UPPSALA
UNIVERSITETS
BIBLIOTEK
Svenska avd.

Sv
O
2594

Juridikbok.se

Denna digitala version av verket är nedladdad från juridikbok.se.

Den licens som tillämpas för de verk som finns på juridikbok.se är **Creative Commons CC BY-NC 4.0**. Licensvillkoren måste följas i sin helhet och dessa finner du här https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/legalcode.sv

Sammanfattningsvis innebär licensen följande:

Tillstånd för användaren att:

• Kopiera och vidaredistribuera materialet oavsett medium eller format

• Bearbeta och bygga vidare på materialet

Villkoren för tillståndet är:

• Att användaren ger ett korrekt erkännande, anger en hyperlänk till licensen och anger om bearbetningar är gjorda av verket. Detta ska göras enligt god sed.

• Att användaren inte använder materialet för kommersiella ändamål.

• Att användaren inte tillämpar rättsliga begränsningar eller teknik som begränsar andras rätt att gör något som licensen tillåter.

Se även information på
https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/deed.sv

http://urn.kb.se/resolve?urn=urn:nbn:se:juridikbokse-f43e8

- 4 DEC 1972
UPPSALA

Sv
O
2594

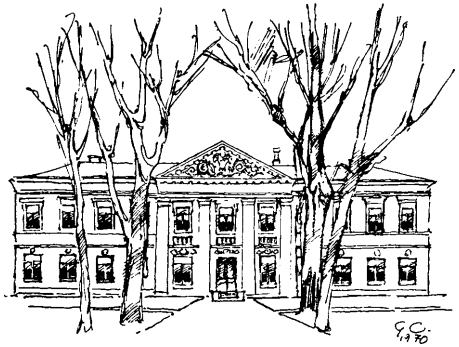
MEDDELANDEN FRÅN INSTITUTET FÖR SAMHÄLLSFORSKNING
UPPRÄTTHÅLLET AV STATSVETENSKAPLIGA FAKULTETEN
VID ÅBO AKADEMI

Ser. A: 72

AVTAL OCH RÄTTSSKYDD

Av

LARS ERIK TAXELL
professor



ÅBO 1972

AVTAL OCH RÄTTSSKYDD

ACTA ACADEMIAE ABOENSIS, SER. A
HUMANIORA
HUMANISTISKA VETENSKAPER · SOCIALVETENSKAPER OCH JURIDIK · TEOLOGI

Vol. 43

AVTAL OCH RÄTTSSKYDD

AV

LARS ERIK TAXELL

ÅBO AKADEMI
ÅBO 1972

Inlämnad 10. 11. 1971

ISBN 951-648-011-x

Ab Sydvästkusten — Åbo 1972

TILL MIN HUSTRU

FÖRORD

Detta arbete handlar huvudsakligen om avtalsbrott (kontraktsbrott).

Det centrala problemet är detta: vad sker om avtal inte fullgöres enligt de regler som gäller för dem? Frågan kan också formuleras på ett annat sätt: huru skall man i fråga om avtal bedöma bristande överensstämmelse mellan faktiskt läge och rättslig reglering?

I stället för det vanligen använda begreppet kontraktsbrott användes termen avtalsbrott.

Olika typer av avtalsbrott angripes ur en och samma synvinkel: parternas faktiska behov av rättsligt skydd. Utgångspunkten för bedömningen är denna: den part, mot vilken ett avtalsbrott riktar sig, presumeras ha ett behov av skydd. För denna part är det angeläget att bli delaktig av avtalets ekonomiska värde trots att avtalet brutits. Detta skyddsbehov tillgodoses vanligen på det sättet att part får vissa krav eller anspråk mot den andra parten — han kan göra påföljder gällande.

Den andra parten har å sin sida ett behov av skydd mot sådana påföljder vilkas genomförande kan orsaka honom ekonomisk förlust eller annan olägenhet. I den konflikt, som ett avtalsbrott normalt betyder, kan parternas skyddsbehov komma att stå mot varandra. Den ena partens intresse bör inte ensidigt tillgodses på den andras bekostnad. Det gäller att företa avvägningar och utjämningar.

Parts skyddsbehov tillgodoses i stöd av rättsregler. Det är fråga om ett rättsskydd — det skydd som rättsordningen ger. Andra skyddsmekanismer, t.ex. ekonomiska sanktioner eller påtryckningar, ägnas inte uppmärksamhet.

När man angriper avtalsbrotten ur rättsskyddets synvinkel, framgår det snart att de har ett nära samband med andra former av extraordinär avveckling av avtalsförhållanden, t.ex. ogiltighetsfallen. Det framstår såsom angeläget att ställa in avtalsbrotten i ett större sammanhang. Rättsskyddssynpunkterna har relevans långt utanför avtalsbrottens krets. Därmed kommer andra slag av s.k. avtalsstörningar in i bilden. Dessa kommer likväl att behandlas endast summariskt. De tas med dels för att belysa rättsskyddsproblematiken i dess helhet, dels för att underlätta bedömningen av avtalsbrotten såväl sakligt som systematiskt.

Med den inriktning, som ges den följande framställningen, kommer denna att omfatta delar av de rättsområden som traditionellt benämnes avtalsrätt och obligations-

rätt. De sakrättsliga aspekterna — skyddet mot tredje man och borgenärsskyddet — har inte tagits med.

Undersökningarna och bearbetningen gäller i första hand den finländska rätten. Framställningen har hela tiden nära kontakt med rättsläget i Sverige, Danmark och Norge. De analyser, som göres i detta arbete, vore knappast möjliga utan det rättsmaterial som dessa länder ebjuder. Till utomnordisk rätt har hänvisningar gjorts endast i begränsad omfattning. Det har närmast skett i sådana fall då en utblick mot främmande rätt kan ge viss vägledning.

Inhemsk rättspraxis har observerats i ganska stor omfattning. Högsta domstolens publicerade avgöranden i avtalsrättsliga tvister ger dock inte alltid de besked, som vore önskvärda, när det gäller bedömningar för vilka man inte finner stöd i lag.

Ett klarläggande i detalj av problematiken kring avtalsbrott och andra avtalsstörningar skulle förutsätta en analys av olika avtalstyper och olika slag av extraordinär avveckling av avtalsförhållanden. Sådana analyser har inte företagits. Utredningarna tar sikte på de allmänna riktlinjerna för bedömningen av avtalsstörningar. De enskilda avtalstyperna och de rättsregler av skiftande karaktär, som gäller med avseende på dem, finns i bakgrunden. De har givit stoff för bedömningarna. Men de har inte i detalj dissekerats.

Det primära syftet med den följande framställningen är att ange och framhäva de synpunkter, omständigheter och argument som normalt är vägledande för bedömningen av avtalsstörningar och deras påföljder samt att peka på de resultat som en sådan bedömning kan leda fram till. Konklusionerna har karaktären av riktlinjer för bedömningen. Det är inte fråga om bindande handlingsregler.

Hovrättsrådet, docenten *Hans Saxén* har givit mig värdefulla synpunkter på de i arbetet behandlade ersättningsfrågorna.

Kontrolluppgifter har i arbetets slutskade utförts av assistenterna, juris licentiaten *Lars Björne* och politices magistern *Peik Eklund*. Den förstnämnde har utarbetat de i slutet av boken ingående förteckningarna och registren.

I allt väsentligt förelåg arbetet färdigt den 10 november 1971 då det anmäldes för intagning i Acta Academiae Aboensis. Efter denna dag tillkommet material har inte beaktats.

Åbo i juli 1972

Lars Erik Taxell

INNEHÅLLSFÖRTECKNING

Kapitel I.

Avtal och avtalsstörningar.

1. Avtalsförhållande — begrepp och terminologi 1
   I. Avtalsförhållande 1. — II. Förpliktelse — rättighet 1. — III. Avtalsbundenhet 3. — IV. Ansvar 4. — V. Framställningens syfte 5.
2. Avtalsstörningar 6
   I. Begreppet avtalsstörning 6. — II. Indelning av avtalsstörningar 7. — III. Termerna borgenär och gäldenär 9. — IV. Termen påföljd 10. — V. Framställningens uppbyggnad 10.
3. Rättspolitiska synpunkter 11
   3.1. Allmänt 11
   3.2. Rättsskydd i avtalsförhållanden 12
   I. Begreppet rättsskydd 12. — II. Rättsskyddets innebörd 13. — III. Rättsskydd genom påföljder 13. — IV. Faktiskt behov av rättsskydd 14. — V. Borgenärens rättsskydd 17. — VI. Gäldenärens rättsskydd 18.
   3.3. Rättssäkerhet 19
   I. Begreppet rättssäkerhet 19. — II. Avtals bindande kraft 21. — III. Förutsebarhet 23.
   3.4. Relationen rättsskydd — rättssäkerhet 23
   I. Allmänt 23. — II. Olika lösningar 25. — III. Kompletterande synpunkter 27.

