se Svea Hovrätts dom T 1085-11, 2011-09-27). Den visar emellertid på ett intressant resonemang kring möjligheten att jämkas en beloppsbegränsning uppåt och kan trots klandertalan vara av intresse. En skiljedom inte är bindande för domstolar i deras bedömning. Den lösning som presenteras i skiljedomens är dock intressant. Akademiker har uttryckt gillande för de lösningar som skiljenämnden har presenterat (Ramberg, *Juridisk Tidskrift (JT)* vid Stockholms Universitet Nr 4 2010/11, s. 929). Dessutom är skiljemännen inflytelserika personer i svensk rätt, i synnerhet Stefan Lindskog som var ordförande i nämnden och även är justitieråd. Det är därför sannolikt att hans tankar i detta fall kan ge en fingervisning om hur han skulle bedöma ett liknande mål i Högsta Domstolen. Av dessa anledningar är det intressant att undersöka skiljedomens.

¹⁵⁵ Skiljedom Profilgruppen AB / KPMG Bohlins AB (22 december 2010), s. 40

varit problematiskt att avgöra var gränsen för grov vårdslöshet går. Därför bestämmer skiljenämnden att undvika bedömningen om hur vårdslös rådgivaren har varit (eller "klandervärd" som det uttrycks i domen). Istället väljer skiljenämnden att bedöma beloppsbegränsningen utifrån vad som är en lämplig riskavvägning mellan rådgivaren och uppdragsgivaren.¹⁵⁶ Därefter går nämnden vidare och uppställer vissa kriterier som ska bedömas för att komma fram till vad som är en rimlig riskavvägning mellan parterna:

(1) Skydd mot oundvikliga misstag. "*Aktörens befogade intresse av att skydda sig mot följderna av sådana förbiseenden och misstag som är naturligt och oundvikligt förbundna med verksamheten, även om de i och för sig skulle vara att klassificera som vårdslösa*". I den bedömningen ska en analys göras om en riskbegränsning kan åstadkommas på något annat sätt än genom en beloppsbegränsning.

(2) Möjligheten till rimlig nivå på försäkring för utföraren. "*En professionsaktörs befogade intresse av att skydda sig mot anspråk av en sådan storleksordning att ett försäkringsskydd, om det ens går att åstadkomma, inte framstår som motiverat med hänsyn till kostnaden eller till den normala verksamhetsomfattningen*".

(3) Vad för typ av kontraktsbrott har begåtts. "*Skyddsändamålet med den åsidosatta normen liksom normens rättsliga fundament och karaktär är också av betydelse*" D.v.s. en bedömning bör göras om det är ett "*centralt åtagande*" eller en "*lojalitetsförpliktelse av mer perifer natur*" som har åsidosatts.

(4) Möjlighet för beställaren att försäkra sig. "*Ytterligare måste beaktas uppdragsgivarens möjligheter att skydda sig mot sådan skada som föranlett det ifrågavarande anspråket, t.ex. genom att teckna försäkring*".¹⁵⁷

I övrigt framhålls i domen att denna lista på omständigheter att beakta sannolikt ej är fullständig för att avgöra vad som är en skälig riskfördelning. D.v.s. andra omständigheter kan få särskild betydelse i enskilda fall. Dessutom framhålls att ett takbelopp för skadestånd vid vissa skador kan vara godtagbar men vid andra skador kan den begränsningen vara oskälig.¹⁵⁸ Detta förstår jag som skillnad mellan t.ex. personskador, saksador, rena förmögenhetsskador och även omfattningen på olika typer av skador. Skiljenämnden pekar på att den traditionella synen har varit att om en beloppsbegränsning finns ska en bedömning ske om den kan åsidosättas helt enligt principen om att friskrivningar inte gäller vid grov culpa. Utgången av en sådan bedömning leder till att antingen gäller beloppsbegränsningen, eller så gäller den inte. Det saknas alltså en möjlighet att anpassa beloppsbegränsningen. Med 36 § AvtL ser skiljenämnden att en rimlig avvägning kan göras mellan parternas intressen. Skiljenämnden anser också att det korrekta är att utifrån det föreliggande fallet sätta en skälig beloppsbegränsning av skadeståndet istället för att jämkna till något som generellt, utifrån uppdragets typ, annars hade kunnat ses som en skälig nivå.

¹⁵⁶ C Ramberg menar i sin analys av rättsfallet att graden av vårdslöshet bör ha betydelse i den "helhetsbedömning" som ska göras när jämkning sker enligt 36 § AvtL. Hon tillägger också att även om det inte helt klart framgår finns tendenser på att skiljenämnden ändå väger in graden av vårdslöshet i sin helhetsbedömning. Se Ramberg, Juridisk Tidskrift (JT) vid Stockholms Universitet Nr 4 2010/11 s. 929.

¹⁵⁷ Skiljedom Profilgruppen AB / KPMG Bohlins AB (22 december 2010), s. 39

¹⁵⁸ Ibid, s. 40 f.

Dessutom anser nämnden att det vid svårigheter att bestämma vad som är en skälig nivå av ansvarsbegränsningen bör bedömningen i första hand gå ut över skadevållaren.¹⁵⁹ Detta innebär alltså att nämnden hellre jämkar upp begränsningen lite för mycket än för lite.

5.3 Analys av möjligheten att jämkar vitet till ett högre belopp

Vid oskälighetsbedömningen ska, som vi sett ovan, en jämförelse göras mellan vitet och den faktiska ekonomiska förlusten. Det kan också vara intressant att jämföra med vad som hade utgått i skadestånd enligt dispositiva rättsregler om vitesbeloppet är tänkt att vara en uppskattning av skadeståndsskyldigheten. I denna bedömning ingår också en analys av om det finns skador som skadelidande part hade kunnat lindra eller helt undvika. Det är en generell skadeståndsrättslig princip att skadelidande part ska försöka begränsa sin skada.¹⁶⁰ Därför bör vitet *inte* jämkas för att täcka även sådan skada som rimligen hade kunnat undvikas. Kraven på vad som rimligen hade kunnat undvikas bör vara lika stränga som skadestånd på kontraktuell grund i vanliga fall.

Är det skadestånd som skulle utgått enligt dispositiva regler betydligt högre än vad det avtalade vitet kan det i vissa fall vara lämpligt att jämkar vitet till en högre nivå. Detta gäller om förutsättningarna för att kräva ytterligare skadestånd är uteslutna enligt avtalet – antingen explicit eller genom en tolkning av avtalet. Annars är den lämpliga ordningen att en talan väcks om ytterligare skadestånd istället för att jämkning av vitesbeloppets görs. Är det så att vitesklausulen är avsedd att vara en kombination av en uppskattad skadeståndsskyldighet med ett tillägg för påtryckande/straffande effekt måste, vid jämförelsen, denna straffande del av vitet uppskattas. Det kan dock ofta vara väldigt svårt att avgöra vad som är den straffande delen av vitet.

Ett exempel ska ges. Parterna kan vid avtalets ingående ha uppskattat att den skada som lids per försenad vecka är 100 000 kr. Det har dock varit av stor vikt att projektet inte försenas och därför har vitet satts till 150 000 kr per vecka, för att helt enkelt lägga till en påtryckande/straffande effekt. Det vill säga 50 000 av 150 000 kr (1/3) är den straffande delen. Om det i efterhand kan utrönas att fyra veckors försening har orsakat en ekonomisk skada på 600 000 kr så motsvarar skadan det vite som skulle utgå (4*150 000 kr). Men frågan kan då bli om beställaren kan hävda att vitesbeloppet ska jämkas till en högre nivå då avsikten med vitet var att ha ett påslag utöver den faktiska skada som lidits med 1/3, som ett straffande inslag. Det skulle i vårt exempel innebära att ytterligare 200 000 kr borde utgått i vite (det vill säga totalt 800 000 kr), om den andemening som fanns vid avtalets ingående ska upprätthållas.

Frågan blir då om en domstol skulle vara beredd att beakta något sådant. Kan det utrönas att den gemensamma partsavsikten vid avtalets ingående var sådan att vitesbeloppet skulle höjas för att motsvara skadan med ett tillägg på 1/3 som straff ska domstolen givetvis acceptera det. Så kommer antagligen sällan vara fallet då frågan måste vara otvistig, eller att det annars finns tydlig bevisning för det synsättet, för att en domstol ska våga döma på det djärva sättet. Jag har också svårt att se att det skulle

¹⁵⁹ Skiljedom Profilgruppen AB / KPMG Bohlins AB (22 december 2010), s. 43

¹⁶⁰ Håstad, *Köprätt och annan kontraktsrätt*, s. 211

leda till ett oskäligt utfall att den skadelidande går miste om denna straffande tredjedel. Det kanske inte blev det utfall som beställaren hade förväntat sig, men det är knappast oskäligt. Beställaren får alltså täckning för sin ekonomiska skada och vitesklausuler i allmänhet syftar till att undvika krångliga skadeståndsberäkningar. Tanken är dessutom att processen efter avtalsbrottet ska gå snabbt och enkelt, utan domstolsprövning.

Om vitet bara är rent påtryckande/straffande vid försening och möjligheten att parallellt kräva skadestånd inte är utesluten kan det vara intressant att fundera på om vitesbeloppet ska räknas av gentemot skadeståndet. Om vitet inte avräknas blir då konsekvensen att det dels utgår ett vite som straff och att det därutöver utgår ett skadestånd motsvarande hela den lidna skadan? Den vanliga ordningen i domstolar bör vara att vitet och skadeståndet kumuleras för att täcka den lidna ekonomiska skadan. Denna ordning kan delvis bero på att en rent preventiv/straffande vitesklausul sällan kan urskiljas från en som är kombinerad med att uppskatta skadeståndet. Min mening är att om det klart framgår att vitet är av en straffande karaktär finns en möjlighet för domstolen att utdöma ett skadestånd (kumulerat med vite) som är större än den lidna skadan. Detta måste naturligtvis rymmas inom kärandes yrkanden och grunder i processen. Normalt är svensk rättstradition främmande till att utdöma s.k. ”punitive damages” (straffande skadestånd). Varken inom central lagstiftning, som till exempel KöpL, eller enligt allmänna principer möjliggörs en sådan lösning. Men om parterna avtalat om det kan domstolen utdöma en sådan straffande del, under förutsättning att det ligger inom parts yrkanden och inte är oskäligt.

