

# Engelskförfattade vitesklausuler i avtal underkastade svensk rätt

Av jur.kand. FILIP KARLSSON<sup>1</sup>

*Att avtal skrivs på engelska blir allt vanligare. Det är inte heller ovanligt att dessa avtal är underkastade svensk rätt, innebärande att svenska avtalstolkningsprinciper ska tillämpas på avtalet. Men frågan om hur engelskförfattade vitesklausuler då ska tolkas, enligt svensk rätt och svenska avtalstolkningsprinciper, står i mångt och mycket obesvarad. Artikeln syftar till att utreda frågan närmare, men också att bidra till den allmänna diskussionen om vitet i svensk rätt. Bland annat argumenteras för en förtydligande terminologi vad gäller vitets syfte samt att vitet, in dubio, anses fungera ersättande.*

## 1 Inledning — En ”ny” terminologi för svensk rätt

Att engelska som avtalsspråk blir allt vanligare är varken förvånande eller en ny upptäckt. I en alltmer globaliserad värld blir vi fler och fler som lär oss att behärska det engelska språket. Dessutom, ju mer specialiserade vi jurister blir, desto oftare förekommer vi i internationella sammanhang.<sup>2</sup> Hur engelskförfattade avtalsvillkor ska tolkas enligt svensk rätt är dock oklart.<sup>3</sup>

För att förstå hur ett specifikt avtalsvillkor, formulerat på engelska, ska tolkas i ett avtal underkastat svensk rätt, är det ändamålsenligt att ha kunskap om hur det specifika avtalsvillkoret bedöms inom såväl engelsk som svensk rätt. Det är också nyttigt att förstå hur rättsordningarna förhåller sig till varandra. Således, efter detta inledande avsnitt, följer två avsnitt med sikte på hur vitesklausuler bedöms enligt engelsk respektive svensk rätt. De båda rättsordningarna jämförs sedermera i ett komparativt avsnitt, där likheter och skillnader lyfts fram. Artikelns huvudsakliga fråga; hur engelskförfattade vitesklausuler bedöms då de förekommer i avtal underkastade svensk rätt, besvaras därför först i artikelns femte och sjätte avsnitt.

Redan inledningsvis ska dock sägas att en vitesklausul inom engelsk rätt antingen utgör *liquidated damages* eller en *penalty*. Rättsföljderna är helt och hållet avhängiga domstolens klassificering. För att avgöra vilken vitestyp det är fråga om, ser domstolen till vitesklausulens funk-

<sup>1</sup> Författaren är verksam som biträdande jurist hos HWF Advokater. Artikeln är baserad på författarens examensarbete från Lunds universitet, se Karlsson, *Vitet i svensk och engelsk rätt: Särskilt om vitesklausuler i kommersiella avtal underkastade svensk rätt*, 2023. Författaren vill också rikta ett tack till Ulf Maunsbach och Peter Westberg för värdefulla inspel och synpunkter.

<sup>2</sup> Se Bryde Andersen, 'Sprogets rolle i nordisk retssamarbejde: Muligheder og begrænsninger', i: Kleineman (red.) *Nordiska förmögenhetsdagarna*, 2018, s. 16 ff.

<sup>3</sup> Jfr Ramberg & Ramberg, *Allmän avtalsrätt* (12:e uppl.), 2022, s. 195.

tion och syften. Inom engelsk rätt är det därför *nödvändigt* att identifiera vitesklausulens funktion och syften.<sup>4</sup>

Även svensk rätt tar stor hänsyn till vitesklausulens funktion och bakomliggande *syften* då domstolen avgör om en vitesklausul ska jämkas (eller åsidosättas) enligt 36 § AvtL. Däremot är det sällan ett vite inom svensk rätt benämns som något annat än just *vite*. Civil law-länder gör nämligen inte samma tydliga distinktion mellan olika vitestyper som man gör inom common law.<sup>5</sup> Klami-Wetterstein uttrycker sig emellertid klokt: Även om det inte är *nödvändigt* att identifiera vitets funktion eller skilja mellan dess funktioner, är det nog ändamålsenligt för argumentationen att identifiera vad som är vitets funktion och förstå varför vitesklausulen använts i det enskilda avtalsförhållandet.<sup>6</sup>

Jag skiljer därför mellan fyra olika vitestyper inom svensk rätt, beroende på vitets bakomliggande syften: Viten som har till främsta syfte att *begränsa* ersättningsskyldigheten för gäldenären vid avtalsbrott, vilka benämns *begränsningsviten*<sup>7</sup>; viten som har till främsta syfte att *ersätta* borgenären för den skada som uppstått på grund av avtalsbrottet, vilka benämns *ersättningsviten*; viten som har till främsta syfte att fungera som *påtryckningsmedel* för att gäldenären ska prestera avtalsenligt, vilka benämns *påtryckningsviten*; och viten som har till främsta syfte att *straffa* gäldenären, vilka benämns *straffviten*.

Till dessa fyra olika vitestyper gör sig även ett femte syfte gällande: *konfliktlösningssyftet*.<sup>8</sup> Konfliktlösningssyftet benämns dock inte som konfliktlösningssyftet. Det beror på att konfliktlösningssyftet ses som ett *kompletterande* syfte och förekommer tillsammans med *begränsnings-, ersättnings-, påtrycknings- eller straffviten*. Medan de olika vitestyperna tar sikte på hur vitesbeloppet förhåller sig till faktisk liden skada, syftar i stället konfliktlösningssyftet till att tillgodose parternas intresse av att undvika långdragna processer och bevisvårigheter om skada och skadans uppkomst samt att vitesklausulen ska utgöra en för parterna förutsebar påföljd för avtalsbrott. I konfliktlösningssyftet ligger också ett intresse av att vitet ska fungera konflikthämmande.<sup>9</sup>

<sup>4</sup> Se vidare 2.1

<sup>5</sup> Se Hachem, 'The Future of Agreed Sums Payable upon Breach of an Obligation', *European Journal of Law Reform*, vol 13 iss. 3–4, 2011, s. 631.

<sup>6</sup> Se Klami-Wetterstein, 'Avtalsvite och dess funktioner i det avtalsrättsliga systemet — några anmärkningar från ett finskt perspektiv', i: Kleineman (red.) *Nordiska förmögenhetsrättsdagarna*, 2018, s. 153.

<sup>7</sup> Begreppet har valts för att få en enhetlig terminologi. Mer vanligt är att benämna det som en *ansvarsbegränsning*.

<sup>8</sup> Begreppet är inspirerat av Olsens begrepp konfliktlösningssyftet, se Olsen, *Ersättningsklausuler: vite och andra avtalade ersättningar vid kontraktsbrott*, 1993, s. 30; Andra begrepp som förekommer är *avvecklingssyftet*, se Dryselius, *Avtalsviten — effekter och rättsverkningar*, 2019, s. 294.

<sup>9</sup> Se bl.a. Dryselius, a.a., 2019 s. 294; Olsen, a.a., 1993, s. 30; Taxell, *Avtal och rättskydd*, 1972, s. 442; Klami-Wetterstein, a.a., s. 149 ff.

Begreppen är inte nya i sig, utan förekommer i doktrinen.<sup>10</sup> Terminologin är dock långt ifrån allmänt vedertagen. Det gäller särskilt distinktionen mellan *påtrycknings-* och *straffvitet*. Det är inte ovanligt att man talar om vitets *straffande* element i samband med vitets *påtryckningseffekt*.<sup>11</sup> Som kommer att framgå i artikeln, menar jag dock att rättsföljderna skiljer sig markant beroende på om vitet klassificeras som ett *straffvite* eller *påtryckningsvite*.