Kapitel II.

Normer och bedömningsfakta.

1. Allmänt 29
2. Normer i avtalsförhållanden 31
   2.1. Innebörd och terminologi 31
   I. Begreppet norm i avtalsförhållanden 31. — II. Handlingsnormer och påföljdsnormer 33.
   2.2. Avtalsnormer 34
   2.2.1. Egentliga avtalsnormer 35
   I. Uttryckliga avtalsnormer 35. — II. Det som »må anses avtalat» 35.
   2.2.2. Allmänna avtalsvillkor 37
   I. Begrepp och syfte 37. — II. Förutsättningar för normerande verkan 39. — III. Reklamationsskyldighet 42. — IV. Kompletterande synpunkter 44. — V. Parts behov av skydd mot allmänna avtalsvillkor 45.

2.2.3. Normavtal och organisationsbeslut 46
I. Normavtal i allmänhet 46. — II. Kollektivavtal 49. — III. Organisationsbeslut 49.
2.3. Lagnormer 50
I. Begrepp och syfte 50. — II. Dispositiva och absoluta lagnormer 51. — III. Gäller oberoende av parternas vilja och vetskap 52. — IV. Standardnormer (generalklausuler) 53.
2.4. Kutymer 54
I. Begrepp och uppkomst 54. — II. Rättslig betydelse 55. — III. Förutsättningar för kutyms rättsverkan 59.
2.5. Prejudikat 61
I. Begrepp och rättsverkan 61. — II. Faktisk prejudikatverkan 64. — III. Argument för och emot prejudikatverkan 65. — IV. Prejudikaten i relation till domstolarnas sätt att utöva sina funktioner 66. — V. Prejudikatverkningarna i relation till domarnas innehåll 68. — VI. Prejudikatvärdet av HDs avgöranden i avtalsrättsliga frågor 70.
2.6. Allmänna rättsprinciper 73
I. Begrepp 73. — II. Funktioner 75. — III. Förankring i rättsordningen 76. — IV. Uppkomst 77. — V. Skälighetsregeln 78. — VI. Lojalitetsregeln 81.
2.7. Övriga normer 82
I. Allmänt 82. — II. Regler fastställda av offentlig myndighet 82. — III. Reglementen 83. — IV. Tidigare använda förfaranden 84. — V. Part fixerar ensidigt en handlingsnorm 84.
3. Bedömningsfakta 86
3.1. Innebörd 86
3.2. Avtalsbalans 87
3.3. Risker 88
I. Olika slag av risker 88. — II. Riskfördelning 90.
3.4. Orsak — verkan 92
3.5. Vållande (culpa) 93
I. Begrepp (allmänt) 93. — II. Precisering och indelning 95. — III. Vårdslöshet 96. — IV. Graden av vållande 101. — V. Borgenären förfar klandervärt 102. — VI. Vållande hos parts företrädare 104. — VII. Objektivering av culpa 105.
3.6. Medhjälpares fel och försummelser 106
I. Begrepp 106. — II. Olika former 108. — III. Vem är medhjälpare 110. — IV. Relevanta fel och försummelser 112.
3.7. Prestationshinder 113
I. Begrepp, indelning 113. — II. Omöjlighet 114. — III. Rättsliga följder av omöjlighet 118. — IV. Force majeure 119. — V. Händelser som konstituerar force majeure 122. — VI. Relativa prestationshinder 126.

Kapitel III.

Rubbningar i avtalsbundenheten.

1. Allmänt 128
2. Ursprungliga rubbningar 130
2.1. Allmänna synpunkter 130
I. Olika typer av ursprungliga ruboningar 130. — II. Konkurrens mellan normer, avtalstolkning 131.
2.2. Brister i avtalsmekanismen 132
I. Avtalsmekanism — begrepp och funktion 132. — II. Påföljd 134.
2.3. Brister i mellanmans uppträdande 136
I. Mellanman — begrepp och funktion 136. — II. Överträdelse av behörighet och befogenhet 137.
2.4. Ogiltighet 139
I. Begrepp 139. — II. Ogiltighetsgrunder 139. — III. Ogiltighetsreglernas syfte 140. — IV. Culpa in contrahendo 141. — V. Tredje mans rätt 141.
2.5. Gemensamma synpunkter 143
I. Allmänt 143. — II. Rättsskyddsmedel 143. — III. Vem kan åberopa bristande bundenhet 144. — IV. Brister elimineras i efterhand 145. — V. Rättsverkningar av icke-bindande avtal 147.
3. Efterföljande rubbningar 148
3.1. Allmänna synpunkter 148.
I. Problemets innebörd 148. — II. Omständigheter som kan upplösa avtalsbundenheten 149. — III. Inverkan av ändrade förhållanden — alternativa lösningar 151. — IV. Olika varianter av upplösning av avtalsbundenheten 154. — V. För bedömningen relevanta omständigheter 154.
3.2. Jämkning 157
I. Innebörd 157. — II. Jämkningsgrunder 157. — III. Allmän jämkningsregel 159. — IV. Jämkning på grund av omständigheter vid avtalets ingående 160.
3.3. Total upplösning av avtalsbundenheten 160
3.4. Annulering 162
I. Innebörd 162. — II. Betingelser för annulering, rätt till ersättning 163. — III. Annulering — hävning 167.
4. Särskilda fall 168

Kapitel IV.

Avtalsbrott.

1. Allmänna synpunkter 171
I. Begreppet avtalsbrott 171. — II. Orsakerna till avtalsbrott 173. — III. Sammanfattande synpunkter 174. — IV. Typer av avtalsbrott 176.
2. Rättsläget efter avtalsbrott 177
I. Fortsatt avtalsbundenhet 177. — II. Avtalsförhållandets avveckling 178. — III. Påföljder — innebörd 180. — IV. Olika typer av påföljdsregler 182. — V. Straffpåföljd 183.

3. Krav på avtalsprestation 184
I. Innebörd 184. — II. Penningprestationer och naturaprestationer 186. — III. Behovet av rättsskydd såsom grund för krav på avtalsprestation 188. — IV. Uteslutning eller begränsning av krav på avtalsprestation 191. — V. Kompletterande synpunkter 200.
4. Hävning 201
I. Begreppet hävning 201. — II. Avtalsbrott utgör grund för hävning 205. — III. Förutsättningar för hävning 208. — IV. Väsentlighetskravet 214. — V. Vidgad hävningsrätt 221. — VI. Uteslutning av hävningsrätt 222. — VII. Betydelsen av gäldenärens vållande 225. — VIII. Partiell hävning 228. — IX. Hävningsförklaring 230. — X. Borgenärens risk 233. — XI. Hävning—uppsägning 234.
5. Innehållande av prestation 237
I. Begrepp och syfte 237. — II. Särskilt om ensidiga avtalsförhållanden 240. — III. Förutsättningar för innehållande av prestation 240. — IV. Totalt och partiellt innehållande 241. — V. Återkravsrätt 242.
6. Självhjälp (självtäkt) 242
6.1. Allmänna synpunkter 242
6.2. Täckningsavtal (kompensationsavtal) 243
6.3. Kvittning 245
I. Begrepp och syfte 245. — II. Samma avtalsförhållande 246. — III. Olika avtalsförhållanden 247.
6.4. Retentionsrätt 249
7. Ersättning — olika former 252
8. Avtalsersättning 254
8.1. Allmänt 254
I. Begreppet avtalsersättning 254. — II. Avtalsersättning — skadestånd 256.
8.2. Ersättningsansvaret — allmänna synpunkter 259
8.2.1. Den traditionella culparegeln 259
8.2.2. Inbrytningar i culparegeln 261
I. Ansvar för medhjälpare 262. — II. Strikt ansvar 263. — III. Bevisbördan 264. — IV. Avtalsklausuler 267. — V. Domstolarnas motiveringar 267.
8.2.3. Sammanfattning. Alternativ till den traditionella culparegeln 269
I. Sammanfattning och precisering 269. — II. Alternativa lösningar 270.
8.2.4. Rättspolitiska synpunkter 271
I. Parternas behov av rättsskydd 271. — II. Rättssäkerhet 274. — III. Övriga faktorer 276. — IV. Kompromiss 276.
8.3. Riktlinjer för ersättningsansvaret 277
8.3.1. Allmänt 277
I. Allmänt ersättningsschema 277. — II. Culpa-ansvar — strikt ansvar — ansvar för medhjälpare 278. — III. Rättsstridighet, adekvans 279.
8.3.2. Culpa-ansvar 280
I. Innebörd 280. — II. Lagstadgat culpa-ansvar 281. — III. Culpa-ansvar utan stöd i lag 282. — IV. Indirekt och direkt culpa-ansvar 284. — V. Bevisbördan 286. — VI. Kvalificerad culpa 289.
8.3.3. Strikt ansvar 291
8.3.3.1. Allmänna synpunkter 291
I. Innebörd 291. — II. Strikt ansvar enligt lag 291. — III. Strikt ansvar utan stöd i lag 292.