För att till viss del repetera vad som framhållits i förarbetena kan erinras om att jämkning sällan kan ske av en beloppsbegränsning till en högre nivå. Om det sker är det troligtvis när en part har utnyttjat sin överlägsna ställning till att diktera avtalsvillkoren. Jag bedömer denna ordning som relativt rimlig. Huvudregeln ska vara att avtal ska hållas, vilket gäller i än högre grad i kommersiella förhållanden. Men även om det är ett kommersiellt förhållande och ingen av parterna är underlägsen den andra kan det ändå i vissa fall ha upprättats en beloppsbegränsning (t.ex. i form av en vitesklausul) som är väldigt lågt satt. Om den innehar formen av en standardklausul som inte varit föremål för förhandling bör möjlighet finnas att jämka den, under vissa förutsättningar. Detta gäller även då skadevällaren inte når upp till grov vårdslöshet. Det behöver inte innebära att full täckning för den ekonomiska skadan utgår utan bara att beloppsbegränsningen läggs på en, efter omständigheterna, lämplig nivå. Eventuellt skulle det även i extrema undantagsfall finnas en möjlighet att jämka en beloppsbegränsning uppåt, även om beloppsbegränsningen har förhandlats fram gemensamt, om skadorna som lidits har varit extremt mycket större än vad som kunde ha beräknats på förhand och att detta beror på senare ändrade förhållanden.

Jag är tveksam till lämpligheten av att ha en skarp kontrast av rättsföljderna mellan en beloppsbegränsning och en fullständig friskrivning från skadeståndsskyldighet. Hellner m.fl. har annars antytt att en sådan skillnad kan finnas.¹⁶¹ Enligt min mening bör det vara en mer glidande skala. Till exempel bör en beloppsbegränsning på 1 kr snarare ses som en fullständig friskrivning från skadeståndsskyldighet. Det behöver inte ens vara ett så litet belopp, det relevanta bör vara beloppsgränsens förhållande

¹⁶¹ Se ovan i uppsatsen samt Hellner, Hager, Persson, *Speciell avtalsrätt II Kontraktsrätt 2:a häftet*, s. 215 och jämför med samma verk på s. 242

gentemot kontraktssumman samt risken för ekonomiska skador. Om kontraktssumman är på 10 miljoner, och skadeståndet är begränsat till 10 000 kr, samtidigt som typiska skador av kontraktsbrottet kommer kosta betydligt mer än 10 000 kr bör även det, näst intill, ses som en fullständig friskrivning från skadeståndsansvaret. Därmed bör ansvarsbegränsningen enklare kunna jämkas jämfört med vad som hade varit fallet med en betydligt högre beloppsgräns.

I AB 04 har getts en explicit möjlighet att jämka vitet till ett lägre belopp.¹⁶² Men ingen öppning finns för att jämka uppåt. Det kan tala för att avsikten är att jämkning uppåt ska ske mer sällan.

5.3.1 Skillnaden mellan en vitesklausul och en ren beloppsbegränsning

Nu ska kort kommenteras vad som skiljer en sådan vitesklausul som, implicit eller explicit, beloppsbegränsar skadeståndsansvaret – gentemot en ren beloppsbegränsning av skadeståndsansvaret som ej kombinerats med en vitesklausul.

En ren beloppsbegränsning av skadeståndsansvaret innebär i princip inga fördelar för den potentiellt skadelidande motparten. Den möjliga fördelen skulle dock kunna vara att genom en riskbegränsning kan naturagäldenären erbjuda ett lägre pris eftersom att denne inte måste ta höjd för ett obegränsat skadeståndsansvar. En vitesklausul, å andra sidan, erbjuder den potentiellt skadelidande parten en rad fördelar. Det är bland annat enkelt att avgöra när vite ska utgå och till vilket belopp. Detta innebär att i hög grad undanröjs bevisproblem. Det går snabbt för beställaren att få kompensation och den största fördelen av alla är att vite kan utgå även om ingen skada alls har lidits. Mot bakgrund av att en vitesklausul erbjuder dessa fördelar för beställaren gör det att en sådan beloppsbegränsande klausul lämpligen jämkas mer sällan och med större försiktighet till ett högre belopp. Detta jämfört med en enkel beloppsbegränsning av skadeståndsansvaret. Med beaktande av detta går vi vidare och tittar på hur de tankarna som framkommer i skiljedomen kan appliceras på jämkning av en vitesklausul till ett högre belopp.

5.3.2 Applicering av skiljedomens tankar på jämkning av en vitesklausul som reglerar skadeståndet vid försening

Hur skulle det se ut om man applicerar de tankar som skiljenämnden för fram på beloppsbegränsning av skadestånd, med den skillnaden att en beloppsbegränsande vitesklausul som förseningssanktion är av intresse i denna analys? Detta ska analyseras nu.

Beträffande kriterium 1, om oundvikliga misstag i verksamheten, kan framhållas att förseningar är något som händer och kommer fortsätta hända inte allt för sällan. Det följer av att allt inte kan planeras i detalj på förhand. Vissa scenarion kan inte heller förutspås. Stora komplicerade och tidskrävande projekt som t.ex. bygg- och anläggningsentreprenader har ofta fler saker som kan gå snett. Det kan också uppkomma problem som var svåra eller rent av omöjliga att förutse. Generellt sett kan sägas att köp av färdiga produkter som ska levereras ofta erbjuder mindre osäkerhetsmoment, även om förseningar kan uppkomma även i de fallen. Sådan försening bör dock i högre grad vara förutsägbar. Vid entreprenader,

¹⁶² Se AB 04 5:3

produktutvecklingsavtal och andra tjänsteavtal får det anses naturligt och oundvikligt förbundet med sådana typer av avtalsrelationer att misstag och förbiseenden ibland sker och leder till förseningar. I de fallen är en beloppsbegränsning mer nödvändig som skydd. Så är i mindre utsträckning fallet vid köp av färdiga produkter. För att jämföra med det aktuella rättsfallet kan sägas att förseningar i större grad är något mer naturligt förekommande än att viktiga detaljer i en finansiell analys förbises. Vid entreprenader som uppförs med AB 04 som standardkontrakt finns möjligheter att få tidsförlängning för entreprenören under en rad olika omständigheter.¹⁶³ På det viset har en riskbegränsning på annat sätt än genom en beloppsbegränsning åstadkommit vilket skiljenämnden också betraktade som relevant för bedömningen av kriterium 1. I de fallen anses en beloppsbegränsning vara mindre viktig. I många andra avtal finns dock ingen tidsförlängningsregel.

Vad gäller kriterium 2 är det intressant att veta om naturagäldenären kan teckna en ansvarsförsäkring för skadestånd/vite som denne kan behöva utge p.g.a. försening. Om det är möjligt att teckna sådan försäkring bör det vara enklare att jämka en vitesklausul till ett högre belopp än vad det är om det är svårt att teckna en försäkring för den typen av skadeståndsansvar. I alla fall om ansvarsbegränsningen är betydligt lägre än en rimlig försäkring. Det är möjligt att teckna ansvarsförsäkring som täcker skadeståndsskyldigheten, mer tveksamt är vad som gäller vid vite. Dessutom finns möjlighet att försäkra sig för de merkostnader som uppkommer då forcering sker för att försening ska undvikas.¹⁶⁴

Kriterium 3 innebär att det är av betydelse om parterna har varit införstådda om att försening är extra viktigt att undvika på grund av de konsekvenser som kan uppkomma. Att uppfylla kontraktet i rätt tid kan aldrig vara en förpliktelse av mer perifer natur. Jag bedömer att om det har avtalats om ett datum då kontraktsförpliktelse ska vara uppfyllda så är det ett "centralt åtagande". Det kanske dock i vissa fall kan förstärkas som ett centralt åtagande om naturagäldenären har fått tydliga instruktioner om att försening inte får inträffa. Likaså kan det i vissa fall vara på det viset att tidpunkten är av mindre betydelse för beställaren eller att det utifrån kontraktsföremålets ovissa karaktär är mer naturligt att förseningar kan uppkomma. Även om en tidpunkt för avtalets uppfyllande har angetts kan då tidsplanen eventuellt vara ett mindre centralt åtagande. Ett typexempel på en kontraktstyp där det kan vara mer naturligt med försening är agila avtal.

Beträffande kriterium 4 är det intressant att analysera om beställaren på förhand hade kunnat skydda sig mot sådana typer av skador. De skador som uppkommer för en kommersiell part vid försening kan vara av flera olika slag men inte sällan är det sådan indirekt förlust som åsyftas i 67 § KöpL mening, t.ex. produktionsbortfall och utebliven vinst. Sådan skada kan vara svår att visa och att få ersättning för. Även mer direkta förluster kan givetvis uppstå som en konsekvens av en försening, t.ex. täckningsköp eller hyra av ersättningslokal. Även sådana skador kan nog ofta vara svåra att försäkra sig mot. Om beställaren ser till att lämna de instruktioner som naturagäldenären behöver för att uppfylla kontraktet, och dessutom tar emot varan vid

¹⁶³ Se AB 04, 4 kap 2-3 §§

¹⁶⁴ Se t.ex. If försäkringar för företag i entreprenadbranschen

<http://www.if.se/web/se/foretag/varaforsakringar/byggforetag/pages/bygganlaggning.aspx> (21 april 2015)

leverans eller medverkar till att slutbesiktning kan utföras, kan det vara svårt för beställaren att i övrigt värja sig mot försening.

Det är svårt att dra några generella slutsatser utifrån rättsfallet beträffande om vad som kan gälla vid jämkning av beloppsbegränsande vitesklausuler till en högre nivå, i synnerhet när en sådan gäller ersättningen vid försening. En bedömning måste göras från fall till fall. Men skiljenämndens tillvägagångsätt är proaktivt och bör med vissa modifikationer kunna tillämpas även i andra fall. I och med rättsfallet har det visats på en möjlighet att jämka beloppsbegränsningar även mellan jämnstarka kommersiella parter. Det är dock viktigt att koma ihåg, som Ramberg påpekar, att även låga beloppsbegränsningar i normalfallet ska upprätthållas. *“Konsulten har ett legitimt behov av att kunna bedöma sin maximala riskexponering och det är därför viktigt att han kan känna sig trygg om att beloppsbegränsningsklausulerna upprätthålls.”*¹⁶⁵ Ramberg tycker också att rättsordningen ska ställa sig positiv till klausuler med normerande skadestånd (t.ex. vitesklausulen) p.g.a. den enkelhet det erbjuder vid avgörande av tvister.¹⁶⁶ Dessutom innebär en vitesklausul fördelar för beställaren i form av bevislättnad, snabbhet och enkelhet vilket talar för att vitesklausuler bör jämkas mer sällan än renodlade beloppsbegränsningar.