Den — i min mening något slarviga — begreppsanvändning som förekommer i doktrin kan möjligtvis förklaras av att man i förarbeten uttalat att vitesklausuler ofta har blandade syften och att någon gränsdragning mellan olika typer av vitesklausuler inte är nödvändig.<sup>12</sup> Jag ifrågasätter inte heller att en och samma vitesklausul kan ha olika syften, utan detta bör snarare belysas och betonas.<sup>13</sup> Gränsdragningen mellan vitestyperna kan därför sägas vara ”flytande”. Till exempel kan ett *ersättningsvite* ha mer eller mindre påtryckande syfte och ett *påtryckningsvite* kan ha mer eller mindre ersättande syfte. Dessutom har samtliga viten, *begränsnings-*, *ersättnings-*, *påtrycknings-* och *straffviten*, ett mer eller mindre framträdande *konfliktlösningssyfte*. Terminologin kan således sägas ta sikte på vilket syfte som är vitesklausulens främsta.

## 2 Vitet i engelsk rätt

### 2.1 De båda testen inom engelsk rätt

Som nämndes inledningsvis, utgör en vitesklausul inom engelsk rätt antingen *liquidated damages* eller en *penalty*. Gränsdragningen är absolut: En vitesklausul i ett och samma kontrakt kan inte vara *liquidated damages* i förhållande till vissa kontraktsbrott, och *penalty* i förhållande till andra.<sup>14</sup> Bedöms vitet utgöra *liquidated damages* utgår vitesbeloppet till fullo, förutsatt att vitesklausulen omfattar avtalsbrottet.<sup>15</sup> Vitesbeloppet är exklusivt och det finns inte någon jämkningmöjlighet.<sup>16</sup> Bedöms vitet i stället utgöra en *penalty*, är vitesklausulen i stället ”wholly unenforceable”.<sup>17</sup>

<sup>10</sup> Terminologin är särskilt inspirerad av Olsen, som identifierar fyra ”intressen”; *begränsningsintresset*, *ersättningsintresset*, *påtryckningsintresset* och *konfliktlösningssintresset*. Se Olsen, a.a., 1993.

<sup>11</sup> För några exempel, se von Post, Studier kring 36 § avtalslagen med inriktning på rent kommersiella förhållanden, 1999, s. 198; Ekelöf, Straffet, skadeståndet och vitet: En studie över de rättsliga sanktionernas verkningssätt, 1942, s. 129 & 207; Bullarbo, Om straffande vitens skälighet: Och gränsdragningen mellan normerat skadestånd och straffvite, 2016; Karlsson, Vitesklausuler — vid dröjsmål i kommersiella avtal, 2006, s. 30; Olsen, a.a., 1993, s. 96 och däri gjorda hänvisningar till liknande uttalanden gjorda i andra nordiska länder.

<sup>12</sup> Se prop. 1975/76:81 s. 141; SOU 1974:83 s. 170; Jfr Dryselius, a.a., 2023, s. 42.

<sup>13</sup> Jfr SOU 1915:1 s. 149 f.

<sup>14</sup> Jfr McGregor, *McGregor on damages* (18:e uppl.), 2009, s. 490.

<sup>15</sup> Se McGregor, a.a., 2009 s. 493 f.

<sup>16</sup> Se bl.a. *Tullet Prebon Group Ltd v El-Hajjali* [2008] EWHC 1924 (QB); Halson, *Liquidated Damages and Penalty Clauses*, 2018 s. 75 ff. & 83 ff.; Beale, *Chitty on Contracts Vol. 1 General Principles* (34:e uppl.), 2021, s. 2200.

<sup>17</sup> Se *Cavendish* p. 9 & 291; Se vidare 2.2; Karlsson, a.a., 2023, s. 23 ff.

För att avgöra om vitesklausulen utgör *liquidated damages* eller *penalty* har domstolen, fram till avgörandet i *Cavendish*, använt sig av *genuine pre-estimate of damage*-testet, formulerat av Lord Dunedin i *Dunlop*.<sup>18</sup> Testet innebär, kortfattat, att vitesbeloppet ska utgöra en på förhand gjord genuin uppskattning av den skada som ett framtida avtalsbrott kan komma att innebära. Vitet tillåts inte, enligt *genuine pre-estimate of damage*-testet, att fungera avskräckande.<sup>19</sup> I *Cavendish* framhöll dock Storbritanniens högsta domstol att ett vite tillåts fungera avskräckande under förutsättning att vitesbeloppet uppfyller *legitimate interest*-testet. Detta test kom att formuleras på lite olika sätt, men tycks innehålla samma två ”steg” som bäst kommer till uttryck genom Lord Mances formulering: Till att börja med ska domstolen avgöra om ett legitimt intresse skyddas av klausulen (hädanefter benämns detta som ”steg I”). Det är först då ett sådant legitimt intresse identifierats som domstolen ska gå vidare och avgöra om vitesbeloppet är överdrivet, orimligt eller oskäligt i förhållande till detta identifierade legitima intresse (hädanefter, ”steg II”).<sup>20</sup>

Även om domstolen i *Cavendish* riktade skarp kritik mot att de av Lord Dunedin presenterade reglerna erhållit i princip lagstadgad status, åsidosatte domstolen inte det äldre *genuine pre-estimate of damage*-testet helt och hållet. Man menade att Lord Dunedins regler fortfarande var väl anpassade för enklare klausuler i standard- eller konsumentavtal,<sup>21</sup> och att testet fungerat utmärkt i majoriteten av fallen sedan *Dunlop*.<sup>22</sup> Hur dessa uttalanden ska förstås, och huruvida testen ska samexistera, har varit uppe för diskussion i doktrin.<sup>23</sup> För egen del menar jag att *genuine pre-estimate of damage*-testet bör utgöra utgångspunkten. Om vitesbeloppet uppfyller *genuine pre-estimate of damage*-testet, utdöms vitesbeloppet så som *liquidated damages*. Om testet inte uppfylls, kan borgenären påstå att vitesklausulen skyddar ett *legitimate interest*. Lyckas då borgenären bevisa och uppfylla *legitimate interest*-testet, utgör vitesklausulen *liquidated damages* och borgenären får vitesbeloppet utdömt.<sup>24</sup> Klargörande uttalanden från domstolen vore dock önskvärda.

## 2.2 Penalty-klausuler som en övre gräns?

Oavsett vilket test som används, ska bedömningen om vitet utgör *liquidated damages* eller *penalty* göras *ex ante*, det vill säga utifrån kon-

<sup>18</sup> Se *Dunlop Pneumatic Tyre Co Ltd v New Garage and Motor Company Ltd* [1915] AC 79 [cit. *Dunlop*] s. 86–88.

<sup>19</sup> Se *Cavendish Square Holdings BV v Makdessi* [2013] EWCA Civ 1539 p. 125.

<sup>20</sup> Se *Cavendish Square Holding BV v Makdessi* [2015] UKSC 67 [2015] 3 WLR 1373 [cit. *Cavendish*] p. 152; För övriga formuleringar, se *Cavendish* p. 16 & 255.

<sup>21</sup> Se *Cavendish* p. 22.

<sup>22</sup> Se *Cavendish* p. 25; Uttalandet har ifrågasatts, se Halson, a.a., 2018, s. 71 ff.

<sup>23</sup> Se Halson, a.a., 2018, s. 50 & 71 ff.

<sup>24</sup> Testens samexistens och förhållande till varandra diskuteras i min uppsats, se Karlsson, a.a., 2023 s. 22 f.

traktstillfället. Synsättet är nämligen detsamma i såväl *Cavendish*<sup>25</sup> som *Dunlop*<sup>26</sup> och har bekräftats i rättsfall från såväl innan<sup>27</sup> som efter<sup>28</sup> *Cavendish*. Att bedömningen görs *ex ante* innebär att en vitesklausul, vars vitesbelopp *vid kontraktstillfället* framstod som oskäligt, bedöms vara en *penalty*. Det är därför irrelevant om det sedermera *ex post*, det vill säga *vid kontraktsbrottstillfället*, visar sig att vitesbeloppet trots allt understiger faktisk liden skada. Således är det möjligt (även om situationen torde vara ovanlig) att en *penalty* understiger faktisk liden skada.<sup>29</sup> Frågan är då om vitesbeloppet i *penalty*-klausulen utgör en övre gräns — ett ”tak” — för vad skadelidande kan få i ersättning?