8.3.3.2. Omständigheter som kan betinga strängare ansvar 293
a. Avtalets och prestationens beskaffenhet 293
I. Avtalstypen 293. — II. Olika typer av avtalsprestationer 294. — III. Säljares ersättningsansvar 295. — IV. Fraktförares ersättningsansvar 296. — V. Ansvar för farlig verksamhet 299. — VI. Ansvar för andra naturaprestationer 299.
b. Gäldenären är fackman 300
c. Avtal som led i företagsverksamhet 303
d. Brist på ekonomiska resurser 306
e. Rättsliga fel. Rådighetsfel 307
I. Innebörd 307. — II. Ansvar för rättsliga fel 309. — III. Ansvar för rådighetsfel 311.
f. Särskilda omständigheter 314
8.3.3.3. Befrielsegrunder 317
a. Prestationshinder 318
I. Omöjlighet 318. — II. Force majeure 320. — III. Relativa prestationshinder 323.
b. Borgenärens uppträdande 324
I. Borgenärens avtalsbrott 324. — II. Andra omständigheter 325.
8.3.4. Ansvar för medhjälpare 330
I. Innebörd 330. — II. Lagstadgad ansvarighet för medhjälpare 331. — III. Ansvar för medhjälpare utan stöd i lag 332. — IV. Vållande hos gäldenären 335. — V. Vållande hos viss medhjälpare 335. — VI. Anonyma fel och försummelser 343. — VII. Bevisbördan 344. — VIII. Sammanfattning 345.
8.3.5. Helhetsbedömning 346
8.3.6. Sammanfattning 347
8.4. Avtalsersättningens omfattning 351
8.4.1. Allmänna riktlinjer 351
I. Syftet med avtalsersättningen 351. — II. Komponenter i det positiva avtalsintresset 353. — III. Sakvärde 357. — IV. Utebliven förlust 358. — V. Standardiserad ersättning, ersättning enligt uppskattning 361.
8.4.2. Begränsning av avtalsersättningen 363
I. Allmänna synpunkter 363. — II. Maximerad ersättning 364. — III. Normal ersättning 365. — IV. Utskiljande av vissa ersättningsposter 369. — V. Jämkning av ersättning 370. — VI. Gäldenärens skydd mot omfattande ersättning 373. — VII. Allmän jämkningsregel 376.
8.5. Sekundär avtalsersättning 378
I. Innebörd 378. — II. Olika situationer 380. — III. Skada som drabbat arbetstagare 383.
8.6. Vederlagsersättning 383
I. Parts underlåtenhet att utge egendom 383. — II. Vid betalningsförpliktelser (uppskovsränta) 384. — III. Vid sakprestationer 386. — IV. Avtalsersättning utöver vederlagsersättning 388.
9. Ersättning enligt negativt intresse 390
I. Innebörd 390. — II. Allmänna riktlinjer 392.
10. Ersättning för intressen utan ekonomiskt värde 395
I. Allmänt 395. — II. Sveda och värk 397. — III. Ersättning för affektionsvärde etc. 401.

11. Särskilda slag av ersättning 402
I. Allmänt 402. — II. Vinstersättning 402. — III. Skadebringande egenskaper hos avtalsobjektet 404. — IV. Plikt 409.
12. Minskning av vederlag 411
I. Begrepp 411. — II. Prisnedsättning 413. — III. Allmän påföljd 414. — IV. Oberoende av culpa 416. — V. Beloppet 417.
13. Automatiska påföljder 418
I. Innebörd 418. — II. Avtalet förfaller 418. — III. Faran för avtalsbojektet 421. — IV. Vårdplikt 425.
14. Särskilda påföljder 429
I. Allmänna synpunkter 429. — II. Exempel 430. — III. Surrogat 432. — IV. Prestation i förtid 434.
15. Avtalade påföljder 437
15.1. Allmänna synpunkter 437
15.2. Hävningsklausuler 438
15.3. Avtalad dröjsmålsränta 440
15.4. Avtalsvite 441
I. Innebörd och syfte 441. — II. Förutsättningar 443. — III. Nedsättning av avtalsvite 445. — IV. Ersättning utöver avtalsvite 448.
15.5. Ersättningsklausuler 454
I. Innebörd och syfte 454. — II. Friskrivningsklausuler 455. — III. Vidgat ersättningsansvar 460.
15.6. Force majeure-klausuler 460
15.7. Garantiklausuler 462
15.8. Särskilda påföljdsklausuler 465
16. Reklamation. Krav 468
16.1. Allmänna synpunkter 468
16.2. Reklamation 470
I. Begrepp 470. — II. Status quo-principen 472. — III. Reklamationsfrist 474. — IV. Reklamationssätten 475. — V. Rättsverkan 476.
16.3. Framställande av krav 477

Några sammanfattande synpunkter

I. Rättsskyddstanken 481. — II. Avtalsstörningen såsom konfliktsituation 482. — III. Rättssäkerheten 483. — IV. Principen »allt eller intet» 484. — V. Normer — helhetsbedömning 484. — VI. Systematik — en fråga om ändamålsenlighet 485.

Förkortningar 486

Litteraturförteckning 488

Förteckning över rättsfall 493

Sakregister 500

KAPITEL I

Avtal och avtalsstörningar

1. AVTALSFÖRHÅLLANDE – BEGREPP OCH TERMINOLOGI

I. När ett avtal ingåtts, har ett av rättsliga normer reglerat förhållande uppkommit mellan *parterna* (kontrahenterna). Detta *avtalsförhållande* (avtalsläge) kan gestaltas på de mest olika sätt beroende på avtalstyp, avtalsbestämmelsernas innehåll, avtalets syfte m.fl. omständigheter. Oberoende av huru det enskilda avtalet är utformat innebär det en rättslig reglering, som genom avtalets ingående blivit gällande i parternas förhållande till varandra.

De regler, som ett avtal innehåller eller som det i övrigt aktualiserar (t.ex. gällande lagstadganden), benämnes i det följande *handlingsnormer*. Deras funktion är att reglera parternas ställning, uppgifter och ansvar i det konkreta avtalsförhållandet.

Begreppet handlingsnorm utredes närmare s. 33.

Avtalet får inte uppfattas enbart såsom en rättslig företeelse eller konstruktion. Avtalsförhållandet är framför allt en form och ett medel för *samverkan* (samarbete) mellan parterna för att nå bestämda syften. Såsom garanti för att dessa skall förverkligas behövs det normer av typen rättsregler.

II. Den part, till vilken en handlingsnorm i första hand riktar sig, har en förpliktelse (skyldighet) att företa det som normen ger anvisning om. Normen innehåller ett till honom riktat påbud. För den andra parten gäller en motsvarande rättighet. Han har ett anspråk på att motparten följer handlingsnormen.

Utmärkande för den reglering, som avtalsförhållandet betecknar, är sålunda — schematiskt angivet — uppdelningen i och samspelet mellan förpliktelser och rättigheter. Det kan på vardera sidan i avtalsförhållandet finnas såväl förpliktelser som rättigheter.