Man bör enligt Ramberg ta det avtalade skadeståndstaket som utgångspunkt vid jämkningsbedömningen, snarare än vad som skulle utgå enligt dispositiva regler, och kritiserar skiljedomen på den punkten. Dessutom menar Ramberg att det i många branscher anses oskäligt att ansvarsbegränsa sig till ett lägre belopp än den nivå som en normal ansvarsförsäkring täcker.¹⁶⁷ Att hur parterna är försäkrade är av betydelse för oskälighetsbedömningen framgår såväl av domen som av Rambergs kommentarer. Ramberg tror att om det hade kunnat klargöras i fallet hur stor konsultens ansvarsförsäkring var och vad som var kutym i branschen hade det kunnat spela en större roll i oskälighetsbedömningen. Rättsläget är oklart beträffande hur stor inverkan ansvarsförsäkringen har på oskälighetsbedömningen. Men om ansvarsförsäkringen bedöms ha stor inverkan på den bedömningen skulle även ringa vårdslöshet kunna leda till att beloppsbegränsningen är oskälig.¹⁶⁸

Utifrån detta är min bedömning att om det kan utrönas att en beloppsbegränsning väsentligen understiger den faktiska skadan finns möjlighet att jämka beloppsbegränsningen till en högre nivå. Graden av vårdslöshet kan få inverkan på hur stor jämkningen blir. Men om det finns en ansvarsförsäkring med högre täckning kan det finnas en möjlighet att jämka högre än vad som annars hade varit fallet. Om det kan anses vara kutym i branschen att ha en viss nivå på sin ansvarsförsäkring men just denna part inte har samma höga nivå kan möjligtvis den rådande branschpraxisen göra att jämkningen kan ske. Jämkning skulle då ske till den nivå som anses vara rimlig för branschen.

5.4 Slutsatser kring möjligheten att jämka vitet till ett högre belopp

I samband med att den nuvarande generalklausulen infördes var lagstiftaren uppenbart kritisk till att, för det första, jämka viten till ett högre belopp, och för det andra, att

¹⁶⁵ Ramberg, Juridisk Tidskrift (JT) vid Stockholms Universitet Nr 4 2010/11 s. 930

¹⁶⁶ Ibid

¹⁶⁷ Ibid s. 930 f.

¹⁶⁸ Ibid

göra detta mellan kommersiella parter. Om det mot förmodan skulle ske en sådan jämkning hade sannolikt en part intagit en underlägsen ställning. Utvecklingen i rätten tyder på att verkligheten inte är svart eller vit. Det har visats med tydlighet att jämkning av såväl beloppsbegränsningar som vite kan ske till ett högre belopp, även mellan jämnstarka parter. Ett vite, som innebär vissa fördelar för beställaren, får dock jämkas mer restriktivt än en renodlad beloppsbegränsning. Dessutom torde det fortfarande vara så att möjligheterna att jämka vite till ett lägre belopp bör förekomma oftare än jämkning uppåt, enligt lagstiftarens mening.

Störst förutsättningar att jämka vitet till ett högre belopp är om en underlägsen part har känt sig nödgad att ingå ett avtal med en ofördelaktigt låg ansvarsbegränsande vitesersättning. I synnerhet då det rör sig om en standardklausul där nivån på vitet inte anpassats för den föreliggande avtalssituationen. Men även om viss diskussion förts om vitesklausulen, men att part p.g.a. sin underlägsna ställning inte haft en reell möjlighet att påverka innehållet, kan en jämkning vara möjlig. Om det finns något klandervärt beteende vid avtalets ingående som kan läggas naturagäldenären till last kan det också leda till jämkning med ett högre belopp. En individuell bedömning måste göras och situationen ska jämföras med vad lagstiftaren ville åstadkomma genom införandet av generalklausulen. D.v.s. genom tillämpandet av 36 § AvtL ska oskäligt obalanserade avtal korrigeras och ges ett skäligt innehåll. Hur parterna handlat tidigare i liknade situationer kan få betydelse om det kan anses ha utvecklats en partspraxis.

För att jämkning ska ske krävs det att skillnaden mellan den lidna förlusten och det vite som utgår är stor. Hur stor skillnad är svårt att säga, men om skillnaden är liten i antingen reella belopp eller som en procentsats av den totala kontraktssumman bör jämkning i alla fall inte ske. Den skada som jämförelsen ska göras med är sådan skada som rättsordningen accepterar. Det innebär att vissa jämförelser kan behöva göras med vad för typ av skador som kan ersättas enligt reglerna i KöpL och SkL även om de inte är direkt tillämpliga. Såväl skada som betecknas som direkt eller indirekt i KöpL mening borde normalt vara aktuellt att jämföra med. Adekvat kausalitet måste dock finnas mellan förseningen och skadan och skadorna måste i alla fall kunna göras sannolika till belopp och förekomst.

För att komma fram till vad som är en skälig ansvarsbegränsande nivå på vitet bör även graden av vållande beaktas, även om skiljenämnden inte fokuserade på det. En rimlig riskavvägning är dock också en viktig bedömningsgrund för skäligheten. Att kontraktet uppfylls i rätt tid är ett centrala avtalsvillkor. Det kan dock beroende på avtalstyp vara mer eller mindre vanligt att försening förekommer. I vissa fall som när det rör sig om köp av lagervaror bör försening mer sällan förekomma, och om försening uppkommer bör den vara kort. Om det trots allt inträffar en längre försening vid köpa av lagervaror kan det finnas större möjligheter att jämka vitet till ett högre belopp, om inte andra omständigheter talar emot. Vad gäller tillverkning av kontraktsföremålet, installation av varor eller där komponenter kan vara svåra att få tag på kan det vara mer naturligt, och i vissa fall oundvikligt, att försening kan uppkomma. I sådana fall bör jämkning ske aningen mer restriktivt. Om det finns tidsförlängningsregler bör dock jämkning i större utsträckning komma i fråga då tidsförlängningsreglerna redan ger naturagäldenären extra skydd från att betala vite.

Vad för typ av skada som har åsamkats bör också ingå i bedömningen. Vid försening rör det sig ofta om rena förmögenhetsskador. Det kan dock vara en mer naturlig följd av förseningen eller en mer ovanlig eller svåröversäglig skada. I KöpL görs en distinktion mellan direkt och indirekt skada. Direkta skador kan vara t.ex. att hyra en ersättningslokal om en entreprenad ej är färdigställd i tid. Medan ett produktionsbortfall räknas som en indirekt förlust. Sådana skador som klassificeras som direkta skador kan ofta vara enklare att kalkylera på förhand och på vis jämföras med vitesbeloppet, till skillnad från s.k. indirekta skador som ofta kan vara svåra att uppskatta på förhand. Det betyder å ena sidan att om den faktiska förlusten till stor del består av s.k. direkt skada bör kanske inte vitet jämkas uppåt, eftersom det enklare har kunnat vägas in i vitesnivån på förhand. Å andra sidan kan en direkt skada som vida överstiger vitet anses innebära att vitet borde satts betydligt högre då det inte var en rimlig riskfördelning mellan parterna. Dessutom kan den direkta skadan ofta relativt enkelt styrkas med kvitton och dylikt. Om det istället till största delen rör sig om indirekt skada som överstiger vitet har det oftare varit svårt att på förhand uppskatta hur stor en sådan kostnad kan bli. Om skadan då blir betydligt större än vitet talar det för jämkning. Men å andra sidan kan indirekta skador vara svåra att styrka och oförutsägbara. Ett vite kan då ha avsett att begränsa naturagäldenären från sådana svåröverblickbara skador. Det talar emot jämkning.

Vad som var ändamålet med vitesklausulen kan då ha betydelse. Av hur stor vikt är det att vitet är ansvarsbegränsande eller kalkylerbart? Eller var avsikten främst att uppnå snabbhet och enkelhet genom att uppskatta skadeståndet på förhand? Konsekvensen av att införa vite blir att vitesersättningen i vissa fall understiger skadan och i vissa fall överstiger den. Det är inget generellt oskäligt mot bakgrunden av att kontraktsbrott ofta kan hanteras snabbt och enkelt utan kostsamma och tidskrävande rättsprocesser. Detta innebär fördelar för båda parterna även om vitesersättningen inte exakt motsvarar skadan. Om vitesklausulen var avsedd som en ansvarsbegränsning bör jämkning mer sällan ske. Var det en förhandsuppskattning av nivån på skadestånd vid försening bör jämkning kunna ske i större grad. Var istället avsikten att uppskatta den direkta skada vid försening men att ansvarsbegränsa sig från indirekta skador kan jämkning ske enklare om det är en stor direkt skada som lidits, men jämkning blir mer tveksamt om det är en stor indirekt skada som har lidits. I många standardavtal görs ingen skillnad på direkt och indirekt skada men i individuella avtal kan en sådan distinktion eventuellt göras. Oavsett vad för typ av skada det rör sig om kan jämkning ske om det är tillräckligt stor skillnad mellan förlusten och vitesersättningen. Men beställaren måste givetvis se till att minimera sin skada enligt den allmänna skadeståndsrättsliga principen.

Av betydelse för vad som är en rimlig riskfördelning mellan parterna är också hur försäkringsmöjligheterna ser ut. Att en ansvarsförsäkring hos naturagäldenären täcker förseningsskadan kan leda till att ett betydligt lägre vite jämkas till ett högre belopp. Om inte sådan ansvarsförsäkring finns måste först undersökas om möjlighet till en sådan försäkring fanns. Försäkringen bör ha en rimlig nivå. Detta bedöms utifrån den risk för förseningsskada som föreligger vid den typen av uppdrag naturagäldenären normalt utför. Dessutom måste kostnaden för en sådan försäkring vara skälig jämfört med riskerna. Vad som är kutym i branschen kan vara värt att undersöka för att jämföra vad som är en rimlig ansvarsförsäkring. En viss försiktighet bör dock anläggas då en lägre försäkring kan ha kompenserats genom ett lägre pris på varorna

eller kontaktarbetet. Vad gäller förseningsskador kan det antagligen ofta vara svårt för beställaren att teckna lämplig försäkring. Därför bör det snarare åligga naturagäldenären att ha en rimlig nivå på sin ansvarsförsäkring.

Vad som är den rimliga riskfördelningen behöver inte bestämmas för ett kontraktsförhållande generellt utan kan inriktas på den aktuella situationen. Bedömningen påverkas av grad av vållande, typ och omfattning av skada m.m. Om riskfördelningen enligt avtalet är oskälig så att beställaren står för stor risk finns det möjlighet att jämka vitet till en högre nivå.

6. JÄMKNING AV VITE TILL ETT LÄGRE BELOPP

6.1 Allmänt om att jämka vitet till ett lägre belopp

Enligt Håstad bör sällan jämkning av ett vite till ett lägre belopp ske i kommersiella relationer, även om beställaren inte lidit skada av förseningen, p.g.a. vitets påtryckande funktion.¹⁶⁹ Om en försening vållas av naturagäldenären och det därefter uppkommer ett hinder som tidigare hade gett rätt till tidsförlängning ansvarar naturagäldenären även för sådana casushändelser enligt principen om perpetuatio obligationis.¹⁷⁰ Således ska inte ett sådant hinder som uppkommer och förlänger, en redan genom vårdslöshet orsakad, försening leda till att en jämkning sker av vitet. Men om hindret är konstant under en lång tid kanske den bedömningen får omprövas.