Engelsk domstol har haft möjlighet att bringa klarhet i frågan, men har då valt att lämna frågan öppen<sup>30</sup> eller nöja sig med att konstatera att frågan är ”by no means clear”<sup>31</sup>. Den första slutsatsen som kan dras är därför att rättsläget är just ”by no means clear”, åtminstone fram till att domstolen har tagit ställning i form av ett uttalande *ratio decidendi*. Jag menar dock att *penalty*-klausulen bör utgöra ett tak. Om vitesbeloppet inte utgör ett tak, riskerar man att hamna i den absurda situationen att en borgenär som försökt avtala om en tillåten vitesklausul försätts i en sämre situation än en borgenär som medvetet avtalat om en otillåten vitesklausul. Att *penalty*-klausulen ska utgöra ett tak finner även stöd i ett kanadensiskt rättsfall.<sup>32</sup>

### 3 Vitet i svensk rätt

#### 3.1 Vitet är, *in dubio*, ett ersättningsvite

Vitets ersättande funktion är sällan ifrågasatt, även om inte alla framhåller den ersättande funktionen som vitets mest centrala.<sup>33</sup> När det gäller *ersättningsvitet* är förarbetena till 36 § AvtL av intresse. I dessa talar man nämligen om villkor ”som föreskriver att en avtalspart som inte fullgör sina åtaganden ska erlägga ett på förhand bestämt belopp som skadestånd”, samt att detta är villkor ”som innefattar en förhandsuppskattning av framtida skadestånd”.<sup>34</sup> Det tycks, i min mening, som att man i förarbetena talar om villkor som motsvarar vad som här benämns som ett *ersättningsvite*.

Uttalandena som görs i samband med att dessa villkor diskuteras blir därför än mer intressanta. Man menar nämligen att denna typ av avtalsvillkor inte utgör den typiska vitesklausulen, utan att detta är en *annan* typ av avtalsvillkor som visserligen ”har stora likheter med de typiska

<sup>25</sup> Se *Cavendish* p. 9 & 243.

<sup>26</sup> Se *Dunlop* s. 86–88.

<sup>27</sup> Se bl.a. *Murray v Leisureplay Plc* [2005] EWCA Civ 963 p. 69.

<sup>28</sup> Se bl.a. *Hayfin Opal Luxco 3 SARL v Windermere VII CMBS Plc* [2016] 4 WLUK 151 p. 137.

<sup>29</sup> Halson, a.a., 2018, s. 74 & 88.

<sup>30</sup> Se *Cellulose Acetate Silk Co v Widnes Foundry* (1925) Ltd [1933] A.C. 20, p. 26.

<sup>31</sup> Se *Robophone Facilities v Blank* [1966] 1 W.L.R. 1428 s. 1446.

<sup>32</sup> Se *Elsley v JG Collins Insurance Agencies Ltd* [1978] 2 SCR 916, särskilt s. 938.

<sup>33</sup> Se bl.a. Olsen, a.a., 1993, s. 23 & 30; Dryselius, a.a., 2019, s. 293 f.

<sup>34</sup> Se prop. 1975/76:81 s. 141.

vitesklausulerna”.<sup>35</sup> Det typiska vitet menar man i stället kan ”antas ha till uppgift att utgöra en påföljd med penal karaktär” samt att det ”har ett utpräglat preventivt syfte”.<sup>36</sup> I min mening tycks man i förarbetena tala om påtryckningsvitet och/eller straffvitet som det typiska vitet, och att ersättningsvitet är *något annat*.

Det är här HD:s uttalanden i NJA 2018 s. 834 kommer in i bilden. Till skillnad från förarbetena, ansåg domstolen att ”[m]ed vite avses i kontraktsrättsliga sammanhang *en i förväg avtalad ersättning för skada*” samt att vitet ”utgör ett på förhand *normerat skadestånd*” (mina kursiveringar).<sup>37</sup> HD anser alltså att vitet i normalfallet syftar till att ersätta den skadelidande parten för den skada som uppstår till följd av avtalsbrottet. Annorlunda uttryckt innebär detta att vitet, enligt HD, i normalfallet utgör ett *ersättningsvite*. För tydlighetens skull menar jag att uttalandet därför kan skrivas om på följande sätt för att överensstämma med den terminologi som används i artikeln: ”[m]ed vite avses i kontraktsrättsliga sammanhang [*ett ersättningsvite*]”. HD har med detta uttalande skapat en *in dubio*-regel som lyder: ”Vitesklausuler utgör, *in dubio*, ett *ersättningsvite*.”

Att här påstå att HD skapat en *in dubio*-regel till förmån för vitets ersättande syfte kan framstå som både kontroversiellt och revolutionerande, men domstolen har i praxis ofta satt just vitets ersättande syfte framför det påtryckande syftet.<sup>38</sup> HD:s uttalande i NJA 2018 s. 834 bör därför inte ses som en anomali.<sup>39</sup> I stället menar jag att uttalandena i förarbetena numera är något missvisande. Villkor som utgör ”ett på förhand bestämt belopp som skadestånd” (det vill säga *ersättningsviten*) är inte avtalsvillkor ”som har stora likheter med den typiska vitesklausulen”<sup>40</sup> — sådana avtalsvillkor är i stället just vad som utgör *den typiska vitesklausulen*.

### 3.2 Påtrycknings- och straffvitet, samt varför det är viktigt att skilja mellan rättsmissbruks- och chikanförbudet

Vitets påtryckande funktion framhålls ofta i doktrin.<sup>41</sup> Det förekommer att man talar om vitets ”penala karaktär” i samband med vitets påtryckningsfunktion.<sup>42</sup> Jag menar dock att det påtryckande syftet ska hållas isär från det straffande. Som typexempel på hur det påtryckande syftet skiljer sig från det straffande, kan nämnas det allmänna skadeståndet.

<sup>35</sup> Se prop. 1975/76:81 s. 141 f.

<sup>36</sup> Se SOU 1974:83 s. 170 & 172.

<sup>37</sup> Se NJA 2018 s. 834 p. 13 & 26; Just *normerat skadestånd* används av Westberg, som jag menar använder begreppet på ett liknande sätt som jag använder *ersättningsvitet*. Se Westberg, *Konflikt och kontrakt*, 2020, s. 162.

<sup>38</sup> Se Olsen, a.a., 1993, s. 223 där Olsen undersökt praxis på området. Olsen menar dock att man i praxis har tillmätt *konfliktlösningssyftet* stor betydelse.

<sup>39</sup> Jfr Dryselius, a.a., 2022, s. 161.

<sup>40</sup> Prop. 1975/76:81 s. 141 f.

<sup>41</sup> Se bl.a Taxell, a.a., 1972, s. 442; Adlercreutz m.fl., *Avtalsrätt 1* (14:e uppl.), 2016 s. 240; Gorton & Samuelsson, 'Kontraktuella viten', i: Dahlman (red.), *Studier i rätts ekonomi: Festskrift till Ingemar Ståhl*, 2005, s. 99.

<sup>42</sup> Se not 11.

Det brukar sägas att det allmänna skadeståndet är såväl påtryckande som ersättande, men inte straffande.<sup>43</sup>

Att vitet tillåts fungera påtryckande, får anses okontroversiellt att fastslå. Den mer komplicerade frågan är om *straffvitet* är tillåtet enligt svensk rätt? Westberg menar att det är oklart.<sup>44</sup> I NJA 2018 s. 834, som diskuterats tidigare, nämns *straffskadestånd* och *böter* som exempel på sådant som inte har eller behöver ha någon koppling till faktisk skada.<sup>45</sup> Vidare har HD i ett annat rättsfall uttalat att det preventionspåslag som görs i avskräckande syfte i diskrimineringsfall är en form av straff samt att *straffskadestånd* är något som saknar hävd i svensk rätt.<sup>46</sup>

I förarbetena till AvtL sägs att det ofta finns anledning att jämka eller åsidosätta villkor som endast används i repressaliesyfte eller för att chikanera sin motpart.<sup>47</sup> Vidare nämns situationen då en borgenär chikanerar sin motpart som ett typexempel på vad som utgör missbruk av rättighet.<sup>48</sup> Förarbetena skiljer dock inte på *rättsmissbruks-* och *chikanförbudet*.