De *förpliktelser*, som följer av ett ingånget avtal, framträder sålunda däri att parterna skall följa de för avtalsförhållandet gällande handlingsnormerna. Dessa handlingsnormer utgör delar av rättsordningen (lagstadganden etc.) eller bygger på denna

(avtalade bestämmelser). Åsidosättandet av en handlingsnorm kan enligt rättsordningens föreskrifter leda till sanktioner av olika slag. Förpliktelser, som på detta sätt anknyts till rättsordningen, utgör rättsliga förpliktelser.

Förpliktelser enligt avtal — avtalsförpliktelser — uttrycker vanligen att part skall göra något (positivt) — betala penningar, avlämna gods, utföra arbete etc. Ibland bör part underlåta något (negativt) — t.ex. iaktta ett konkurrensförbud. En förpliktelse kan innefatta en garanti — part svarar för ett visst förhållande, t.ex. att en annan person betalar en skuld eller att köpgods har viss egenskap. Också andra typer av förpliktelser förekommer i avtalsförhållanden, t.ex. borgenärsförpliktelser. Här eftersträvas inte någon systematik för avtalsförpliktelserna.

När en avtalsförpliktelse fullgöres, talar man om *prestation*. Termen prestation användes i den följande framställningen i vid bemärkelse. Den innefattar fullgörelse av avtalsförpliktelser oberoende av vad dessa går ut på — positivt handlande, underlåtenhet, garanti etc. I stället för prestation kan man ofta använda enbart termen fullgörelse. Man säger även att en prestation fullgöres eller att part fullgör avtalet (allt det som avtalet förpliktar honom till).

Det är brukligt att indela avtalsförpliktelserna i huvudförpliktelser och biförpliktelser. De förra bildar det centrala momentet i avtalsförhållandet. Deras fullständiga och riktiga uppfyllande leder till att avtalsförhållandet avvecklas eller, i fråga om varaktiga avtalsförhållanden, att den samverkan, som avtalet innebär, fortgår normalt. Biförpliktelserna ansluter sig till huvudförpliktelserna och kompletterar dessa, t.ex. en skyldighet för säljaren att meddela köparen att godset avsänts. Till dem hänförs också de s.k. borgenärsförpliktelserna, som vanligen innefattar en skyldighet för part att medverka när prestationen fullgöres av den andra parten.

Indelningen i huvud- och biförpliktelser är obestämd och saknar ofta relevans. Den får inte skymma det faktum att det principiellt är fråga om likartade skyldigheter. De olika avtalsförpliktelserna har, oberoende av beskaffenhet och reell betydelse, ett funktionellt samband. De påverkar varandra och bildar den helhet som avtalsförhållandet utgör.

En förpliktelse i ett avtalsförhållande motsvaras vanligen av en *rättighet* hos den andra parten. Den berättigade parten räknar med att den förpliktade parten fullgör sina skyldigheter enligt avtalsförhållandets handlingsnormer. I den meningen utgör förpliktelse och rättighet olika sidor av samma förhållande. Den handlingsnorm, som åvälver part en förpliktelse, t.ex. en skyldighet för säljaren att avlämna godset, sträcker direkt sina verkningar till den berättigade parten.

Det centrala momentet i en på avtal grundad rättighet är sålunda ett *anspråk* — parts krav på att den förpliktade parten fullgör det som enligt avtalets handlingsnormer åvilar denne. Ofta fullgör den förpliktade parten sin förpliktelse utan att något uttryckligt krav riktas till honom. Men anspråket existerar likväl latent. Om den förpliktade parten icke följer en handlingsnorm, har den berättigade parten möjlighet att

framställa sitt anspråk i form av ett yrkande. I detta anspråk inneligger i sista hand möjligheten att utnyttja de medel som rättsordningen erbjuder i syfte att framtvinga fullgörande av prestation eller att genomföra särskilda sanktioner (t.ex. ersättning).

Förpliktelser och rättigheter i avtalsförhållanden är endast uttryck för huru parterna enligt gällande handlingsnormer har att förhålla sig. När man t.ex. säger att säljaren har en förpliktelse att avlämna godset, är detta ett schematiskt sätt att ange vad säljaren har att göra enligt avtalet. På samma sätt är termen fordringsrätt ett förenklat uttryck för att borgenären har att få ett penningbelopp, att han kan kräva det av gäldenären och att han, om betalning inte sker, kan utnyttja rättsliga tvångsmedel för att få det avtalade beloppet.

De termer som användes för olika slag av förpliktelser — betalningsskyldighet, garantiförpliktelse etc. — och rättigheter — fordringsrätt, panträtt etc. — har ett informativt syfte. De anger i ett starkt koncentrerat uttryck vad parterna enligt gällande handlingsnormer skall, kan eller får göra. Endast i den meningen kan man tala om förpliktelsens och rättighetens innehåll.

Det faller utanför syftet med denna framställning att gå in på den vidlyftiga diskussion som även på senare tid förts kring de här använda begreppen och termerna förpliktelse, rättighet etc. Här må endast hänvisas till Ross 188 ff, Olivecrona, Rätt och dom 86 ff, Rättsordningen 219 ff samt Arnholm I 8 ff och där nämnd litteratur.

III. En handlingsnorm i ett avtalsförhållande riktar sig vanligen mot två håll — för den ena parten betyder den en förpliktelse, för den andra parten en motsvarande rättighet. Man kan även uttrycka saken så, att den för vilken en handlingsnorm på detta sätt gäller — den som har en förpliktelse eller en rättighet — är *bunden* av handlingsnormen.

Bundenheten utgör ett centralt moment i avtalsförhållandet. Förpliktelse och rättighet är olika sidor av eller olika uttryck för denna bundenhet. Bundenheten säger ännu intet om innebörden eller räckvidden av parternas ställning i ett avtalsförhållande. Den framhäver blott att parterna är underkastade vissa handlingsnormer utan att ange på vilket sätt detta beroende är gestaltat. De konkretiserade förpliktelserna och rättigheterna anger däremot — informerar om — huru en part har att handla eller förhålla sig.

Begreppet bundenhet användes för att uttrycka att parterna har att iaktta alla de till dem riktade handlingsnormer som gäller i ett bestämt avtalsförhållande. Part säges vara bunden av avtalet. Denna *avtalsbundenhet* kan fortgå oaktat en viss handlingsnorm upphör att gälla. Sålunda kan skyldigheten att fullgöra in natura bortfalla till följd av prestationshinder, avtalsbundenheten kan trots det fortbestå och den åsidosatta handlingsnormen ersättas av en annan innefattande t.ex. skyldighet att betala ersättning.

Bundenheten gäller i regel bägge parter, i undantagsfall blott den ena parten (öppna köp, optionsavtal etc.).

Även den berättigade parten, t.ex. innehavaren av ett skuldebrev, är bunden av avtalet. Detta framträder däri att han, när han gör sin rättighet gällande, måste följa avtalets handlingsnormer. Därtill kommer att både förpliktelser och rättigheter vanligen förekommer hos bägge parter (ömsesidiga avtalsförhållanden) på ett sådant sätt att de inte kan skiljas från varandra. Bundenheten gäller parts hela engagemang i avtalet.

Normalt är endast parterna i avtalet bundna. Ibland sträcker sig likväl verkningarna av ett ingånget avtal till *tredje man* på ett sådant sätt att han i något avseende blir bunden. Någon av avtalsförhållandets handlingsnormer gäller med avseende på honom. Detta är fallet med egentliga tredjemansavtal, t.ex. livförsäkringsavtal med förmånstagare. Undantagsvis kan ett avtal betyda förpliktelser eller ökade förpliktelser för tredje man. Sålunda kan överlåtelse av löpande skuldebrev leda till att gäldenären (tredje man) går förlustig invändningar mot borgenären (SBL § 15). Enligt KollAvtL § 4 sträcker sig avtalsbundenheten till andra än avtalsparterna. I den följande framställningen beaktas icke de särskilda problem som angår tredje mans bundenhet.

IV. Begreppet *ansvar* — jämte termerna ansvara och ansvarighet — användes i olika bemärkelser i juridiskt språkbruk.

I denna framställning, där det är fråga om avtalsstörningar, användes den allmänna termen ansvar — eller riktigare parts ansvar — huvudsakligen för att beteckna vilken av parterna i ett avtalsförhållande som får vidkännas olägenheterna av att avtalet inte fullgöres riktigt eller att avtalsförhållandet på annat sätt rubbas.