I propositionen framhålls att: *”Liksom utredningen anser jag att jämkning av vite kan komma i fråga bl.a. på den grunden att den berättigades förlust klart understiger det avtalade vitet.”*¹⁷¹ *”Har en överlägsen part utnyttjat sin ställning till att föreskriva ett högt vite, ligger det givetvis närmare till hands att sätta ner vitet än om parterna är jämställda och villkoret har varit föremål för särskilda överläggningar mellan parterna.”*¹⁷²

6.2 Rättsfall där jämkning av vitet till ett lägre belopp har prövats

6.2.1 Svea hovrätts dom T 4552-10 – Jämkning skedde ej

Detta rättsfall handlade om flygbolaget Qatar Airways som hade köpt annonsutrymme i citymiljöer av annonsbyrå ACM. Qatar Airways ville i första hand komma ifrån sin betalningsskyldighet på den grunden att personen som ingick avtalet för deras räkning inte hade behörighet att göra detta. För det andra yrkades att ersättningsklausulen vid en för sen avbokning av annonsplatsen var oskälig. En av delfrågorna som Hovrätten tog ställning till, och som är av intresse för denna uppsats, var om en ersättningsklausul var oskälig och kunde jämkas med stöd av 36 § AvtL.

Klausulen som bedömdes löd: *”Betalnings- och avbokningsvillkor: Betalning 30 dagar fr o m materialdag. Eventuell avbokning skall ske senast 30 arbetsdagar innan*

¹⁶⁹ Håstad, *Köprätt och annan kontraktsrätt*, s. 58

¹⁷⁰ *Ibid* s. 61 f.

¹⁷¹ Prop 1975/76:81 s. 142

¹⁷² *Ibid*

materialdag. Därefter utgår full betalning från kund.” I orderbekräftelsen hade angetts vilket datum som gällde som sista avbokningsdag.

Hovrätten betraktade klausulen som en ersättningsklausul och framhöll att den vanligaste ersättningsklausulen torde vara vitesklausulen. Syftet med sådana klausuler anses i allmänhet vara att förmå en part att fullgöra dennes förpliktelser samt att förenkla skadeståndsberäkningen. Hovrätten anmärkte också på att båda parterna är kommersiella.

Qatar Airways grund för att hävda att klausulen är oskäligen är att ACM inte har haft några kostnader för den sena avbokningen samt att de dessutom har haft tid att minimera förlusten. ACM skulle därför bli överkompenserade och få en ersättning utöver det positiva kontraktsintresset. ACM invänder att det är en standardiserad ersättningsklausul och att den för med sig enkelhet och förutsägbarhet och att det tillika är vanligt med dessa klausuler i mediabranschen.

Hovrätten poängterar i domskälen att ersättningsklausulen som huvudregel är bindande mellan parterna. Vidare accepteras att en konventionell skadeståndsberäkning eventuellt hade kunnat ge ett lägre skadestånd än vad ersättningsklausulen påbjuder. Hovrätten menar att en jämförelse med vad som skulle utgått enligt skadeståndsrättsliga regler kan vara intressant, men en skillnad innebär inte automatiskt oskälighet. En sådan ordning hade kunnat åsidosätta ersättningsklausulens syfte menar Hovrätten, då bevisning hade behövt föras om den faktiska skadans storlek. Dessutom råder det delade meningar om ifall någon annan tagit över annonsplatsen som Qatar Airways inte nyttjade. Hovrätten beslutar därför att ersättningsklausulen inte är oskäligen och att beloppet inte ska jämkas.¹⁷³

6.2.2 RH 2011:18 – Vad ska beaktas i oskälighetsbedömningen?

Detta fall gällde två privatpersoner som i samband med att de köpt en tomt av Tanums kommun har förbundit sig att betala ett vite på 200 000 kr, om fastigheten överläts vidare inom de första fem åren, och utan kommunens samtycke. Inom femårsperiodens slut blev det uppenbart att privatpersonerna inte skulle ha råd att behålla fastigheten och man sålde den innan samtycke hade inhämtats från kommunen. Frågan var om jämkning av vitet kunde ske enligt 36 § AvtL. I detta fall intog privatpersonerna en underlägsen ställning och det rörde sig inte om ett kommersiellt förhållande. Hovrätten har dock en väl utförd analys av rättsläget beträffande jämkning av vitesklausuler som är av intresse för denna uppsats.

Följande är av särskilt intresse från hovrättens domskäl. Hovrätten sammanfattar vad som allmänt bör beaktas vid oskälighetsbedömningen av en vitesklausul:

”Enligt förarbetena till 36 § avtalslagen bör vitets belopp ses i relation till överträdelsens karaktär och den ekonomiska förlusten. Hänsyn bör dock även tas till det intresse den berättigade i övrigt kan ha haft av att den vitessanktionerade handlingen företas eller underläts. Även omständigheterna vid avtalets tillkomst bör

¹⁷³ Hovrättsdomar som inte publicerats i RH-serien bör inte betraktas som vägledande domar. Ett antal hovrättsavgöranden analyseras ändå. Det kan närmare illustrera hur jämkning av vitesklausuler sker i det dagliga rättslivet. Utifrån det faktum att domstolar har en stor möjlighet att bedöma vad som är oskäligt är det betydande att se hur domstolen resonerar. Detta kan ge en fingervisning om hur bedömningen av en vitesklausuls oskälighet kan bedömas i andra fall eller åtminstone illustrera vad som är rättsligt möjligt.

beaktas. Det är också viktigt att hänsyn tas till ändrade förhållanden som kan ha medfört att ett avtalat vite framstår som oskäligt. Jämkning av vite kan komma ifråga bland annat på den grunden att den berättigades förlust klart understiger det avtalade vitet. Bedömningen måste dock i hög grad vara beroende av omständigheterna i det särskilda fallet. Även om det inte är möjligt att göra en klar gränsdragning mellan villkor av olika slag kan det finnas anledning att beakta i vilken utsträckning en vitesklausul har till huvudsakligt syfte att fungera som påtryckningsmedel eller om syftet främst är att garantera den berättigade ersättning för eventuell förlust. Av förarbetena framgår att utredningens åsikt var att jämkning inte bör ske i sådana fall då orsakerna till att en part inte fullgör sina skyldigheter uteslutande hänför sig till hans egna förhållanden. I propositionen (prop. 1975/76:81) med förslag till ändringar i avtalslagen ansluter man sig till denna åsikt, men utesluter inte att omständigheter som sjukdom, arbetslöshet eller dylikt i vissa fall kan utgöra en åtminstone bidragande orsak till nedsättning av vite.”

I övrigt lyfts också fram av Hovrätten, med hänvisning till förarbetena, att jämkning kan vara mer aktuellt då part utnyttjat sin överlägsna ställning till att föreskriva en vitesklausul. Detta jämfört med vad som är fallet då parterna gemensamt kommit överens om en vitesklausul.

6.2.3 NJA 2012 s. 597 – Jämkning vid konkurrerande skadeorsaker

Tidigare i denna uppsats har NJA 2012 s. 597 analyserats vad gäller tolkningen av vitesklausuler. För en introduktion till rättsfallet hänvisas till kapitlet 3.3.

Intressant i detta sammanhang är dock vad HD uttrycker om en möjlighet till dubbelkompensation när fler än en entreprenör är skyldig att utge förseningsvite. Det skulle kunna leda till att beställaren åtnjuter högre vitesintäkter än den skada som lids genom förseningen. I fallet gick det inte att, utifrån avtalet, avgöra vad som skulle gälla om fler än en part skulle vara skyldiga att utge vite vid försening. Således var det oklart om vitet skulle avräknas från det vite som redan betalats av någon annan. HD uttalar följande beträffande detta: *”En entreprenör som har åtagit sig att utge ett 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. Skyldigheten att betala vite påverkas därför inte av om också andra entreprenörer ska utge förseningsvite. 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 i ett eller flera av entreprenadkontrakten.”*

Det framgår att HD ser det som en huvudregel i entreprenadförhållanden att var och en av entreprenörerna som tagit på sig ett vitesansvar vid försenad prestation ska hållas vid det. Vitet tycks först och främst röra sig om en form av sanktion eller ett påtryckningsmedel gentemot var och en av entreprenörerna istället för att det ska försöka motsvara den skada som faktiskt orsakats beställaren. Men i undantagsfall, om den sammanlagda ersättningen blir oskäligt hög, kan vitet jämkas till ett lägre belopp.

6.2.4 Svea Hovrätts dom T 404-14 – Vitet jämkades

Rättsfallet handlar om en totalentreprenad mellan en bostadsrättsförening och en entreprenör där radiatorer och värmesystem skulle bytas ut. I genkärömsålet bedömdes ifall vite skulle utgå och till hur stort belopp. Då ABT 94 var inkorporerat gäller normalt reglerna om vite och att jämkning av vitet kan ske enligt 5:2 om entreprenaden tagits i avsett bruk innan färdigställandet. I fallet hade dock 5:2 ändrats genom anteckning i de administrativa föreskrifterna.¹⁷⁴ Parterna hade kommit överens om att vitet ”*inte skall jämkas om beställaren har tagit entreprenaden eller del därav i bruk, helt eller delvis, innan kontraktarbetena är helt färdigställda*” (min understrykning). Entreprenaden skulle utföras till ett fast pris på drygt 13 miljoner kronor, inklusive moms.

Eftersom vissa fel förelåg i entreprenaden valde besiktningsmannen att inte godkänna denna vid slutbesiktningen. Rätt till förseningsvite förelåg därför. Entreprenören hade inväntat att förseningsvitet var begränsat till en ”skälig tid för felavhjälpande” men den invändningen godkände inte hovrätten och det innebar att vid tiden för processen löpte fortsatt förseningsvite. Det hade vid hovrättens bedömning löpt mer än 150 veckor med förseningsvite, vilket innebar att vitesbeloppet översteg 16 miljoner kronor. Entreprenören yrkade på att vitet skulle jämkas enligt 36 § AvtL till vad som skulle gälla om jämningsregeln i ABT inte hade avtalats bort.

Hovrätten uttalar allmänt att: ”*Vitesklausuler är en sådan del av ett kontrakt som det kan finnas skäl att jämkas med stöd av 36 § avtalslagen*”. Men rätten framhåller vidare att jämkning måste ske restriktivt i kommersiella förhållanden och mellan jämbördiga parter. Det utesluter dock inte att jämkning skulle kunna komma ifråga även i sådana förhållanden menar hovrätten, med hänvisning till NJA 2012 s. 597. Hovrätten framhåller att vitet ska fungera som påtryckningsmedel gentemot entreprenören att prestera kontraktsevenligt och i tid.