Jag menar att distinktionen mellan *rättsmissbruks-* och *chikanförbudet* är mycket viktig.<sup>49</sup> *Rättsmissbruksförbudet* är ett förbud mot att utkräva av en rättighet som visserligen grundar sig i ett legitimt intresse, men där utkrävandet inte kan sägas stå i proportion till motpartens börda.<sup>50</sup> *Chikanförbudet* är i stället ett förbud mot att hävda en rättighet i syfte att skada någon annan. Undén definierar det som ”ett uppträdande varigenom en person söker utnyttja den formella rättshandling han innehar på ett sätt som är ägnat att skada en annan, utan att något legitimt intresse hos honom själv är för handen eller rentav i direkt skadegörande syfte”.<sup>51</sup> *Chikanförbudet* bygger därutöver på ett uppsåt att vilja skada sin motpart.<sup>52</sup> Jag menar att det är just *chikanförbudet* som aktualiseras om ett straffande syfte med vitesklausulen kan påvisas och att *straffvitet* därför är otillåtet enligt svensk rätt.<sup>53</sup>

### 3.3 Kort om jämkning

Det är viktigt att slå fast vad som gäller enligt avtalet *innan* frågan om eventuell jämkning aktualiseras. För att citera Adlercreutz och Gorton: ”först måste en bestämmelses innebörd och tillämplighet fastställas

<sup>43</sup> Se Westberg, a.a., 2020, s. 162 not 223.

<sup>44</sup> Se Westberg, a.a., 2020, s. 162 f.

<sup>45</sup> Se NJA 2018 s. 834 p. 25.

<sup>46</sup> Se NJA 2014 s. 499 I p. 33 och 35.

<sup>47</sup> Se prop. 1975/76:81 s. 119.

<sup>48</sup> Se SOU 1974:83 s. 155, 162 & 170 f.; NJA 1996 s. 389.

<sup>49</sup> Att skilja mellan förbuden är inte självklart. Jfr Evald, *Rettsmissbruk i formueretten*, 2001, särskilt s. 15 ff.

<sup>50</sup> Se Munukka, 'Rättsmissbruk: En rättsfigur under framväxt, i: Schultz (red.), *Stockholm Centre for Commercial Law Årsbok*, 2008, s. 158; Jfr Fehr, *Om vitesbestämmelser i aftal enligt svensk rätt: en proff-föreläsning*, 1913, s. 12 f.

<sup>51</sup> Se Undén, 'Om rättsmissbruk eller s.k. chikan.', i *JFT*, 1938, s. 11.

<sup>52</sup> Se Undén, a.a., 1938, s. 26 f.; Att ett subjektivt uppsåt krävs för att aktualisera *chikanförbudet* har kritiserats i annan nordisk doktrin, jfr Evald, a.a., 2001, s. 44 f.

<sup>53</sup> Se vidare 3.4.

innan dess skälighet prövas.”<sup>54</sup> Således är det utifrån avtalstolkning som domstolen ska avgöra vilken vitestyp parterna avtalat om. Är parterna oense om vilket syfte vitesklausulen har, är det *in dubio* ett ersättningsvite.<sup>55</sup>

Vidare, som Grönfors och Dotevall uttrycker det: Oskälighet är ett relationsbegrepp. När man bedömer om något är oskäligt måste man därför ställa sig frågan: ”Är avtalsvillkoret oskäligt *i jämförelse med vad?*”<sup>56</sup>

Något ska också sägas om *abstrakt* och *konkret* bedömning. Ett avtalsvillkor kan nämligen vara oskäligt redan vid en *abstrakt* bedömning, eller först vid en *konkret* bedömning. Den *abstrakta* bedömningen ställer sig frågan om avtalsvillkoret är ogiltigt *som sådant*. Det vill säga om villkoret avviker i så pass hög grad från vad som kan anses godtagbart att *oavsett* omständigheterna i enskilda fallet, är avtalsvillkoret alltid oskäligt. Den *konkreta* bedömningen ställer sig i stället frågan om villkoret är oskäligt utifrån de omständigheter och förhållanden som råder i det enskilda fallet.<sup>57</sup>

### 3.4 Rättsverkningar beroende på vitestypen

I förarbetena till 36 § AvtL har man uttalat att vitesklausuler i allmänhet ska bedömas utifrån förhållandet mellan å ena sidan överträdelsens karaktär och faktisk liden skada och å andra sidan vitesbeloppet. Än mer central blir den faktiskt lidna skadan, enligt förarbetena, vid avtalsvillkor som utgör en ”normaliserad ersättning”, vilket jag menar är avtalsvillkor som utgör ett *ersättningsvite*. Jämkning av sådana avtalsvillkor är nämligen särskilt aktuellt om ”förlusten i det särskilda fallet klart understiger det faktiska beloppet”.<sup>58</sup> Även i doktrin lyfts faktisk liden skada fram som något att ta stor hänsyn till vid oskälighetsbedömningen.<sup>59</sup> Vid *ersättningsviten* menar jag därför att jämningsfrågan bör utgå ifrån att vitesklausulen ska vara skälig i förhållande till *faktisk liden skada*.<sup>60</sup>

Självklart kan inte varje diskrepans mellan faktisk liden skada och vitesbelopp innebära att *ersättningsvitet* jämkas. Det skulle hämma vitesklausulens konfliktlösningssyfte allt för mycket. Dessutom finns det även i *ersättningsviten* ofta ett mer eller mindre framträdande påtryckande syfte.

Om man vid avtalstolkningen i stället kommer fram till att vitesklausulen är ett *påtryckningsvite*, finns det anledning att ta större hänsyn till andra faktorer än faktisk liden skada. Att jämningsfrågan tar

<sup>54</sup> Se Adlercreutz & Gorton, *Avtalsrätt 2* (6:e uppl.), 2010, s. 118; Jfr Westberg, a.a., 2020, s. 524 f.

<sup>55</sup> Se 3.1.

<sup>56</sup> Grönfors & Dotevall, *Avtalslagen: En kommentar* (5:e uppl.), 2016, under rubriken 8 Allmänt om oskälighetsrekvisitet.

<sup>57</sup> Se Grönfors & Dotevall, a.a., 2016, under rubriken 8 Allmänt om oskälighetsrekvisitet; Jfr prop. 1975/76:81 s. 33 ff. & 111.

<sup>58</sup> Se SOU 1974:83 s. 170 f.

<sup>59</sup> Se Taxell, a.a., 1972, s. 445; Ekelöf, a.a., 1942, s. 199 f.

<sup>60</sup> Se vidare Karlsson, a.a., 2023, s. 43 f.

hänsyn till vad som varit parternas syfte, bekräftas också i förarbetena.<sup>61</sup> Vidare sägs det att ett utkrävande av ett vitesbelopp som överstiger faktisk liden skada kan vara berättigat ”därför att påföljden har andra syften än att endast ersätta förlust [...]”.<sup>62</sup> Att parternas bakomliggande syfte med vitet måste tas hänsyn till lyfts också fram i doktrin. Särskilt kan Samuelssons ståndpunkt lyftas fram. Han menar att det föreligger en betydande skillnad när det gäller att styrka oskälighet beroende på om det är fråga om ett *påtryckningsvite* jämfört med om det handlar om ett *ersättningsvite*.<sup>63</sup> Det finns dessutom flera rättsfall från HD där domstolen inte valt att jämkna vitesbeloppet med hänsyn till att borgenären ansetts ha ett tillräckligt starkt *intresse* av att vitesbeloppet ska överstiga faktisk liden skada.<sup>64</sup>

Min slutsats är därför att *påtryckningsviten* ska bedömas utifrån om vitesbeloppet är oskäligt i förhållande till *borgenärens intresse av att vitet ska utgöra ett påtryckningsmedel*. *Påtryckningsvitet* kan således undgå jämkning i situationer där ett *ersättningsvite* hade jämkats. Det sagda innebär emellertid inte att vilken diskrepans som helst mellan faktisk liden skada och vitesbelopp accepteras. Vitesbeloppet kan självklart vara oskäligt även i förhållande till *borgenärens intresse av att vitet ska utgöra ett påtryckningsmedel*, varpå jämkning enligt 36 § AvtL blir aktuellt.<sup>65</sup>

Både *ersättnings-* och *påtryckningsviten* grundar sig i legitima syften. Klausulerna är således inte oskäligen *i sig*, det vill säga redan vid en *abstrakt* bedömning. Då *ersättnings-* eller *påtryckningsviten* jämkas, beror det i stället på att de bedömts oskäligen först vid en *konkret* bedömning. Det är *rättsmissbruksförbudet* som här aktualiseras: Utkrävandet grundar sig visserligen i ett legitimt syfte, men utkrävandet kan inte sägas stå i proportion till motpartens börda.