Se bl.a. Hakulinen 20 ff, Erma 314 f.

Det bör likväl observeras att det allmänna begreppet ansvar ingalunda alltid är anknutet till avtalsstörningar. Ofta användes det för att beteckna de skyldigheter som enligt ett avtal åvilar en gäldenär. Den som köpt gods på kredit, är sålunda ansvarig för betalningen.

Inom försäkringsrätten användes termen ansvar (ansvarighet) för att beteckna försäkringsgivarens betalningsskyldighet när försäkringsfall inträffat; se t.ex. FörsAvtL § 11, Hellner, Försäkringsrätt 80 ff.

Begreppet ansvar har en juridisk innebörd. Ansvarig är den part som på basen av en bedömning enligt rättsliga normer skall stå för följderna av en avtalsstörning. En annan sak är att verkligheten kan ge ett motsatt resultat: den ansvariga parten kan t.ex. i brist på medel inte fullgöra den betalningsskyldighet, som inkluderas i ett ersättningsansvar, med påföljd att motparten får stå för konsekvenserna av avtalsstörningen. Frågan om vem som bär det juridiska ansvaret påverkas likväl inte härav.

Parts ansvar kan framträda i olika former.

Ansvar innefattar vanligen betalningsskyldighet — *betalningsansvar*. En gäldenär har personligt ansvar i den meningen att han ansvarar för sina skulder med hela sin förmögenhet. Om han inte fullgör en betalning, kan hans förmögenhet, med vissa begränsningar, användas för att tillgodose borgenärens anspråk. Betalningsansvaret är i vissa fall reducerat, t.ex. begränsat redaransvar enligt SjöL § 13.

Ibland framträder ett ansvar däri att part *garanterar* ett visst förhållande, t.ex. att köpgodset har uppgivna egenskaper. Ansvaret består däri att part står för följderna av att det som garanterats icke överensstämmer med det verkliga läget.

Om en för ett avtalsförhållande gällande handlingsnorm inte iakttas, uppkommer frågan om de påföljder detta medför och vilken av parterna som ansvarar härför. Den part som brutit mot ett avtal kan t.ex. åvälvas skyldighet att betala ersättning, han har ett *ersättningsansvar*.

Part kan drabbas av följderna av en annan persons handlande eller underlåtenhet. I sådana fall är det fråga om parts *ansvar för medhjälpare*. Om parts medhjälpare t.ex. underlåtit att fullgöra avtalet, kan parten på grund härav bli ersättningsskyldig eller drabbas av någon annan påföljd.

V. Den följande framställningen tar sikte på förmögenhetsrättsliga avtal. Utanför densamma faller avtal inom familje- och arvsrättens område, likaså offentligrättsliga avtal.

Framställningen omfattar *förmögenhetsrättsliga avtal i allmänhet*. Den begränsas inte till någon eller några avtalstyper. I viss utsträckning blir det likväl nödvändigt att behandla situationer som inte har avseende på alla utan endast på vissa slag av avtal. En dominans kan möjligen skönjas för köpavtalens del.

Uppmärksamheten riktas i huvudsak på avtal som har blott *två parter*, vilka båda har förpliktelser och rättigheter (ömsesidiga avtal) — part och motpart, kontrahent och medkontrahent. De vederlagsfria avtalen, som i många stycken måste bedömas annorlunda, kommer i allmänhet inte att beaktas.

Speciella problem uppstår när på den ena sidan eller på bägge sidor förekommer flera parter. Detsamma gäller avtal i vilka motsatsförhållandet part — motpart egentligen inte förekommer, t.ex. bolagsavtal. Dessa fall granskas inte i det följande.

Avtalsförhållanden kan vara fortlöpande — *varaktiga avtal*. Härvid är det fråga om fortgående eller periodiskt upprepade prestationer, t.ex. arbetsavtal och hyresavtal. De varaktiga avtalsförhållandena är med i de följande utredningarna.

Med de reservationer, som här gjorts och med de begränsningar som senare anges, kommer de följande utredningarna att *dra upp allmänna riktlinjer för bedömningen av avtalsstörningar utan att det primärt är fråga om avtalens art eller innehåll*.

2. AVTALSSTÖRNINGAR

I. Avtal ingås och förverkligas vanligen i överensstämmelse med de handlingsnormer som gäller för dem. Parterna fullgör sina förpliktelser och får de förmåner som följer av avtalet. Det avtalsrättsliga normsystemet fungerar klanderfritt.

Ur rättslig synpunkt är det vanligen likgiltigt varför avtal fullgöres. Orsakerna kan variera: part finner det angeläget att uppfylla en förpliktelse, han vill komma i åtnjutande av de förmåner som svarar mot avtalsprestationen, han fruktar påföljder av bristande fullgörelse, han känner sig moraliskt skyldig att prestera etc. Det väsentliga vid en juridisk bedömning är att kunna konstatera om avtalets förpliktelser har fullgjorts, orsakerna är irrelevanta.

När ny lagstiftning utarbetas, är situationen en annan. Med avseende på rättsreglernas effektivitet är det viktigt att klarlägga *varför* reglerna iakttas.

Normalfallet — avtalet fullgöres och avvecklas regelenligt — intresserar inte i detta sammanhang. Avsikten är att behandla situationer som kännetecknas av att avtalet inte alls fullgöres eller att avtalsförhållandets avveckling avviker från det som gällande handlingsnormer föreskriver. Intresset inriktas på fall av bristande överensstämmelse mellan handlingsnorm och faktisk situation.

Två exempel belyser problematiken: 1) part har tvingats ingå ett avtal, den uppkomna situationen är oförenlig med de regler som gäller för ingående av avtal och som förutsätter parternas fria viljeförklaringar; 2) säljaren har presterat felaktig vara, det genom prestationen uppkomna faktiska läget överensstämmer inte med säljarens skyldighet att avlämna gods av i avtalet bestämd kvalitet.

Som en samlande benämning på de situationer då avtalsförhållanden rubbats på de sätt som här antytts användes i det följande termen *avtalsstörning*. Den inkluderar alla de fall då det i avtalsförhållanden förekommer bristande överensstämmelse mellan norm och verklighet. Termen har sålunda en mycket vid innebörd.

Det finns inte någon erkänd term som vore gemensam för de situationer som här avses. Orsaken är måhända främst att man i allmänhet inte ansett anledning föreligga att sammanföra alla »avtalsstörningar» under ett och samma begrepp. Man har nöjt sig med att behandla vissa huvudtyper av avtalsrubbningar — främst ogiltighet och kontraktsbrott — och mera eller mindre skarpt avgränsat dem från varandra.

Termen avtalsstörning är inte särskilt bra. Den framhäver likväl en väsentlig omständighet: normal avveckling av avtalsförhållandet kommer inte att ske, det har inträffat någon omständighet som rubbar eller stör avtalsläget. I detta skede är det inte relevant vari denna störning består och vilken rättslig verkan den har. Dessa omständigheter får betydelse först när man indelar och systematiserar avtalsstörningarna.

I tysk rätt använder man termen »Leistungsstörung» för att beteckna de fall då prestationsskyldigheten inte fullgöres avtalsenligt; se bl.a. Fikentscher 196 ff.

I finsk litteratur har använts en motsvarande term »suoritushäiriö»; se Vihma 36 not 3, Erma 311 ff.

Begreppet suoritushäiriö, Leistungsstörung är mera begränsat än det här använda avtalsstörning.

Den verklighet, som möter i det som här kallats avtalsstörningar, är mångskiftande och invecklad. En indelning och systematisering är nödvändig.

Man kan ställa frågan om det är motiverat att operera med ett överbegrepp avtalsstörning. Är det inte tillräckligt att man särskilt för sig behandlar sådana avtalsrubbningar som ogiltighet och avtalsbrott? Vinner man något med att till en större enhet sammanföra avtalsrubbningar som jämförda med varandra kan förete mycket stora olikheter?

Systematisering är närmast en fråga om ändamålsenlighet. Starka skäl talar för att de situationer, som här benämnts avtalsstörningar, sammanföres till en enhet. Man kan främst nämna följande omständigheter:

1) Allmänna rättspolitiska syften och värderingar är i stort sett desamma. Detta gäller främst parts behov av rättsskydd samt strävandena att tillgodose rättssäkerheten.