Hovrätten finner inte att det är oskäligt i sig att avtala bort jämningsregeln i ABT 94. Däremot finner hovrätten att det höga kumulerade vitet som har utgått, trots att entreprenaden har kunnat tas i avsett bruk, är oskäligt högt jämfört med felets betydelse. Dessutom, menar hovrätten, att efter en viss tid måste bostadsrättsföreningen insett att entreprenören inte avsåg att avhjälpa felet och att bostadsrättsföreningen då borde anlita någon annan för att avhjälpa felet på entreprenörens bekostnad. Under de rådande förhållandena bedömer således hovrätten att vitesbeloppet blivit oskäligt högt och att jämkning ska ske på sätt som om jämningsregeln i ABT 94 hade gällt. Hovrätten jämkar vitet till den nivå som vitet hade uppgått till vid den tidpunkt då det måste stått klart för bostadsrättsföreningen att entreprenören inte skulle avhjälpa felet, med tillägg för en skälig tid på några månader för att få en annan entreprenör att avhjälpa felet. Detta innebar att vitet jämkades till 3,5 miljoner kronor.

¹⁷⁴ En jämförelse kan göras med den hierarkin som uppställs i 1:3 AB 04. Där framgår att om det finns motstridiga uppgifter gäller de avvikelser som gjorts från standardavtalet, och som är upptagna i de administrativa föreskrifterna, framför konkurrerande bestämmelser i standardavtalet.

6.3 Jämkning enligt specialregel i AB 04

I AB 04 5:3 andra stycket uttrycks två situationer då vitet vid försening skall jämkas. Vitet kan bara jämkas nedåt, det vill säga till entreprenörens fördel. Förutsättningar för detta är att beställaren har tagit entreprenaden, eller del därav, i avsett bruk före färdigställandet. Trots att ändamålen bakom en vitesklausul ofta är att verka preventivt mot försening, förenkla skadeståndsberäkningen, undvika bevisproblematik, snabba upp processen efter avtalsbrott och göra kostanden för försening kalkylerbar så har i AB 04 öppnats upp för att göra en jämkning nedåt av vitet. Tanken bakom det är med största sannolikhet att man vill undvika oskäligen utfall som annars hade kunnat angripas med hjälp av 36 § AvtL. Men det tycks ändå som att syftet i högre grad är att ha korrelation mellan vitet och den faktiska skadan (om skadan är lägre till beloppet än vad vitet är) än att avveckla avtalsrelationen snabbt och enkelt. För om avvecklingsfunktionen hade varit i fokus hade man antagligen undvikit att införa jämningsregeln. Eftersom det lämnas till parterna att avgöra hur stort vitet ska vara kan påtryckningseffekten variera. Hursomhelst tycks det som Taxell kallar ersättningsfunktionen vara påfallande i utformandet av AB 04. Tanken är att vitet är det som ska utgå när entreprenören inte färdigställer entreprenaden i rätt tid och således begår avtalsbrott.

För att jämkning ska ske enligt reglerna i AB 04 krävs alltså att entreprenaden, eller en del därav, faktiskt tagits i avsett bruk. Att möjligheten finns att ta entreprenaden i bruk men att så inte gjorts saknar således betydelse. Det kan röra sig om en fabrik som är så pass klar att den går att använda, även om mindre delar fortfarande kvarstår för att entreprenaden ska anses färdigställd och förseningen ska upphöra. Ett scenario är att hälften av alla butiker i ett köpcentrum är färdigställda och har tagits i avsett bruk genom att butikerna har öppnats för försäljning, men att andra halvan fortfarande inte kan tas i bruk. Då kan en jämkning ske enligt AB 04 5:3.

I Svea Hovrätts dom T 725-13 jämkades vitet p.g.a. att entreprenaden tagits i avsett bruk. Gällande standardavtal var ABT 94 som också innehåller en jämningsregel likt den som finns i AB 04. Detta rättsfall handlade om en bostadsrättsförening som anlitat en totalentreprenör för att utföra diverse renoveringsarbeten, bland annat byte av yttertak. Färdigställandet blev försenat och vite skulle utgå med 1 % av kontraktssumman per påbörjad vecka. Bostadsrättsföreningen hade innehållit viss del av betalningen och entreprenören hävdade rätt till tidsförlängning. Rätt till tidsförlängning ansågs inte föreligga. Beträffande vitet yrkade entreprenören på att detta skulle jämkas enligt såväl 5:2 i ABT 94, på grund av att del av entreprenaden tagits i avsett bruk, men också att jämkning skulle ske enligt 36 § AvtL. Hovrätten uttryckte följande beträffande jämningsmöjligheterna enligt ABT 94: *"För att exempelvis en ianspråktagen skolbyggnad ska anses ha tagits i avsett bruk ska den användas för skolverksamhet och inte för något annat, tillfälligt ändamål. Att vitet ska jämkas i skäligen mån innebär att det vid jämkningen ska beaktas såväl den relativa storleken av den del av entreprenaden som tagits i avsett bruk som andra med ibruktagande sammanhängande faktorer."* Hovrätten bedömde om entreprenaden hade tagits i avsett bruk vid två olika tidpunkter. Vid den första tidpunkten ansågs det inte visat att Bostadsrättsföreningen tagit entreprenaden i avsett bruk, däremot vid den andra tidpunkten i anslutning till slutbesiktningen. Vitet jämkades därför från yrkade ca 410 000 kr till 230 000 kr enligt jämningsregeln i ABT 94. Därutöver ansågs det inte finnas några skäl till att ytterligare jämka vitet med stöd av 36 § AvtL.

Även om *inte* entreprenaden är tagen i *avsett bruk* kan någon annan form av ibruktagande ha skett. Om då beställaren har haft en "*icke oväsentlig ekonomisk nytta*" av detta skall jämkning ske enligt AB 04 5:3. Precis som i förra fallet krävs ett faktiskt ibruktagande men det krävs inte att *beställaren* har tagit den i bruk. Beställaren måste dock ha haft en "*icke oväsentlig ekonomisk nytta*" t.ex. genom att hyra ut lokalen eller att på något annat sätt få "*icke oväsentligt*" lägre utgifter och att det inte kompenseras av uteblivna intäkter. Värt att anmärka är att AB 04 5:3 andra stycket förskriver att om förutsättningarna för jämkning är uppfyllda *skall* jämkning ske, det är alltså inte fråga om någon lämplighetsbedömning kring den saken. Bedömningen ligger i att avgöra om jämkningsförutsättningarna är uppfyllda och med hur mycket vitet ska jämkas. Nyttan som beställaren har av entreprenaden och betydelsen av de delar som ännu ej är färdigställda får naturligt en framträdande roll vid bedömningen av hur mycket vitet ska jämkas, men en helhetsbedömning av alla relevanta omständigheter bör göras enligt min mening. I den bedömningen skulle sådana förhållanden som är närliggande till sådant som skulle medge tidsförlängning enligt (AB 04 4:3) påverka att jämkningen blir större.

Om förseningen är ett faktum tycks beställaren ha en valrätt mellan att få ett vitesbelopp per försenad vecka eller att börja bruka det som är möjligt av entreprenaden. Då kan beställaren välja det som är mest gynnsamt för denne. Fullt vite eller att börja använda entreprenaden med konsekvensen att vitet jämkas. På sätt och vis kan det upplevas fel att beställaren har denna valrätt. Speciellt om beställaren i och för sig kan ta entreprenaden i bruk utan några problem men väljer att inkassera vite istället då det är mer lönsamt. Men å andra sidan har inte entreprenören presterat enligt kontraktet och då kan det kännas mer rimligt att beställaren ska ha rätt till ersättning. Enligt allmänna principer ska en part som råkar ut för ett avtalsbrott från sin motpart söka minimera sina förluster genom att t.ex. vidta täckningsköp, inte låta tillgångar förgås, förränta tillgångar om möjligt o.s.v.¹⁷⁵ Det kan dock vara osäkert vad som gäller när vite avtalats. Får den allmänna principen genomslag i lika hög grad? Vitet är på förhand avtalat och kalkylerbart. Men om ytterligare ersättning istället ska utgå utöver vitet, p.g.a. uppsåtlig eller grovt vårdslöst orsakad försening, bör beställaren som vanligt inom avtalsrätten ansvara för att försöka minimera sina förluster. Därför bör beställaren börja nyttja entreprenaden om det är möjligt och under förutsättning att det leder till att skadan minimeras.

6.4 Analys av möjligheten att jämkna vitet till ett lägre belopp

Det finns vissa likheter mellan vad som är relevant att beakta vid jämkning till ett lägre belopp med vad som har förts fram i kapitlet om jämkning till ett högre belopp. Även kapitlet om jämkning i allmänhet innehåller viktiga utgångspunkter för denna analys.

Även om det antagligen är enklare och vanligare att jämkna ett vite till ett lägre belopp än till ett högre (se rättsfall) bör jämkning bara ske i undantagsfall mellan kommersiella parter. Det kan finnas flera olika anledningar till att jämkning oftare sker till ett lägre belopp. För det första var det bara möjligt att jämkna viten till ett lägre belopp innan den nuvarande 36 § AvtL infördes. För det andra förekommer det

¹⁷⁵ Se bl.a. Hellner, Hager, Persson, *Speciell avtalsrätt II Kontraktsrätt 2:a häftet*, s. 233

förmodligen oftare att beställaren intar en starkare position och kan diktera oskäligen villkor med höga viten, naturagäldenären konkurrerar ofta med andra aktörer om jobbet och kan vara beredd att acceptera hårda villkor. För det tredje skulle det eventuellt kunna vara så att domstolar och lagstiftaren generellt tycker att utgången oftare blir oskäligen om vitet är större än skadan än tvärt om. Detta skulle kunna bero på att ersättning över skadan kan betraktas som närliggande en obehörig vinst om den vilar på svag avtalsrättslig grund. Även svensk rätts negativa inställning till ”punitive damages”, d.v.s. av domstol utdömda straffande skadestånd, kan ha betydelse. För det fjärde finns en regel i vissa standardavtal (t.ex. AB 04) en jämningsregel som möjliggör jämkning av vitet till ett lägre belopp men inte till ett högre belopp. Oavsett vad som är vanligast krävs att vitet är oskäligt för att jämkning ska ske enligt 36 § AvtL.