Annorlunda förhåller det sig med *straffvitet*. Syftet att *straffa* sin motpart är inte legitimt. Det är, för att använda Undéns definition av *chikanförbudet* ”ett uppträdande varigenom en person söker utnyttja den formella rättshandling han innehar på ett sätt som är ägnat att skada en annan, utan att något legitimt intresse hos honom själv är för handen eller rentav i direkt skadegörande syfte”.<sup>66</sup> En sådan vitesklausul är oskälig *i sig*, redan utifrån en *abstrakt* bedömning.

Frågan uppstår då vilken rättsföljd som ska gälla. Antingen *jämkas* vitesklausulen, eller så förklaras den *ogiltig* (åsidosätts). Medan *jämkning* utesluter tillämpning av dispositiv rätt, skapar *ogiltighet* en lucka i avtalet. Denna lucka fylls då ut med dispositiv rätt. I detta fall utgörs

<sup>61</sup> Se prop. 1975/76:81 s. 142; SOU 1974:83 s. 170.

<sup>62</sup> Se prop. 1975/76:81 s. 43 f.; SOU 1974:83 s. 155 f.

<sup>63</sup> Se Samuelsson, Entreprenadavtal: Särskilt om ändrade förhållanden, 2011, s. 223 ff. Samuelsson benämner dessa som vitets disciplinerande funktion respektive vitets kompensande funktion.

<sup>64</sup> Jfr NJA 2012 s. 597 p. 9.

<sup>65</sup> Jfr NJA 2012 s. 597 p. 9.

<sup>66</sup> Se Undén, a.a., 1938, s. 11.

den dispositiva rätten av allmänt skadestånd, vilket innebär att skadelidande får ersättning motsvarande faktisk liden skada.<sup>67</sup>

Vilken rättsföljd som ska utgöra ”normallösningen” vid tillämpningen av 36 § AvtL går inte att säga.<sup>68</sup> När det gäller *straffvitets* rättsföljd, finns det dessutom stöd för både jämkning och ogiltighet som rättsföljd.<sup>69</sup> Min slutsats är emellertid att *ogiltighet* bör gälla som rättsföljd om vitesklausulen klassificeras som ett *straffvite*. På så sätt skapas en önskvärd preventiv effekt och det är även det tillvägagångssättet man valt i Tyskland och också tycks ha valt i Danmark.<sup>70</sup> Dessutom, som diskuterats ovan, menar jag att det är det snävare *chikanförbudet* som aktualiseras vid *straffviten*, vars rättsföljd enligt Munukka är att rättigheten inte kan åberopas.<sup>71</sup>

En annan sak är, som Hemmo påpekar, att det kan vara svårt att bevisa att borgenären har ett skadesyfte — ett uppsåt att skada sin motpart.<sup>72</sup> Uppsåtet är ju, enligt Undén, en förutsättning för att *chikanförbudet* ska aktualiseras.<sup>73</sup> Bevissvårigheterna torde göra sig särskilt gällande i fråga om vitesklausuler eftersom borgenären ofta kan hävda att syftet varit påtryckande och inte straffande. Det innebär att det i praktiken oftast lär bli en fråga om vitesbeloppet går utöver vad som är skäligt för ett *påtryckningsvite*. Det bör dock, i min mening, vara borgenären som har att bevisa ett påtryckande syfte med klausulen. Om inget särskilt syfte med klausulen kan bevisas bör vitet annars, i enlighet med *in dubio*-regeln, utgöra ett *ersättningsvite*.<sup>74</sup>

### 3.5 Vitets exklusivitet

Frågan om vitets exklusivitet<sup>75</sup> är först och främst en materiell fråga som kan avgöras genom en överenskommelse mellan parterna.<sup>76</sup> Vidare aktualiseras frågan endast om vitesbeloppet understiger faktisk liden

<sup>67</sup> Se Dryselius, a.a., 2019, s. 256–259; Angående vitets exklusivitet, se 3.5 nedan.

<sup>68</sup> Se SOU 1974:83 s. 120; von Post, a.a., 1999, s. 252; Grönfors och Dotevall tycks mena att jämkning utgör förstahandsvalet och ogiltighet kommer i andra hand, se Grönfors & Dotevall, a.a., 2016, under rubrik 24 Allmänt om rättsföljderna.

<sup>69</sup> Se Karlsson, a.a., 2023, s. 46 f. och däri gjorda hänvisningar.

<sup>70</sup> Jfr SOU 1974:83 s. 120; U 1987.526 H; U 1981.300 H; U 2004.1968 V.

<sup>71</sup> Se Munukka, a.a., 2008, s. 158. Munukka påpekar dock att rättsföljderna av *rättsmissbruksförbudet* är in casu-betonade, se s. 164.

<sup>72</sup> Se Munukka, a.a., 2008, s. 161 not 110 med hänvisning till Hemmo, ’Irtisanomisvapaus ja pitkäkestoiset liikesopimukset’, i: *Defensor Legis*, 1996, s. 333 ff. Hemmos artikel är skriven på finska, som jag inte behärskar, varför hänvisning här sker till både Munukka och ursprungskällan, vars riktighet jag inte haft möjlighet att kontrollera.

<sup>73</sup> Se Undén, a.a., 1938, s. 26 f.

<sup>74</sup> Frågan om bevisbördans placering diskuteras inte närmare i artikeln av utrymmesskäl.

<sup>75</sup> Med *exklusivitet* menas att endast vitesbeloppet ska utbetalas. Begreppet är allmänt accepterat, men kan problematiseras, se Dryselius, a.a., 2023, s. 79.

<sup>76</sup> Se Dryselius, a.a., 2019, s. 222 f.; Dryselius, a.a., 2023, s. 77 f.

skada, eftersom vitet alltid utgår som en följd av avtalsbundenhet och vite och skadestånd inte kumuleras.<sup>77</sup>

När det gäller huruvida vitet är exklusivt eller inte ställs ersättnings- och påtryckningssyftet mot begränsnings- och konfliktlösnings syftet. Sätts vitets ersättnings- eller påtryckningssyfte i centrum talar det för att vitet ska anses icke-exklusivt eftersom vitesbeloppet annars inte ersätter borgenären fullt ut och i så fall inte heller utgör något påtryckningsmedel gentemot gäldenären. Sätts i stället konfliktlösningsintresset i centrum talar det för att vitet ska anses exklusivt, eftersom skadelidande då inte kan få någon ersättning utöver vitesbeloppet. Att då dra tvisten inför domstol och föra bevisning om faktisk liden skada blir därför mer eller mindre lönlöst. Tydligast för vitets exklusivitet talar emellertid begränsningssyftet. Ett icke-exklusivt vite ger ju skadelidande ersättning med minst faktisk liden skada, eftersom skadelidande kan få ersättning enligt allmänna skadeståndsregler för differensen. Anses vitet icke-exklusivt, faller därför hela begränsningssyftet.<sup>78</sup>