2) Gränsen mellan olika typer av avtalsstörningar är ingalunda alltid klar och bestämd. Likartade regler och bedömningar är ofta påkallade oaktat olika typtillhörighet, t.ex. i fråga om ogiltighet och hävning. En motiverad likartad bedömning underlättas av en systematisering som erkänner beröringspunkter och gemensamma drag.

3) På avtalsrättens område företer lagen stora luckor. Inom ett i denna mening bristfälligt rättssystem finns ett behov av jämförelser mellan situationer som i en systematik kan stå långt från varandra. Om de hänförs under samma begrepp avtalsstörning, faller det sig naturligare att ge plats åt jämförande bedömningar.

Det här använda överbegreppet avtalsstörning och den följande systematiseringen av avtalsstörningarna bör ses mot denna bakgrund.

II. Avtalsstörningarna kan med hänsyn till orsak och rättsverkningar lämpligen indelas i *två huvudgrupper.*

1) Den ena gruppen omfattar de fall då parts bundenhet vid avtalet helt eller delvis uteblir eller senare bortfaller. Det existerar inte någon rättslig skyldighet för gäldenären att fullgöra avtalet enligt dess innehåll. Borgenären kan inte grunda några anspråk på avtalet. För dessa situationer användes i det följande termen *rubbningar i avtalsbundenheten.* Utmärkande för dessa är att part strävar att frigöra sig från sin bundenhet av avtalet eller att reducera denna bundenhet.

Den omständighet, som föranleder ändringar i avtalsbundenheten, kan ha förelegat vid avtalets tillkomst — *ursprunglig* rubbning. Hit hänförs främst de fall då avtal till

följd av fel i avtalsmekanismen inte kommit till stånd eller avtalets normala rättsliga verkningar inte inträtt (ogiltighet).

Efter avtalets tillkomst kan det uppstå förhållanden som upphäver eller ändrar avtalsbundenheten — *efterföljande* rubbning. Det kan inträda en sådan situation att tillämpningen av avtalet skulle orsaka part ekonomisk förlust eller annan olägenhet av sådan omfattning att han har ett väsentligt intresse av att helt eller delvis befrias från sina avtalsförpliktelser. Härvid kan det bli fråga om jämkning av avtal eller av enskilda avtalsbestämmelser på basen av en skälighetsbedömning eller om annulering eller uppsägning av avtal. En central fråga är huruvida ändrade förhållanden kan påverka avtalsbundenheten.

2) *Avtalsbrott* (kontraktsbrott) innebär att en för avtalet gällande handlingsnorm har åsidosatts. Handlingsnormen har avseende på avtalets fullgörande. Avtalsbrottet kan bestå däri att part underlåtit att handla trots normens direktiv eller att han handlat på ett annat sätt än normen påbjuder.

Ett avtalsbrott förutsätter alltid ett giltigt avtalsförhållande. Utan ett sådant existerar inte bindande normer för avtalets fullgörande.

Det åsidosättande av en handlingsnorm, som avtalsbrott förutsätter, behöver inte bero på någondera parten i avtalet. Avtalsbrott föreligger även när prestation är utesluten till följd av omständigheter som part inte kan påverka, t.ex. force majeure. Begreppet avtalsbrott ges sålunda i denna framställning en mycket vid innebörd.

Avtalsbrottets rättsliga verkningar framträder i de påföljder som part kan göra gällande. Dessa påföljder, som bygger på att avtalsbundenheten bibehålles, består vanligen i anspråk (krav) som den part, mot vilken avtalsbrottet riktar sig (borgenären), kan framställa mot sin medkontrahent (gäldenären).

De olika typerna av avtalsstörningar skiljer sig ofta mycket från varandra. En väsentlig *gemensam* faktor finns likväl: det är fråga om att ge rättsligt skydd åt intressen som har samband med ett avtal eller med en situation som part uppfattar som ett avtalsförhållande. Rättsskyddet aktualiseras av att det i avtalsförhållandet skett rubbningar. Dessa kan gälla avtalets tillkomst, innehåll eller fullgörande.

Den principiella och väsentliga *olikheten* mellan de två huvudtyperna av avtalsstörningar består däri att part i det ena fallet strävar att frigöra sig från beroendet av avtalet i dess helhet eller i visst avseende (rubbning i avtalsbundenheten), medan part i det andra fallet (avtalsbrott) stöder sig på ett gällande avtal och åberopar skydd med anledning av att avtalet inte fullgjorts riktigt.

De olika typerna av avtalsstörningar kan inte alltid klart skiljas från varandra. Likheterna kan vara rätt stora, t.o.m. mellan fall som systematiskt hänförts till helt olika grupper.

T.ex. när köpgodset har fel kan situationen ibland uppfattas på två sätt: antingen är avtalet inte bindande (ogiltigt) på den grund att säljaren, då han underlåtit att uppge felet, förfarit svikligt eller handlat i strid med tro och heder, *eller* betraktas köpet såsom giltigt men säljaren anses ha handlat i strid med sitt åtagande genom att prestera felaktigt gods. Se bl.a. *HD 1967 II 41, 1949 II 258.* — Man kan även ifrågasätta om force majeure, som omintetgör avtalsprestation, skall uppfattas såsom avtalsbrott eller såsom en omständighet som befriar från avtalsbundenhet. Ändamålsenlighetsskäl talar för att behandla force majeure-fallen i samband med avtalsbrott, de ansluter sig till andra prestationshinder som ingalunda alltid befriar part från hans skyldigheter enligt avtalet, se s. 174.

Den faktiska situation, som är följden av en avtalsstörning, kan rättsligt sett uppfattas olika beroende på vilken part som framställer ett anspråk — den part som betraktar avtalet såsom gällande eller den som vill bli fri från sin avtalsbundenhet. Sålunda kan ett krav på avtalsprestation eller på ersättning för utebliven fullgörelse mötas av invändningen att avtalet är ogiltigt. Oberoende av från vilken sida rättsskyddsanspråket framställes gäller det att bedöma situationen riktigt — är det fråga om avtalsbrott eller om en avtalsstörning av annan typ?

Gränsen mellan olika typer av avtalsstörningar får inte i en systematik göras så skarp att en riktig bedömning av gränsfallen försvåras. Med tanke på dessa är det väsentligt att man inte för olika typer av avtalsstörningar uppställer så exklusiva regler, att man ledes till principiellt olika bedömningar av situationer som faktiskt företer likheter.

En systematisering av avtalsstörningarna skall ge en översikt av förekommande situationer samt framhäva principiella och väsentliga olikheter utan att fördenskull utesluta en likartad behandling av avtalsrubbningar där en sådan är sakligt motiverad. Systematiken får inte utgöra ett hinder för rättstillämpningen. Den skall underlätta rättsliga avgöranden.

III. I avtalsförhållanden benämnes parterna olika beroende på avtalstypen: säljare och köpare, hyresvärd och hyresgäst, arbetsgivare och arbetstagare etc. I en framställning, som behandlar förmögenhetsrättsliga avtal i allmänhet, är det inte möjligt att använda dessa specialtermer i andra fall än då framställningen undantagsvis knytes till en viss avtalstyp.

För att kunna beskriva och bedöma de situationer som uppkommer genom avtalsstörningar — utan hänsyn till avtalstyp — måste man ha en allmän och neutral terminologi. Det finns inte några hävdvunna termer som i detta syfte kunde användas för att beteckna parterna i avtalsförhållandet. Jag har valt att begagna de i fordringsförhållanden använda termerna borgenär och gäldenär.

Med *borgenär* avses i den följande framställningen den avtalspart mot vilken en avtalsstörning riktar sig. I regel får han på grund av denna ett anspråk (krav) mot sin medkontrahent. Därför kan han betecknas som borgenär. Även när avtalsstörningen inte in casu ger part ett anspråk mot den andra parten, användes termen

borgenär. Med termen borgenär avses alltså inte i denna framställning den part som enligt avtalet har ett krav mot den andra parten (krav på prestation) utan den part mot vilken en avtalsstörning riktar sig och som därigenom i regel får ett krav eller en rätt att utnyttja ett annat rättsskyddsmedel.