Jämkning blir särskilt aktuellt om en skada väsentligt understiger det vite som ska utgå. Om dessutom en överlägsen part har dikterat villkoret är möjligheterna till jämkning ännu större. Det kan dock inte uteslutas att jämkning kan ske även då vitet har diskuterats av parterna vid avtalets ingående. Om motparten då har agerat klandervärdigt på något sätt finns goda möjligheter till jämkning. Det kan vara sådant som ligger i närheten av någon av ogiltighetsreglerna i AvtL eller något annat kvalificerat klandervärdigt beteende. En jämförelse av relevans är hur stort skadestånd som hade utgått enligt dispositiva regler, men det tycks inte vara avgörande enligt hovrättspraxis. Detta bör innebära att inte vilka skador som helst kan åberopas av beställaren för att invända mot ett jämningsyrkande. Det ska föreligga adekvat kausalitet mellan förseningen och skadan för att skadan ska få räknas in i det totala skadebelopp som ska jämföras med vitet. Det innebär att förluster som beställaren för fram men som inte anses kausala bortses från i jämförelsen. Vad gäller storleken på och förekomsten av dessa kausala skador bör beställaren kunna göra dessa sannolika. Men allt för höga krav kan inte ställas på beställaren att visa sin skada eftersom utgångspunkten för honom var att inga bevis på skada behöver uppvisas för att vitet ska utgå. Normalt kan dock i alla fall kvitton på direkta utgifter krävas då detta ändå måste sparas av bokföringsmässiga skäl. Det tycks också åligga den som yrkar på jämkning att visa att det är en oskälig skillnad mellan den verkliga skadan och vitesbeloppet.¹⁷⁶

Beträffande överträdelsens karaktär, som har visat sig vara viktigt att bedöma, är det alltid ett viktigt avtalsvillkor att kontraktet uppfylls i rätt tid. I vissa fall kan dock en försening vara mer eller mindre förutsägbar eller oundviklig. Förutsägbara förseningar bör sällan leda till jämkning, om inte de blev förutsägbara efter avtalets ingående förstås. Hur lång förseningen är och vilket vållande som kan läggas naturagäldenären till last är också av intresse. Om avtalet är förenat med tidsförlängningsregler som innebär att vite inte ska utgå vid en sådan rätt till tidsförlängning bör det kunna påverka jämningsbedömningen. Generösa tidsförlängningsregler för naturagäldenären bör generellt göra det svårare att jämka vitet till en lägre nivå. Om det saknas tidsförlängningsregler kan det tolkas som att avtalsparterna har lämnat till rättstillämpningen att med hjälp av 36 § AvtL reglera oskäligen utfall. Även vad avtalsobjektet är kan få betydelse för oskälighetsbedömningen. Vid köp av lagervaror bör försening lättare kunna undvikas än vid komplicerade bygg- eller produktutvecklingsprocesser som har en längre

¹⁷⁶ Jmf analys om omkastad bevisbörda i kapitel 2.4.2 i denna uppsats

kontraktstid. Ändrade förhållande kan i långvariga avtal ge skäl till jämkning. Det kan vara ändringar i lagstiftningen eller andra regler, dålig väderlek eller andra oförutsedda förhållande som kan ge skäl till jämkning. Om försening lättare hade kunnat undviks talar det för att vite mer sällan ska jämkas till en lägre nivå, även om skadan är mindre än vitet. Detta innebär inte att jämkning aldrig kan ske, men det bör ske mer restriktivt i de fallen. Detta jämfört med om det är ett komplext och långvarigt byggprojekt där försening kan vara mer eller mindre oundvikligt. I de fall någon större skada generellt sett inte bör uppkomma vid försening p.g.a. kontraktstypen kan ett högre vite i större utsträckning tolkas som att ändamålet, i första hand, är att ha en påtryckande funktion, istället för att på förhand uppskatta skada vid försening.

Vissa jämförelser kan göras med vad som i AB 04 ger rätt till tidsförlängning, även om avtalet inte är inkorporerat eller passande för avtalstypen.¹⁷⁷ Om en sådan situation föreligger, eller en liknande, kan det ge större möjligheter att jämka vitet till ett lägre belopp under förutsättning att sådana orsaker kan antas påverka möjligheten att hålla kontraktstiden. En beställare kan ha försenat processen genom att inte uppfylla det denne enligt kontraktet skulle göra. Om det görs medvetet finns mycket goda grunder att jämka vitet. Men även om det bara sker vårdslöst eller kanske t.o.m. utan vållande bör jämkning kunna komma ifråga. Om inget vållande kan åläggas beställaren krävs nog ytterligare omständigheter som att skillnaden mellan vitet och skadan blir orimligt stor. Om ett myndighetsbeslut, krig, utbredd strejk eller dylikt försenar avtalets uppfyllande kan också vara tillfällen då jämkning kan ske. Det bör dock inte ha varit förutsägbart eller möjligt att övervinna. Onormala väderleksförhållanden, om avtalsobjektet är väderkänsligt, kan också leda till jämkning i vissa fall. Även andra omständigheter som har legat utom naturagäldenärens kontroll kan vara grund för jämkning. Viss jämförelse kan göras med KöpL kontrollansvar för att ge ledning för den bedömningen. Sådana omständigheter bör dock inte allena göra vitet oskäligt och leda till jämkning, det krävs att omständigheten har lett till ett högt vite men en liten skada för beställaren. Å andra sidan, om beställaren inte kan lastas för förseningen, och anledningen till förseningen enbart är hänförlig till naturagäldenären talar det emot jämkning av vitet. I undantagsfall kan vitet kanske jämkas ändå om förseningen endast hänför sig till naturagäldenären. T.ex. om en småföretagare som har en ovärderlig medarbetare där denne blir sjuk för en längre period och det leder till försening. Men i sådant fall ska det vara svårt att få tag på motsvarande kompetens från annat håll. I propositionen öppnas i alla fall för en möjlighet att i undantagsfall ta hänsyn till sjukdom.

Övriga intressen av att inte jämka vitet kan givetvis vara att vitet är avsett att verka preventivt mot försening. Ett högt vite ska till naturagäldenären förmedla vikten av att tidsplanen ska hållas. Ett sådant preventiv syfte, och som till viss del blir ett straff om naturagäldenären misslyckas, ska inte alltför lättvindigt jämkas. Jämfört med ett vite som i princip var en förhandsuppskattning av skadeståndet. Den straffande effekten kan dock vara oskäligt stor och behöva jämkas i vissa fall. Om vitet var avsett att vara en förhandsuppskattning av det skadestånd som skulle utgå enligt dispositiva regler kan en stor avvikelse i högre grad vara oskälig och jämkas. Att flera parter har att utge förseningsvite innebär inte att jämkning ska ske automatiskt. I NJA 2012 s. 597 betonas istället den preventiva effekten vitet har gentemot varje part som riskerar att

¹⁷⁷ Se AB 04 4:3

inte prestera i rätt tid. Men om det kumulerade vitet blir oskäligt stort kan tydligen jämkning ske. Det rimliga är väl då att båda parter får vitet jämkat i proportion till den oaktsamhet och försening som kan hänföras till respektive part.

Den jämningsregel som återfinns i AB 04 5:3 andra stycket stipulerar att jämkning ska ske om entreprenaden eller del därav tagits i avsett bruk eller om det finns en annan icke oväsentlig ekonomisk nytta av annat ibruktagande. Detta torde vara en snällare regel gentemot entreprenören än vad som normalt gäller. Den regeln kan dock illustrera en situation som kan leda till jämkning även i andra förhållanden. Om ett ibruktagande skett av avtalsobjektet kanske beställaren i princip inte lider någon skada alls. Om det ändå utgår ett högt vite kan det vara oskäligt högt och jämkas. En intressant fråga är om denna regel kan ge uttryck för handelsbruk på entreprenadrättens område och således vara en gällande regel även om AB 04 inte är avtalsinnehåll. Ansvarsbegränsningar, skadeståndsregler inklusive regler om vite kan sällan ses som handelsbruk.¹⁷⁸ Även andra regler i AB 04 ska endast med försiktighet betraktas som handelsbruk.¹⁷⁹ En jämningsregel där beställaren ändå ges täckning för en eventuell förlust möter inte samma problem som ansvarsbegränsningar och skadeståndsregler, därför skulle en sådan jämningsmöjlighet eventuellt kunna betraktas som handelsbruk på entreprenadrättens område. I ett partsförhållande kan också en motsvarande regel utgöra partsbruk, även utanför entreprenadrättens område. En avvikelse från partsbruket kan då bedömas som oskälig enligt 36 § AvtL och kan leda till att vitet jämkas till en sådan nivå som brukar gälla mellan parterna.

Vitesklausulen måste betraktas utifrån att den ger såväl beställaren som naturagäldenären en fördel genom att snabbt och enkelt reglera skadeståndsskyldigheten genom en standardiserad ersättningsnivå vid försening. I vissa fall blir beställaren överkompenserad och i vissa fall blir han underkompenserad. Varje avvikelse från den exakta skada som lidits kan inte vara oskälig och jämkas. Det ska handla om stora skillnader där utgången har blivit annorlunda än vad som på förhand rimligen kunnat räknas med. Eller att beställaren genom ett klandervärt sätt eller p.g.a. sin ställning kunnat föreskriva ett högt vite. Om vitet var avsett att ha en stor preventiv effekt, utöver att täcka den skada som kunde tänkas lidas, måste denna preventiva effekt i vitet särskilt beaktas när jämförelse sker med den lidna skadan. I de fallen måste domstolen fråga sig, vad är en rimlig nivå för straffande/preventiv effekt och när blir det ett oskäligt stort mått av straff i vitet? I vissa fall var kanske avsikten med vitesklausulen att ett belopp skulle utgå per tidperiod som rent straff, för att verka preventivt. Därutöver skulle dock beställaren vara berättigad till skadestånd för den faktiska skadan. I ett sådant fall bör beloppet, per tidperiod, inte kunna anses som oskäligt stort om inte överlägsen part infört villkoret eller på något klandervärt sätt fått in villkoret i avtalet. Eller om förseningen blir så lång, p.g.a. oförutsedda händelser, att det ackumulerade beloppet blir oskäligt stort. Emellertid torde det vara en ovanlig situation med den nu exemplifierade lösningen att kombinera straffande vite med en rätt till att parallellt kräva skadestånd. Ofta avser vitet täcka även liden skada.

¹⁷⁸ Bernitz, *Standardavtalsrätt*, s. 60

¹⁷⁹ *Ibid.*, s. 59 ff.