Både Taxell och Olsen framhåller konfliktlösningsintresset då de argumenterar för att vitet *in dubio* är exklusivt. Taxell betonar för sin del att vitet främst är ett avtalsvillkor som utgör en riskfördelning mellan parterna, medan Olsen tar stor hänsyn till gäldenärens behov av att kunna förutse storleken på ett eventuellt ersättningsansvar.<sup>79</sup> Gorton och Samuelsson argumenterar också för vitets exklusivitet, men anser att saken till syvende och sist måste avgöras genom avtals-tolkning.<sup>80</sup>

Just betydelsen av att vitets exklusivitet måste *tolkas* in i avtalet är en central del av Dryselius argumentation (i vilken jag instämmer), som menar att vitet *in dubio* är icke-exklusivt. Dryselius argumenterar utifrån rättsfallen NJA 2010 s. 629 samt NJA 2014 s. 960 där HD i det förra fallet uttalade att någon generell *in dubio*-regel inte existerar. I stället får vitesklausuler ”tolkas utan tillämpning av en sådan hjälpregel”.<sup>81</sup> I det senare rättsfallet kom HD emellertid att bedöma vitesklausulen som exklusiv. Det innebär, enligt Dryselius, att HD i det senare rättsfallet måste *tolkat* vitet som exklusivt. Det är nämligen det enda sättet som rättsfallen är förenliga med varandra.<sup>82</sup>

Det innebär dock inte, i min mening, att Taxell och Olsen har fel i sina respektive resonemang. I många avtal finns det stöd för att *tolka*

<sup>77</sup> Se Dryselius, a.a., 2019, s. 229; Dryselius, a.a., 2023, s. 76; Taxell, a.a., 1972, s. 450 f.; Angående kumulation (som här *inte* används enligt sin processuella betydelse), se Dryselius, a.a., 2019, s. 248 not 570.

<sup>78</sup> Jfr Taxell, a.a., 1972, s. 451 f.; Olsen, a.a., 1993, s. 138 ff.; Dryselius, a.a., 2019, s. 295.

<sup>79</sup> Se Taxell, a.a., 1972, s. 452; Olsen, a.a., 1993, s. 143 & 227.

<sup>80</sup> Se Gorton & Samuelsson, a.a., 2005, s. 99 & 105.

<sup>81</sup> NJA 2010 s. 629 p. 12–13.

<sup>82</sup> Se Dryselius, a.a., 2019, s. 238–248; Dryselius, a.a., 2023, s. 82–88.

vitet som exklusivt.<sup>83</sup> Det gäller särskilt mellan kommersiella parter, som antas ha ett större konfliktlösningsintresse.<sup>84</sup> *In dubio*, gäller emellertid att vitet är icke-exklusivt.

### 3.6 Föreligger ett skaderekvisit enligt svensk rätt?

Dryselius är av uppfattningen att HD:s uttalande i NJA 2018 s. 834 ("[m]ed vite avses i kontraktsrättsliga sammanhang en i förväg avtalad ersättning för skada") inte kan tolkas på något annat sätt än att vitet är villkorat skada. Han menar vidare att uttalandet är oförenligt med NJA 2012 s. 597 och att det därför, med hänsyn till såväl tidigare praxis som doktrin, måste ses som en anomali.<sup>85</sup>

Jag är av annorlunda uppfattning. Som diskuterats ovan, menar jag att uttalandet i NJA 2018 s. 834 ger uttryck för att *ersättningsvitet* är den typiska vitesklausulen, och att vitesklausuler därför *in dubio* utgör *ersättningsviten*. Läser man rättsfallet på så sätt, är det förenligt med NJA 2012 s. 597 och den allmänna uppfattningen i doktrin.<sup>86</sup> Något skaderekvisit föreligger alltså inte enligt svensk rätt. Att vitesbeloppet (om det visas att borgenären inte lidit skada) kommer att jämkas, är en annan sak. I min mening uttrycks rättsläget därför bäst av Taxell:

Förutsättning för utdömande av avtalsvite är inte att borgenären lidit ekonomisk förlust. En annan sak är att avtalsvitet kan nedsättas med hänsyn bl.a. till att förlust inte förekommit.<sup>87</sup>

## 4 Komparativ analys

*Genuine pre-estimate of damage*-testet tar tydligt sikte på att vitesbeloppet ska ersätta borgenären för framtida skada. Rodhe uttalade också, innan *Cavendish*, att viten som syftar till att fungera som påtryckningsmedel bedöms som *penalties* enligt engelsk rätt.<sup>88</sup> Jag menar därför att en vitesklausul som bedöms som *liquidated damages* enligt *genuine pre-estimate of damage*-testet närmast liknas vid ett *ersättningsvite*.

Det i *Cavendish* presenterade *legitimate interest*-testet skiljer tydligt det avskräckande syftet ("deterrent") från det straffande.<sup>89</sup> På ett liknande sätt menar jag att man i svensk rätt ska skilja det påtryckande syftet från det straffande. En vitesklausul som bedöms vara *liquidated damages* utifrån *legitimate interest*-testet överensstämmer därför i min mening med *påtryckningsvitet*.

Som diskuterats ovan, är *legitimate interest*-testet uppdelat i två steg.<sup>90</sup> Uppfyller inte vitesklausulen både steg I och steg II, utgör klausulen en

<sup>83</sup> Jfr Dryselius, a.a., 2023, s. 15 f. och däri diskuterat citat från Göteborgs tingsrätts dom 2022-11-23 i mål nr T 5523-21.

<sup>84</sup> Se Karlsson, a.a., 2023, s. 36 f.

<sup>85</sup> Se Dryselius, a.a., 2022, s. 161; Dryselius, a.a., 2023, s. 49 & 60.

<sup>86</sup> Jfr bl.a. Olsen, a.a., 1993, s. 130 f.

<sup>87</sup> Se Taxell, a.a., 1972, s. 444; Jfr prop. 1975/76:81 s. 43.

<sup>88</sup> Se Rodhe, *Obligationsrätt*, 1956, vid § 52 not 36.

<sup>89</sup> Se *Cavendish* p. 82.

<sup>90</sup> Se 2.1.

*penalty*. Det gäller oavsett om vitesklausulen ”misslyckas” utifrån steg I eller steg II. Rättsföljden härav är att klausulen blir ”wholly unenforceable”, vilket i princip motsvarar ogiltighet.

Jämför vi denna tvåstegsbedömning med svensk rätt, menar jag att det finns stora likheter med den *abstrakta* och *konkreta* bedömningen. Om inget legitimt intresse över huvud taget kan identifieras (steg I) är vitesklausulen oskäligen *i sig*, redan vid en *abstrakt* bedömning. Som diskuterats ovan, utgör det då ett *straffvite*. En vitesklausul som bedöms vara en *penalty* redan utifrån steg I av *legitimate interest*-testet motsvarar därför ett *straffvite*.

Annorlunda förhåller det sig om vitesklausulen bedöms som en *penalty* först utifrån steg II. Här grundar sig visserligen utkrävandet i ett legitimt intresse. Oskäligheten ligger i stället i proportionaliteten. Vitesklausulen kan med andra ord sägas vara oskäligen först vid en *konkret* bedömning. Sådana oskäligen viten är inte att anses som *straffviten*, utan som ett *påtryckningsvite* vars utkrävande har kommit att bli oskäligt.

Något ska också sägas om hur *begränsningsvitet* förhåller sig till de engelska vites typerna. Dessa avtalsvillkor brukar inom engelsk rätt benämnas *underliquidated damages*. Man har uttalat att det är ”most unlikely” att sådana bedöms som en *penalty*, även om det är möjligt.<sup>91</sup> Då de bedöms som *liquidated damages*, är det oklart om så gjorts utifrån *genuine pre-estimate of damage*-testet eller *legitimate interest*-testet. I praktiken spelar det inte heller någon roll. Här räcker det därför med att konstatera att *begränsningsvitet* kan utgöra antingen *liquidated damages* eller *penalties*.