Gäldenär är den part mot vilken borgenären riktar sitt av avtalsstörningen aktualiserade krav eller vilken på annat sätt bär de menliga verkningarna av avtalsstörningen. Gäldenärsegenskapen i denna mening har intet samband med ställningen i avtalsförhållandet — även den som enligt avtalet har en fordran kommer att i det följande benämnas gäldenär om de rättsliga följderna av en avtalsstörning drabbar honom, t.ex. en panthavare (borgenär enligt avtalet) som försummar sin skyldighet att vårda panten. Egenskapen av gäldenär förutsätter inte att parten själv orsakat avtalsstörningen, denna kan t.ex. ha framkallats av force majeure.

Termerna borgenär och gäldenär användes i det följande om det inte i något sammanhang är bättre att använda andra termer, t.ex. part och motpart, säljare och köpare etc.

IV. I behandlingen av avtalsstörningar har begreppet *påföljd* en central betydelse. Därmed avses de rättsliga verkningar som en avtalsstörning kan ge upphov åt.

Påföljderna framträder vanligen i krav som borgenären riktar till gäldenären, t.ex. kravet att avtalet skall anses ogiltigt, att avtalsbundenheten upphört på grund av ändrade förhållanden, att gäldenären skall fullgöra utebliven prestation eller att han skall betala ersättning. I andra fall är det inte fråga om krav — avtalsstörningen föranleder att faran för avtalsobjektet övergår till motparten, att den ena parten får en vårdplikt etc. Alla sådana yrkanden eller förhållanden inträder i stöd av rättsliga normer. Det är således fråga om påföljder i rättslig mening.

Påföljdernas yttersta syfte är att ge borgenären rättsskydd i det läge som avtalsstörningen orsakat.

Termen påföljd användes i det följande som en allmän beteckning för de situationer som här antytts. Den är neutral i den meningen att den inte anger vilken rättsverkan som inträder genom en avtalsstörning. Den anger endast *att* avtalsstörningen har en eller flera verkningar som bedömes enligt rättsliga regler.

Betr. påföljder av avtalsbrott, s. 180.

V. Den framställning av avtalsstörningar, som detta arbete avser att ge, är uppbyggd på följande sätt:

Huvudvikten lägges på behandlingen av *avtalsbrott* (kap. IV). Arbetets primära syfte kan sägas vara att ge en samlad redogörelse för avtalsbrotten med hänsyn till deras påföljder. Ingen särskild avtalstyp framhäves. Utredningen beaktar inte heller de speciella spörsmål som kan uppkomma med avseende på olika typer av avtalsbrott. Av-

sikten är närmast att dra upp *allmänna riktlinjer* för behandlingen av avtalsbrott. De påpekanden och generella slutsatser, som utredningen ibland utmynnar i, får inte uppfattas som regler vilka reservationslöst skulle gälla alla avtalstyper eller alla slag av avtalsbrott. När man har att bedöma konkreta avtalssituationer måste man, utöver de allmänna reglerna och bedömningsgrunderna, beakta de speciella omständigheter som har relevans i det enskilda fallet. Ett närmare klarläggande av dessa speciella faktorer skulle kräva detaljerade utredningar med sikte på olika typer av avtal och avtalsstörningar. I detta arbete presteras inte sådana utredningar.

Den kortfattade och summariska redogörelsen för *rubbningar i avtalsbundenheten* (kap. III) syftar endast till att peka på de för dessa typer av avtalsstörningar mest relevanta allmänna problemen. Avsnittet har tagits med dels för att möjliggöra en överblick av hela fältet avtalsstörningar, dels för att ställa in avtalsbrotten i ett större systematiskt sammanhang och därigenom möjliggöra en jämförelse med och en gränsdragning mot andra slag av avtalsstörningar.

De närmaste avsnitten, som behandlar dels allmänna rättspolitiska synpunkter (kap. I 3.), dels normer och bedömningsfakta (kap. II), tar sikte på alla typer av avtalsstörningar. De tjänar som en allmän bakgrund till avtalsstörningar över huvud. De frågor, som där behandlas, kan ha olika relevans för olika typer av avtalsstörningar eller i fråga om någon typ helt sakna betydelse.

3. RÄTTSPOLITISKA SYNPUNKTER

3.1. Allmänt

Avtalsstörningarna måste ses mot en rättspolitisk bakgrund. Man frågar: Vilka syften vill man förverkliga när man har att lösa problem som framkallats av avtalsstörningar? Vilka lösningar bör man i överensstämmelse härmed eftersträva?

För olika slag av avtal, avtalsförpliktelser och avtalsstörningar kan varierande rättspolitiska syften gälla. Den följande analysen går förbi detaljproblemen. Avsikten är att framhäva två väsentliga faktorer som är gemensamma för *alla* avtalsstörningar även om deras betydelse växlar.

Dessa två rättspolitiska syften är dels att tillgodose parts behov av *rättsskydd*, dels att upprätthålla *rättssäkerheten*. De påverkar de flesta rättsliga bedömningar som föranleds av avtalsstörningar.

De rättspolitiska faktorerna — de som här nämnts samt andra mera speciella — skall i första hand beaktas av *lagstiftaren*. De är bestämmande när lagens stadganden utformas.

Även för *domstolen* är de rättspolitiska synpunkterna vägledande. Rättstillämpnin-

gen får inte lösgöras från rättspolitiken. Domstolarna skall förverkliga lagstiftarens rättspolitiska intentioner. Samtidigt bör lagtillämpningen följa samhällsutvecklingen. En ny tids anspråk på avtalsförhållandena motsvarar måhända inte i allt de syften som lagstiftaren avsett att förverkliga. Av domstolen kräves ofta självständiga, på rådande förhållanden grundade rättspolitiska bedömningar.

När tillämpliga lagstadganden saknas, accentueras domstolens uppgift att se till de rättspolitiska faktorerna. I sin prövning har domstolen att bedöma såväl parts behov av rättsskydd som kravet på rättssäkerhet.

Den följande framställningen utgör ett försök att ställa in de problem, som gäller avtalsstörningar, i ett allmänt rättspolitiskt sammanhang.

3.2. Rättsskydd i avtalsförhållanden

I. Åsidosättandet av en handlingsnorm, som gäller ett avtalsförhållande, utlöser normalt ett anspråk på skydd. Den part, vars intresse åsidosatts eller hotas, har vanligen ett behov av skydd i den konkreta situation som är för handen. Detta behov kan variera i styrka och omfattning. Ibland saknas det kanske helt, t.ex. när gäldenären underlåter att fullgöra ett avtal som borgenären betraktar som oförmånligt. Men normalt är läget detta: avtalsstörningar framkallar ett faktiskt behov av skydd för parts avtalsintresse. När detta skydd ges genom tillämpning av rättsregler, har man att göra med *rättsskydd.*

Även andra former av skydd förekommer. En ekonomiskt starkare part kan t.ex. utnyttja sitt övertag och eliminera eller kompensera de för honom oförmånliga följderna av en avtalsstörning. Härom är det inte nu fråga.

Parts faktiska behov av rättsskydd är en av de rättspolitiska utgångspunkterna när man har att bedöma avtalsstörningar och deras verkningar. Här gäller en *allmän riktlinje:* det faktiska behov av skydd, som en avtalsstörning framkallar, bör tillgodoses i den utsträckning detta är möjligt. I det syftet har man att uppställa regler som anger under vilka förutsättningar, i vilken omfattning och på vilket sätt part kan erhålla rättsordningens skydd för de intressen som åsidosatts eller hotas av avtalsstörningar.

Med rättsskydd i avtalsförhållanden avses sålunda att part kan åberopa lagstadganden eller andra rättsliga regler som stöd för intressen som har samband med ett avtal. Med tillhjälp av rättsnormer får han skydd i den faktiska situation som avtalsstörningen framkallat. Rättsordningen erbjuder medel ägnade att även i störningssituationer tillgodose parts på avtalet grundade eller ur avtalsförhållandet härflytande intressen.

Skyddsreglerna tar normalt sikte på parts skydd i förhållande till sin *medkontrahent* (motpart) i avtalet. Ibland har part behov av skydd mot *tredje man.* Denna sida av rättsskyddet behandlas inte i det följande.