Två danska rättsfall tar upp jämkning av vitesklausuler ("konventionalbod").¹⁸⁰ I dansk rätt finns en motsvarighet till den svenska generalklausulen (36 § aftaleloven). Viss skillnad i formuleringen finns mellan den svenska och danska generalklausulen, men de uppfyller samma syfte, att åtgärda oskäligen avtal.¹⁸¹ UfR 1979 s. 931 gällde en konkurrensklausul förenad med vite. Av särskild betydelse för att vitet jämkades till en lägre nivå tycks vara att avtalet inte hade inneburit någon form av säkring av motpartens intressen.¹⁸² I UfR 1994 s. 898 jämkades också ett vite till ett lägre belopp. Skälen för jämkning var en bedömning av förhållandena vid avtalsbrottet, bland annat avtalsobjektets aktuella värde samt kärandes intresse av att fortsätta utföra service på avtalsobjektet och vitet ansågs då vara oskäligen högt.¹⁸³ Vad gäller de danska rättsfallen är det svårt att dra några säkra slutsatser p.g.a. mycket kortfattade domskäl. Men de visar att jämkning av vitet till ett lägre belopp kan ske mellan kommersiella parter även i Danmark. UfR 1994 s. 898 visar på att domstolen har beaktat inte bara ett avtal utan även hela relationen mellan parterna vid jämningsbedömningen. Parterna hade nämligen ett serviceavtal också. Dessutom sattes vitesbeloppet i relation till avtalsobjektets värde vid bedömning av oskäligheten. I UfR 1979 s. 931 sågs att vitesbeloppet var högt och utan att ge någon motsvarande fördel till motparten vilket ansågs oskäligen.

¹⁸⁰ Traditionellt sett har dock Danmark (och även Norge), till skillnad från Sverige, sett vite som något som tillgodoser endast beställarens intresse och inte naturagäldenären. I Sverige har det setts som att båda parter kan ha nytta av en vitesklausul (Olsen, Ersättningsklausuler, s.142). Detta tyder på att i de danska rättsfallen som analyseras kan jämkningen fokusera mer på hur mycket pengar den vitesberättigade får än motsvarande fördelar för den som begått kontraktetsbrottet.

¹⁸¹ Mot bakgrund av den fria bedömning svenska domstolar har att bedöma vad som är oskälighet kan illustrationer från dansk rätt vara, om inte vägledande, i alla fall illustrera tankesätt och konsekvenser av en jämkning vilket kan vara av intresse när en bedömning i svensk domstol ska göras. Inga direkta slutsatser dras från analysen av de danska rättsfallen utan det främsta syftet med att de analyseras här är att göra en komparation med ett närliggande rättssystem och visa på vad deras slutsatser av en jämningsituation blir. Jag vill också lyfta fram ett citat från en artikel skriven 2013 av Christina Ramberg som rörde lojalitet i svensk och engelsk avtalsrätt och där ett engelskt rättsfall analyserades. I avslutningen uttalade Ramberg följande om avtalsrättslig komparation: "*Samma person vinner lika mycket pengar i alla länder, men den juridiska vägen till slutsatsen ser olika ut. Detta rättsfall från High Court får mig att tro att jag snart kommer att kunna säga: Samma person vinner lika mycket pengar i alla länder och sättet att komma till slutsatsen är likadan överallt.*" (Ramberg, Lojalitet i engelsk och svensk avtalsrätt, *Tidsskrift för Rettsvitenskap*, vol. 126, 4–5/2013, s. 530. ISSN 0040-7143, åtkomst via <http://www.christinaramberg.se/Articles> den 20 februari 2015). Även om inte allt för stora växlar ska dras av detta uttalande tycker jag det talar för att användande av internationella rättskällor och komparativa analyser kan vara synnerligen berikande på avtalsrättsens område. Detta gäller i synnerhet nordisk avtalsrätt då det finns många likheter. I synnerhet beträffande generalklausulen tycks stora likheter finnas bakom hur den ska tillämpas inom Norden (von Post, *Studier kring 36 § avtalslagen med inriktning på rent kommersiella förhållanden*, s. 61).

¹⁸² Østre Landsretten är en av Danmarks appellationsdomstolar (närmast att jämföras med den svenska hovrätten) och det var denna domstol som dömde i fallet. Rättsfallet handlade om två taxichaufförer/åkare som hade ingått ett kontrakt med ett företag som organiserade körningar för handikappade personer, närmast en form av taxicentral. I kontraktet mellan respektive förare och taxicentralen ingick en konkurrensklausul som var sanktionerad med vite. Konkurrensklausulen förbjöd att chaufförerna företog körningar för de kunder som de fått hänvisade från taxicentralen inom en 12-månadersperiod efter att avtalet avslutats. Ett antal månader efter att avtalet ingåtts sades det upp av taxicentralen med omedelbar verkan. De båda uppsagda förarna startade en egen verksamhet och lyckades knyta åt sig en av taxicentralens gamla kunder inom 12-månadersperioden. De bröt således mot konkurrensklausulen. Men eftersom taxicentralen hade brutit avtalet med förarna på aningen tveksamma grunder, bara ett fåtal månader efter att de ingått samarbetsavtalet, samt att avtalet med konkurrensklausulen inte haft någon form av säkring av taxichaufförernas motsvarande intressen så jämkades vitet. Detta gjordes med stöd av den danska motsvarigheten till 36 § AvtL (aftaleloven 36 §).

¹⁸³ Højestereten, som dömde i detta fall, är Danmarks motsvarighet till svenska Högsta Domstolen. De har i ett fall bedömt om jämkning kan ske av en vitesklausul när avtalsbrott har skett beträffande ett avtal om källkod ("kildetekster"). Part hade nyttjat källkoden på ett icke avtalsenligt sätt. Enligt avtalet skulle ett vite utgå med 150 000 kr för ett sådant avtalsbrott. Højestereten ansåg dock att vitet borde jämkas till hälften, det vill säga 75 000 kr, med stöd av 36 § aftaleloven (motsvarar 36 § AvtL). Förutom att kärande hade tillhandahållit källkoden fanns ett avtal om att utföra service beträffande källkodens användning. Grunderna för jämkning var en bedömning av förhållandena vid avtalsbrottet, bland annat källkodens aktuella värde samt kärandes intresse av att fortsätta utföra service för källkoden. Vitet ansågs mot den bakgrunden vara oskäligen högt.

6.5 Slutsatser beträffande möjligheten att jämka vitet till ett lägre belopp

Det står klart att jämkning av vite till en lägre nivå kan ske mellan kommersiella parter. Detta har framgått av praxis och förarbeten. Det ska dock ske restriktivt. Den absolut viktigaste bedömningsgrunden för oskälighet är att jämföra vitet med den faktiska skadan. Dock måste även syftet med vitet beaktas, vilket kan vara att åstadkomma en preventiv effekt. Det kan leda till att jämkning inte ska ske. Det är inte frågan om allt eller inget, med jämkning kan domstolen sätta en nivå på vitet som är lämplig i just den aktuella situationen, utan att det ska betraktas som en generell skälighetsnivå. Skäligheten i det individuella fallet beror bl.a. på hur förseningen uppkommit, grad av vållande, om omständigheterna inte kunde kontrolleras eller förutspås m.m. Om förseningen är helt hänförlig till naturagäldenären sker sällan jämkning om inte det ackumulerade vitet har blivit väldigt stort gentemot skadan.

7. SLUTSATSER

Fokus för denna uppsats har varit den ersättning som kan utgå vid försening då en vitesklausul har begagnats mellan kommersiella parter. För att undersöka när högre och lägre ersättning kan utgå har ett antal frågeställningar analyserats. Närmare bestämt har följande frågor analyserats: ändamålet med vitesklausuler, vitesklausulen som ansvarsbegränsning och jämkning av vite.

En faktor som avgör om högre eller lägre ersättning kan utgå jämfört med vitet är den gemensamma partsavsikten med vitesklausulen eller vad som explicit står i avtalet om möjligheten för beställaren att erhålla högre eller lägre ersättning. I många standardavtal finns en begränsningsregel som stipulerar att ersättning utöver vitet inte ska utgå (t.ex. i AB 04 och NL 09). Står inget explicit i avtalet och kan inte en gemensam partsavsikt utronas får istället en bedömning göras utifrån vad som generellt är ändamålen med vitesklausuler som sanktionerar försening. Detta blir en del av den objektiva tolkningen av avtalet. De generella ändamålen som avses med en vitesklausul kan variera inom olika branscher och olika typer av avtal. I entreprenadförhållanden och vissa andra branscher med välanvända standardavtal är det ofta en ansvarsbegränsning. Det är vanskligt att avgöra vad som gäller på dessa områden då inte det dominerande standardavtalet använts. I andra förhållanden är det mer osäkert om det går att urskilja några mer allmänna utgångspunkter om ändamålet. Utifrån HD:s dom NJA 2010 s. 629 finns ingen generell huvudregel som gör att en vitesklausul ska bedömas som ansvarsbegränsande. Vitesklausulens närmare innebörd måste i sådana fall tolkas från fall till fall för att bedöma om den har en ansvarsbegränsande effekt. Om det är ett ensidigt upprättat avtal kan oklarhetsregeln få en framträdande roll. Part som vill göra gällande en ansvarsbegränsande vitesklausul till sin egen fördel gör bäst i att se till att det klart framgår av avtalet att klausulen är ansvarsbegränsande. I andra fall riskerar vitesklausulen inte att ses som ansvarsbegränsande, vilket leder till att ytterligare skadestånd kan krävas om dispositiva regler ger utrymme för det. Om part som inte upprättat avtalet uppfattar vitesklausulen på ett visst sätt och denna uppfattning har fog för sig, gäller den partens uppfattning i normalfallet, enligt HD:s dom i NJA 2010 s. 629. Om avtalet med vitesklausulen upprättats tillsammans av parterna blir det mer intressant att fokusera på det som allmänt ses som ändamålen med vitesklausulen, om ingen annan gemensam partsavsikt kan urskiljas. Det som allmänt anses vara ändamålen kan som

sagt variera utifrån bransch och avtalstyp. Men ett generellt ändamål som i princip alltid gäller är att det ska vara enkelt och snabbt att avgöra ersättningsfrågan vid försening, genom att bevisproblem samt långsamma och kostsamma rättsprocesser undviks. I många fall avser vitet också att vara påtryckande, och i vissa fall avses vitet vara ansvarsbegränsande.

En ansvarsbegränsning genom vite sätts normalt helt åt sidan om förseningen har orsakats genom grov vårdslöshet eller uppsåt. Kanalisering av ansvaret kan dock leda till att ansvarsbegränsningen även gäller vid grov vårdslöshet. Skadestånd ska då gå att få ut från annan, t.ex. ett försäkringsbolag eller en annan aktör som med säkerhet kan klara av att betala skadeståndet. Det har spekulerats i doktrin om att en ansvarsbegränsning skulle kunna åsidosättas även vid lägre nivå än grov culpa. Det är möjligt att så kan vara fallet, men det vanliga bör vara att jämkning sker enligt 36 § AvtL istället.

Om vitet är ansvarsbegränsande kan jämkning ske till ett högre belopp, i andra fall krävs ytterligare skadestånd vid sidan av. På så vis kan ytterligare ersättning utgå vid försening. Vitet kan också jämkas till ett lägre belopp, vilket har förekommit oftare, och som sannolikt ska förekomma oftare, enligt förarbetena, jämfört med jämkning till en högre nivå.