## 5 Tolkning av engelska vitesklausuler i avtal underkastade svensk rätt

Då svensk lag är tillämplig på avtalet, är det svenska avtalstolkningsprinciper som ska tillämpas på avtalet.<sup>92</sup> Det innebär bland annat att en gemensam partsavsikt är avgörande om en sådan går att utröna, samt att det alltid är en helhetsbedömning som ska göras i det enskilda fallet. Att försöka generalisera hur domstolen går till väga när den ställs inför engelska begrepp bör man därför, som Gorton påpekar, vara mycket försiktig med.<sup>93</sup> Jag menar dock att *huvudregeln* är att engelska begrepp översätts och bedöms enligt svensk juridisk-teknisk innebörd.<sup>94</sup> Det är dock endast en huvudregel. För att avgöra vilken juridisk-teknisk inne-

<sup>91</sup> *Tullet Prebon Group Ltd v El-Hajjali* [2008] EWHC 1924 (QB) p. 83.

<sup>92</sup> Jfr Pålsson, *Romkonventionen: Tillämplig lag för avtalsförpliktelser* (1:a uppl.), 1998, s. 98; Cordero-Moss, ”Tacit Choice of Law, Partial Choice and Close Connection”, i: Frantzen m.fl. (red.), *Retts og toleranse: festschrift till Helge Johan Thue: 70 år* (1 uppl.), 2007, s. 371.

<sup>93</sup> Se Gorton, ’Syndicated Loans — Some Thoughts on the Reception of Anglo-American Contract Practice into Swedish Law’, *European Business Law Review*, vol. 17 iss. 2, 2007, s. 332.

<sup>94</sup> Jfr Solvang, *Forsinkelse i havn: risikofordeling ved reisebefraktning* (1 uppl.), 2009, s. 151; Selvig, ’Talking etter norsk eller annen skandinavisk rett av certepartier og andre standardvilkår utformet på engelsk’, *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, vol. 99 iss. 1–2, 1986, s. 3; Hedwall, *Tolkning av kommersielle avtal* (2 uppl.), 2004, s. 148.

börd som ska tillmätas ett visst begrepp, menar jag att nio omständigheter går att identifiera som särskilt betydelsefulla:

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

Varför dessa omständigheter är särskilt viktiga diskuteras mer detaljerat i min uppsats.<sup>95</sup> Några förtydligande kommentarer ska dock göras här för några (dock inte samtliga) av ovanstående punkter.

För det första, torde det vara sällan engelska valts som avtalsspråk i syfte att inkorporera engelsk rätt. Syftet torde desto oftare vara för att parterna vill ha språkligt väl utformade avtal på ett språk båda parter behärskar.<sup>96</sup>

För det andra, om parterna valt ett standardavtal som utformats mot bakgrund av engelsk rätt bör man på ett liknande sätt ställa sig frågan ”varför har parterna valt detta standardavtal?” Svaret torde åtminstone relativt ofta vara ”för att parterna anser att avtalet utgör en rimlig avvägning av båda parter intressen”. Den omständigheten talar då för att avtalet ska tolkas i enlighet med ursprungsförfattarnas avsikt, eftersom avtalsbalansen annars riskerar att rubbas.<sup>97</sup>

För det tredje, om parterna författar ett avtal på engelska och åsyftar engelsk juridisk-teknisk betydelse, ligger det närmast till hands att också välja engelsk rätt. För det fall parterna utpekat svensk rätt, talar

<sup>95</sup> Se Karlsson, a.a., 2023, s. 61–77.

<sup>96</sup> Se Cordero-Moss, a.a., 2007, s. 369; Se Mikelsen, ’Henvisninger til engelsk rett i kontrakter underlagt norsk rett’, *Tidsskrift for Rettsvitenskap* vol. 121 iss. 4–5, 2009, s. 552 f.

<sup>97</sup> Jfr Hedwall, a.a., 2004, s. 155 f. för en liknande argumentation.

det därför för svensk juridisk-teknisk betydelse.<sup>98</sup> Även avtalstolkningsprincipen att skrivet går före tryckt, talar för en sådan tolkning. Om däremot svensk lag är tillämplig enbart på grund av allmänna lagvalsprinciper, talar inte det lika starkt för svensk juridisk-teknisk innebörd.

För det fjärde, om ett begrepp har en tydlig juridisk-teknisk innebörd i engelsk rätt, men saknar särskild juridisk-teknisk innebörd i svensk rätt, ligger det närmare till hands att tolka begreppet just enligt sin engelska juridisk-tekniska innebörd. Som exempel kan nämnas begreppet *best efforts*. Har begreppet däremot en tydlig juridisk-teknisk betydelse även i svensk rätt (begreppet är av *blandad karaktär*), ligger det inte lika nära till hands att tolka enligt engelsk juridisk-teknisk betydelse. Kontrollbegreppet används av Solvang som exempel på ett sådant begrepp.<sup>99</sup>

För det femte, ligger det närmare till hands att tolka begrepp enligt sin engelska juridisk-tekniska betydelse om branschen, i vilket begreppet och avtalet förekommer, har stark anknytning till engelsk rätt.<sup>100</sup> Till exempel, krävs det förmodligen mindre för att tolka ett avtal enligt engelsk juridisk-teknisk betydelse inom sjöfartsområdet, än vad det gör inom andra branscher.

För det sjätte, tar svensk avtalstolkning hänsyn till om tolkningsresultatet framstår som rimligt. Om tolkningsresultatet är orimligt därför att begreppet tillmätts sin engelska juridisk-tekniska betydelse, ligger det därför nära till hands att omtolka begreppet enligt annan juridisk-teknisk innebörd för att nå ett rimligt resultat.<sup>101</sup>

## 6 Engelskförfattad vitesklausul som bedöms enligt svensk juridisk-teknisk betydelse

Även om parternas begreppsanvändning inte tillmätts särskilt stor betydelse i vare sig engelsk eller svensk rätt, skapar ändå begreppet en presumtion för vad parterna åsyftat med klausulen.<sup>102</sup> *Liquidated damages* kan utgöra ett *begränsnings-*, *ersättnings-* eller *påtryckningsvite* medan en *penalty* kan utgöra ett *begränsnings-*, *påtrycknings-* eller *straffvite*.<sup>103</sup> Vilken vitesstyp det engelska begreppet ska översättas till är därför oklart.

Just *penalties* är ogiltiga enligt engelsk rätt, och detsamma gäller för *straffvitet* enligt svensk rätt. Det rimliga antagandet är dock att parterna inte syftat till att vitesklausulen ska vara ogiltig, varför man inte utan

<sup>98</sup> Jfr Mikelsen, a.a., 2009, s. 545 f.

<sup>99</sup> Se Solvang, a.a., 2009, s. 108 f.

<sup>100</sup> Mikelsen, a.a., 2009, s. 543 & 551; Rosengren, 'Engelsk avtalstolkning i ett svenskt perspektiv', *SvJT* 2010 s. 21; Rosengren, 'Tolkning av sjöförsäkringsavtal', *SvJT* 2018 s. 178–211, särskilt s. 196 f. & 211.

<sup>101</sup> Se Mikelsen, a.a., 2009, s. 539; W. Kielland, *Liquidated damages- og penaltyklausuler: Erstatningsklausuler underlagt norsk rett*, 2008, s. 60 f.; Jfr Rosengren, a.a., 2010, s. 3; Selvig, a.a., 1986, s. 2.

<sup>102</sup> Se W. Kielland, a.a., 2008, s. 71 & 130.