Jämkning ska dock, oavsett i vilken riktning det sker, endast förekomma restriktivt i kommersiella relationer. Smarta affärsbeslut och dåliga affärer ska normalt sett inte korrigeras mellan kommersiella parter. Det ska emellertid inte vara en oskäligen obalans av den risk varje part tar. Detta gäller parternas relation i stort och inte bara ett enskilt avtal. Det viktigaste att undersöka vid bedömningen av oskälighet är hur stor skillnaden är mellan den faktiska skadan och det vitesbelopp som utgår. Är den diskrepansen stor, såväl procentuellt som i reella belopp, kan jämkning ske. Även andra omständigheter måste beaktas. Om den ena parten intar en underlägsen ställning (särskilt beträffande tillgång till resurser, branschkunskap och specialistkunskaper i form av jurister eller annan person med kunskap om avtalsjuridik och särskilt vad vitesklausuler kan få för inverkan på rätten till ersättning) kan större förutsättningar finnas att jämkas vitet. Det kan t.ex. vara en aktör som är nystartad eller precis har gett sig in i en ny bransch som intager en underlägsen ställning.

Även om part inte intar en underlägsen ställning kan jämkning ske om motparten på något sätt agerat kvalificerat klandervärdigt vid avtalets ingående. Vid avtal som löper en längre tid finns också möjlighet att jämkas där ändrade förhållanden, som inte kunde förutspås vid avtalets ingående eller rimligt övervinnas, påverkar möjligheten att hålla tiden (t.ex. ändrade lagar, regler, väderförhållanden). Jämkning bör dock ske mer sällan om parterna kan ha ansetts fördelat risken för de ändrade förhållandena och denna riskfördelning inte kan anses oskäligen varken i sig eller p.g.a. utvecklingen. Hur parterna har agerat tidigare i liknande situationer kan ha skapat en partspraxis som blivit bindande dem emellan. Ett avvikande från partspraxis för att tillämpa avtalet enligt ordalydelsen kan vara oskäligt och leda till jämkning av vitet. Det kan antas att risken är större att vitet anses oskäligt och kan jämkas i de fall då en vitesersättning är standardiserad eller inte har satts i förhållande till priset. Likaså kan ett mer vårdslöst beteende av part leda till att jämkning sker än då inget vållande ligger denna till last.

Även vilken typ av avtal det rör sig om kan ha betydelse samt om vitet är förenat med tidsförlängningsregler. Om avtalet gäller en entreprenad kan det antas att större ofrånkomlig risk för försening finns än vid köp av lagervaror. Då krävs det längre försening och större skada innan vitet jämkas uppåt. Om förseningen är lättare att undvika bör det krävas mindre innan vitet jämkas uppåt eller nedåt. Men om vitesklausulen är förenad med generösa tidsförlängningsregler kan det krävas mindre för att vitet ska bli oskäligt och kan jämkas uppåt, detta eftersom naturagäldenären då redan har skyddsregler till dennes förmån för att undvika att betala vite. Men även vitesklausulens ändamål måste beaktas. En jämningsprövning leder till att det går långsammare att slutligt reglera parternas anspråk vid försening. Dessutom kan intresset av att ansvarsbegränsa sig vara olika starkt i olika situationer. I den bedömningen ingår även försäkringsmöjligheter. I vissa fall kan tänkas att beställaren kan påverka om försening uppkommer eller inte. Om denne inte gjort vad den skulle enligt avtalet kan det leda till jämkning av vitet. Ren passivitet av naturagäldenären kan också leda till jämkning. Tills sist finns också en jämningsregel i standardavtalet AB 04 som kan tillämpas för att jämka vitet nedåt i vissa specificerade fall om AB 04 är avtalsinnehåll. Det leder till att möjligheterna att jämka vitet till ett lägre belopp enligt AB 04 normalt är bättre än enligt allmänna regler. Möjligheten att jämka vitet till ett högre belopp när AB 04 är avtalat är troligtvis, trots de generösa tidsförlängningsreglerna, sämre än enligt allmänna regler. Detta p.g.a. att vitet är en viktig ansvarsbegränsning och kalkyleras med på förhand för att ge offert på en entreprenad. Det tycks annars kunna skönjas att långvariga avtal, där avtalsobjektet är något som ska skapas, har större möjligheter till jämkning då större risk finns för att förhållandena kan ändras. Typexempel på dessa avtal är entreprenader eller andra kontrakt där något ska byggas eller tillverkas. Jämfört med leveransköp av lagervaror blir det betydligt fler omständigheter som kan påverka tidsplanen. Vid leveransköp av prefabricerade varor är det i princip bara leveransen som kan gå snett och då kan oftast en likadan produkt levereras snabbt igen.

Slutligen kan konstateras att det finns en rad olika omständigheter som kan leda till att högre eller lägre ersättning än vitet utgår. Men det kan många gånger vara svårt att nå upp till de höga krav som ställs för att ersättningen ska jämkas eller en ansvarsbegränsning åsidosättas. Om vitet inte är ansvarsbegränsande finns större möjligheter att kräva ytterligare ersättning parallellt med vitet.

Efter att Zlatan och fotbollsförbundet har läst denna uppsats, eller kanske mer sannolikt en jurist med intresse för kontraktsrätt, kan de undvika de fallgropar en vitesklausul kan innebära och förstå dess för- och nackdelar och när jämkning kan ske.

KÄLLOR OCH LITTERATUR

Offentligt tryck

SOU 1974:83 Generalklausul i förmögenhetsrätten. Betänkande av Generalklausulutredningen

SOU 1981:31 Avtalsvillkor mellan näringsidkare. Delbetänkande av konsumentköpsutredningen.

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

Litteratur

Bengtsson, Bertil, Ullman, Harald & Unger, Sven, *Allehanda om skadestånd i avtalsförhållanden*, 2 uppl, Jure Förlag, Stockholm, 2013

Bernitz, Ulf, *Standardavtalsrätt*, 8 uppl, Norstedts Juridik, Stockholm, 2013

Carenholm, Staffan & Lundenmark Lars, *Boken om ABK*, 1 uppl, Svensk Byggtjänst, Stockholm, 2010

Gorton, Lars & Samuelsson, Per, Kontraktuella viten, *Studier i Rättsekonomi, Festskrift till Ingemar Ståhl*, Studentlitteratur, Lund, 2005

Grönfors, Kurt & Dotevall, Rolf, *Avtalslagen – En kommentar*, 4 uppl, Norstedts Juridik, Stockholm, 2010

Hedberg, Stig, *Kommentarer till AB 04 & ABT 06*, 1 uppl, Svensk Byggtjänst, Stockholm, 2007

Hellner, Jan, Hager, Richard & H. Persson, Annina, *Speciell avtalsrätt II Kontraktsrätt 2:a häftet. Allmänna ämnen*, 5 uppl, Norstedts Juridik, Stockholm, 2011

Hellner, Jan & Radetzki, Marcus, *Skadeståndsrätt*, 9 uppl, Norstedts Juridik, Stockholm 2014

Håstad, Torgny, *Köprätt och annan kontraktsrätt*, 6 uppl, Iustus Förlag, Uppsala, 2009

Kleineman, Jan, Grov oaktsamhet som privaträttsligt principproblem, *Festskrift till Lars Heuman*, Jure Förlag, Stockholm, 2008

Leijonhufvud, Madeleine & Wennberg, Suzanne, *Straffansvar*, 8 uppl, Norstedts Juridik, Stockholm, 2009

Lehrberg, Bert, *Avtalsrättens grundelement*, 2 uppl, I.B.A. Institutet för Bank- och Affärsjuridik, Uppsala, 2006

Olsen, Lena, *Ersättningsklausuler – Vite och andra avtalade ersättningar vid kontraktsbrott*, 1 uppl, Liber Förlag, Stockholm, 1986

Ramberg, Christina, *Kontraktstyper*, 1 uppl, Norstedts Juridik, Stockholm, 2005

Ramberg, Jan & Ramberg, Christina, *Allmän Avtalsrätt*, 9 uppl, Norstedts Juridik, Stockholm, 2014

Rodhe, Knut, *Obligationsrätt*, 1 uppl, CE Fritzes, Stockholm, 1956

Samuelsson, Per, *Entreprenadavtal – Särskilt om ändrade förhållanden*, Karnov Group Sweden, Stockholm, 2011

Sandgren, Claes, *Rättsvetenskap för uppsatsförfattare – Ämne, material, metod, och argumentation*, 2 uppl, Norstedts Juridik, Stockholm, 2007

Taxell, Lars Erik, *Avtal och Rättsskydd*, 1 uppl, AB Sydvästkusten, Åbo, Finland, 1972

von Post, Claes-Robert, *Studier kring 36 § avtalslagen med inriktning på rent kommersiella förhållanden*, Jure AB, Stockholm, 1999

Artiklar

Olsen, Lena, *Rättsvetenskapliga perspektiv*, SvJT 2004 s. 105-145

Ramberg, Christina, *Lojalitet i engelsk och svensk avtalsrätt*, Tidskrift for Rettsvitenskap, vol. 126, 4–5/2013, s. 530. ISSN 0040-7143,
<http://www.christinaramberg.se/Articles>

Ramberg, Christina, *Skiljedom om jämkning av ansvarsbegränsning, reklamation, rådgivaransvar, skadeståndsberäkning och prisavdrag*, Juridisk Tidskrift (JT) vid Stockholms Universitet, Nr 4 2010/11 s. 918 ff.

Elektroniska källor

If Skadeförsäkringar AB, *Byggförsäkring, entreprenadförsäkring och försäkring vid anläggningsarbete - företagsförsäkring som uppfyller kraven för AB 04, ABT 06 och NLM 10*,
<http://www.if.se/web/se/foretag/varaforsakringar/byggforetag/pages/byggnanlaggning.aspx> (Information hämtad 2015-04-21)

RÄTTSFALLSREGISTER

Högsta Domstolen:

NJA 1992 s. 130

NJA 1996 s. 118

NJA 2009 s. 672

NJA 2010 s. 629

NJA 2011 s. 600

NJA 2012 s. 597

Hovrätten:

RH 2011:18

Svea Hovrätt, 2010-11-03, mål nr T 4552-10

Svea Hovrätt, 2011-09-27, mål nr T 1085-11

Svea Hovrätt, 2014-02-26, mål nr T 725-13

Svea Hovrätt, 2014-12-15, mål nr T 404-14

Skiljedom:

Profilgruppen AB ./. KPMG Bohlins AB (22 december 2010)
<http://skiljedomforeningen.se/file/profilgruppen-kpmg.pdf>

Danska rättsfall:

UfR 1994 s. 898 - Højesteret dom, 1994-12-23

UfR 1979 s. 931 - Østre Landsrets dom, 1979-06-21

Allmän information

Jag, Albin Hallgren, registrerades på kursen första gången VT 15. Jag har inte omregistrerats och inte heller deltagit i något tidigare examinationstillfälle.