<sup>103</sup> Se avsnitt 4; En förtydligande schematisering görs i min uppsats, se Karlsson, a.a., 2023, s. 57.

vidare bör översätta *penalty* till *straffvite*. *Penalty* bör därför översättas till ett *begränsnings-* eller *påtryckningsvite*. Huruvida parterna avsett ett vite i skärpande eller begränsande syfte får avgöras i det enskilda fallet, men likt W. Kielland menar jag att användandet av *penalty* talar för syftet varit att skärpa ansvaret. Vill parterna i stället uppnå ett *begränsningsvite* bör de i stället benämna vitesklausulen som *liquidated damages* eller *underliquidated damages*.<sup>104</sup>

Har parterna använt sig av *liquidated damages* låter sig inte någon vitesyp uteslutas på samma sätt som *straffvitet* kan uteslutas vid *penalties*. I min mening bör huvudregeln dock vara att *liquidated damages* översätts till att motsvara ett *ersättningsvite*. Jag menar att främst tre anledningar talar för en sådan huvudregel: För det första, menar jag att vitet *in dubio* antas fungera ersättande inom både svensk och engelsk rätt. För det andra, har man historiskt sett i doktrinen menat att engelsk rätt endast tillåter ersättande viten. Det får därför antas att många parter, trots avgörandet i *Cavendish*, fortfarande är av den uppfattningen. För det tredje, om vi utgår ifrån att *penalty* som huvudregel ska översättas till att vara ett *påtryckningsvite*, vore det märkligt om *liquidated damages* också som utgångspunkt översätts till *påtryckningsvite*.

## 7 Avslutande reflektioner och slutsatser

*Legitimate interest*-testet har möjliggjort för högre vitesbelopp att utdömas som *liquidated damages* eftersom ett avskräckande syfte numera kan godtas om vitesbeloppet är skäligt i förhållande till ett identifierat legitimt intresse. Det är, i min mening, felaktigt att påstå att svensk rätt (eller civil law) skulle tillåta högre vitesbelopp än engelsk rätt.<sup>105</sup> Skillnaden ligger i stället i rättsföljderna. En vitesklausul som bedöms utgöra en *penalty* på grund av att den misslyckas på steg II är ogiltig ("wholly unenforceable") enligt engelsk rätt, innebärande att borgenären får ersättning som motsvarar allmänt skadestånd (*unliquidated damages*). Motsvarande situation i svensk rätt leder inte till ogiltighet, utan i stället jämkning. Det innebär att borgenärens ersättning, till skillnad från engelsk rätt, kommer att överstiga det belopp han annars hade fått enligt allmänna skadestandsregler. Visserligen är det möjligt att eftersom rättsföljden enligt engelsk rätt alltid är ogiltighet, skapas en preventiv effekt som innebär att vitesbeloppen generellt är lägre inom engelsk rätt. Det är dock en annan sak och innebär inte att svensk rätt tillåter högre vitesbelopp.

Genomgående i artikeln har också argumenterats för användningen av en förtydligande terminologi. Min uppfattning är att man i doktrin, då man diskuterar vitet inom svensk rätt, tenderar att "prata förbi varandra" när man talar om vitets straffande element. Medan vissa argumenterar för att straffvitet är otillåtet, kritiserar detta av andra som

<sup>104</sup> Se W. Kielland, a.a., 2008, s. 56 & 66 ff.

<sup>105</sup> Jfr Mattei, 'The Comparative Law and Economics of Penalty Clauses in Contracts, *American Journal of Comparative Law* vol. 43 iss. 3, 1995, s. 427–444; Uttalandet diskuteras närmare i min uppsats, se Karlsson, a.a., 2023, särskilt s. 57.

menar att vitet inte enbart kan tillåtas fungera ersättande. Att då skilja mellan *påtrycknings-* och *straffvitet* underlättar diskussionen eftersom det gör det möjligt att argumentera för att vitet ska tillåtas fungera i skärpande riktning, utan att man för den sakens skull behöver argumentera för att det skulle vara tillåtet att straffa sin motpart.

Uppdelningen av olika vitestyper underlättar också tolkningen av NJA 2018 s. 834. Rättsfallet bör, i min mening, inte läsas som att vitet enligt svensk rätt innehåller ett skaderekvisit. I stället bör det läsas som att vitet *in dubio* utgör ett *ersättningsvite*.

Att vitet *in dubio* utgör ett *ersättningsvite* innebär dock inte att vitet *alltid* är ett *ersättningsvite*. Vitet tillåts fungera såväl begränsande som påtryckande, varför också *begränsnings-* och *påtryckningsvitet* är tillåtna vitestyper. För att kunna bevisa ett annat syfte än det ersättande, kan det med fördel anges varför vitesklausulen avtalats. Exempelvis talar följande formulering för ett påtryckande syfte: ”Eftersom det är av yttersta vikt att varorna levereras i tid, ska A betala 10 000 kr till B för varje påbörjat dygn som varorna är försenade.”

Artikels slutsats är också att vitet *in dubio* är icke-exklusivt, eftersom någon utfyllande norm som anger att vitet är exklusivt — enligt NJA 2010 s. 629 — inte finns. Vitets exklusivitet är därför något som måste *tolkas in* i avtalet. Emellertid finns ofta stöd för en sådan *tolkning*, särskilt i kommersiella avtal där *konfliktlösningsintresset* gör sig särskilt gällande. Vidare bör uppmärksammas att eftersom vitesklausuler enligt engelsk rätt *alltid* är exklusiva, är användningen av *liquidated damages* eller *penalty* ett tolkningsdatum som talar för att vitesklausulen ska *tolkas* som exklusiv.

När det sedermera gäller att besvara artikelns mer övergripande fråga; hur engelskförfattade vitesklausuler ska tolkas i avtal underkastade svensk rätt, är artikelns slutsats att avtalsvillkor författade på engelska som huvudregel översätts och tillämpas enligt sin svenska juridisk-tekniska innebörd. Det framstår också i min mening som det korrekta tillvägagångssättet. Det motsatta, att som huvudregel tillämpa begrepp enligt engelsk juridisk-teknisk innebörd, riskerar att leda till oväntad och oförutsebar rättstillämpning för avtalsparterna.

Men huvudregeln löser inte alla problem. Även om man kommer fram till att en vitesklausul ska översättas och tillämpas enligt svensk juridisk-teknisk innebörd, kvarstår frågan *hur* begreppet ska översättas. Som diskuterats i avsnitt 6, är artikelns slutsats att begreppet *liquidated damages* talar för ett ersättande syfte, varför det som utgångspunkt bör översättas till *ersättningsvite*. Eftersträvas ett *begränsningsvite*, bör i stället *underliquidated damages* användas. Vidare har det argumenterats för att *penalty* talar för ett vite i skärpande riktning och därför bör översättas till *påtryckningsvite*.

Det sagda innebär att en borgenär som förbiser skillnaden mellan *liquidated damages* och *penalties*, och därför något slarvigt benämner en vitesklausul som *liquidated damages*, trots att det är ett påtryckande syfte

som eftersträvas, riskerar att domstolen tolkar vitet som ett *ersättningsvite*. Borgenären riskerar då att vitesklausulen jämkas i enlighet med rättsföljderna för *ersättningsvitet*, vilket innebär en lägre ersättning än om vitesklausulen översatts till *påtryckningsvite*. Vice versa gäller för en slarvig gäldenär, som riskerar att få ett högre vite utdömt gentemot sig om vitesklausulen benämns som *penalty*, trots att syftet som eftersträvats varit ersättande.<sup>106</sup>

Frågan om hur engelskförfattade avtalsvillkor ska tolkas i avtal underkastade svensk rätt är dock fortfarande oklar. Mycket av den praxis som finns på området återfinns nämligen inom norsk rätt och behandlar sjöfartsområdet. För att vara säker på att vitesklausulen tolkas så som parterna eftersträvat, gör parterna därför klokt i att precisera vilka syften som eftersträvats med vitesklausulen. Parterna kan också, genom avtalsvillkor, ge materiellrättsliga hänvisningar till domstolen om vilken juridisk-teknisk innebörd som åsyftats med avtalets begrepp för att på så sätt få en mer förutsebar rättstillämpning.<sup>107</sup> Ett annat (i min mening mer önskvärt) sätt för att uppnå mer förutsebar rättstillämpning, är att frågan om hur engelskförfattade avtalsvillkor ska tolkas enligt svensk rätt tillägnas mer utrymme i doktrin och praxis.

<sup>106</sup> Jfr W. Kielland, a.a., 2008, s. 63 & 71.

<sup>107</sup> För ett exempel på sådant avtalsvillkor, se Karlsson, a.a., 2023, s. 77 ff.