II. Rättsskyddet i avtalsförhållanden har en dubbel innebörd.

1) Parterna erbjudes skydd genom de *handlingsnormer* som gäller i ett avtalsförhållande. Genom att dessa normer följes förverkligas avtalet och parternas intressen tillgodoses. Detta sker t.ex. när säljaren avlämnar godset eller när gäldenären ställer avtalad säkerhet. När avtalsbundenheten utlöser en aktivitet i överensstämmelse med avtalets handlingsnormer, har part ej behov av särskilda rättsskyddsmedel.

2) Behovet av rättsskydd framträder särskilt starkt när avtalsstörningar inträtt. I det läget är det nödvändigt att rättsordningen erbjuder speciella regler med vilkas tillhjälp part kan skydda åsidosatta eller hotade avtalsintressen. Dessa regler tar direkt sikte på att ge skydd. Det sker så att i första hand den part, mot vilken avtalsstörningen riktar sig, erhåller rättsliga medel att skydda sina avtalsintressen. Genom rättsregler fixeras framför allt vilket eller vilka anspråk part kan framställa på grund av avtalsstörningen och huru dessa anspråk realiseras. Situationen kan konkret belysas med utebliven prestation: borgenären får kräva prestation eller ersättning och lagen anvisar de medel — rättegång och utsökning — genom vilka kraven kan förverkligas.

De normer som det här gäller har en annan funktion än avtalets handlingsnormer. De syftar direkt till att erbjuda part det skydd som avtalsbundenheten inte förmått ge. Dessa normer kan kallas *påföljdsnormer* (s. 34).

Det är dessa för rättsskyddet centrala påföljdsnormer som i det följande skall belysas.

III. När en avtalsstörning förekommit, ger rättsordningen skydd genom att låta part göra en *påföljd* eller sanktion gällande.

Betr. begreppet påföljd s. 10.

Frågan om påföljder sönderfaller i två huvudproblem.

1) *När* skall part erbjudas rättsskydd? Två vägar är möjliga.

Man har att överväga om rättsordningen alltid då en handlingsnorm åsidosatts bör låta part aktivera en påföljd. Den lösning, som ger part denna möjlighet, är *formell*. Man utgår inte från det faktiska behovet av rättsskydd hos den part mot vilken avtalsstörningen riktar sig. I och med att en handlingsnorm åsidosatts träder sanktionssystemet i funktion. Härvid presumerar man likväl att part behöver skydd.

Den andra möjligheten innebär att man ger part rättsskydd blott i de situationer i vilka ett faktiskt behov av skydd är för handen. Avtalsstörningen är inte i och för sig avgörande. Man bedömer dess verkningar med avseende på parts avtalsintresse. Påföljd inträder endast då ett verkligt behov därav prövas föreligga. Sanktioner ifrågakommer inte därför att formella förutsättningar är för handen utan därför att de tillgodoser parts behov av skydd för sina avtalsintressen. Detta är en *materiell* lösning.

Dessa frågor diskuteras nedan (IV). Jag förutskickar att den rättspolitiskt riktiga lösningen vanligen är att låta det faktiska rättsskyddsbehovet avgöra påföljdsfrågan.

2) Vilka rättsliga *skyddsmedel* bör erbjudas den part som har behov av rättsskydd? Frågan gäller vilka påföljder som skall gälla vid olika avtalsstörningar.

En angelägen rättspolitisk uppgift är att tillhandahålla avtalsparter sådana skyddsmedel att de med framgång kan värja sig mot följderna av avtalsstörningar.

Spörsmålet är delvis processrättsligt. Rättegång och exekution bör utformas så, att rättsskyddet blir fullständigt och effektivt.

Alla sanktioner är inte av den art att de kräver medverkan av offentlig myndighet. Påföljder kan utformas så, att part själv skyddar sitt intresse. Såsom exempel kan man nämna innehållande av motprestation, hävning samt realisation av handfången pant.

Det är inte tillräckligt att man genom rättsregler anger vilka sanktioner som kan ifrågakomma. Det gäller också att fixera de förutsättningar under vilka de olika påföljderna kan ifrågakomma. Schematiskt kunde man uttrycka situationen på följande sätt: genom generella rättsregler fastslås vilka skyddsmedel som *kan* användas och under vilka allmänna förutsättningar detta är möjligt, den konkreta bedömningen avgör om ett bestämt skyddsmedel *får* tillgripas. Denna problemställning framträder t.ex. vid krav på avtalsprestation (fullgörelse in natura). Lagen anvisar särskilda exekutionsmedel (bl.a. UL 3: 4). Men detta betyder inte att parts krav på avtalsprestation alltid bör bifallas. Kravet kan tillbakavisas t.ex. på den grund att en naturafullgörelse oskäligt skulle inkräkta på motpartens personliga frihet (s. 191).

IV. Bestämmande för avtalsstörningarnas påföljder är framför allt parts behov av rättsskydd. Detta är den naturliga rättspolitiska utgångspunkten.

En allmän strävan hos rättsordningen bör vara att så långt som möjligt skydda medborgarna och deras intressen, vare sig dessa är ekonomiska eller av annan art. Denna rättspolitiska synpunkt bör vara vägledande för såväl lagstiftare som domstolar och exekutiva myndigheter.

Inom avtalsrätten har man godtagit principen om parternas frihet att själva reglera sina inbördes förhållanden. Man förutsätter att parterna i första hand själva klarar de problem som framkallas av avtalsstörningar. Där detta inte är möjligt, är det rättsordningens uppgift att ge ett effektivt skydd.

Det är inte möjligt att skriva lagen så uttömmande, att den för varje avtalstyp i detalj skulle reglera påföljderna av olika avtalsstörningar. Det måste alltid finnas luckor. Dessa är särskilt stora i vårt land med dess bristfälliga civilrättsliga lagstiftning. I ett sådant rättssystem är det särskilt angeläget att i avgöranden, som gäller avtalsstörningar, utgå från att *rättsskydd bör ges när part har ett faktiskt behov därav.*

Vad menas med ett *faktiskt (konkret) behov av rättsskydd*?

Ett exakt svar kan knappast ges. Bedömningen utgår från de intressen som är förknippade med ett avtal. Om ett sådant intresse har åsidosatts, framträder kravet på skydd. Åsidosättandet som sådant motiverar inte alltid att rättsskydd ges. En försenad prestation kan t.ex. sägas åsidosätta borgenärens avtalsintresse — att få prestation på avtalad tid — men den behöver inte nödvändigt framkalla ett behov av skydd. För att ett sådant skall föreligga måste avtalsstörningen på ett menligt sätt ingripa i den ställning eller påverka de intressen som följer av avtalet. Avtalsstörningens verkan kan bestå i en ekonomisk förlust, i risken för att en sådan skall inträda eller i någon annan olägenhet. Om en sådan menlig följd av en avtalsstörning är för handen, kan part sägas ha ett faktiskt behov av rättsligt skydd. Fattat på detta sätt är rättsskyddsbehovet betingat av avtalsstörningens faktiska *verkningar*.

Vem skall bedöma rättsskyddsbehovet?

I första hand är detta lagstiftarens sak. Lagen bör inte bara fixera vilka rättsskyddsmedel som kan nyttjas utan även ange deras förutsättningar. Ytterst bygger denna reglering på en bedömning av i vilka situationer avtalsparter kan presumeras ha ett behov av rättsskydd.

Lagstiftaren har förfarit på olika sätt när regler för påföljder av avtalsstörningar utformats.

I några fall har påföljden knutits enbart till det faktum att en *handlingsnorm har åsidosatts*. Sålunda inträder skyldigheten att betala uppskovsränta ofta automatiskt när betalning uteblivit. Bedömningen är helt schematisk. Det finns inte plats för en prövning in casu. Lagstiftaren har generellt angivit när ett behov av rättsskydd anses vara för handen.

Rättsskyddsnormer av denna typ kan komma att utnyttjas av en part som de facto inte har något behov av skydd. Det kan sålunda inträffa att part åberopar att en handlingsnorm åsidosatts, inte för att skydda sitt avtalsintresse, utan som förevändning att bli kvitt ett oförmånligt avtal. Detta kan t.ex. vara fallet när part yrkar på ogiltighet i stöd av ett formfel som förekommit vid avtalets ingående.

Ibland *anger lagen bestämda förutsättningar* för en påföljd. Domstolen har att konstatera om sådana förutsättningar in casu är för handen och, om så är fallet, resolvera att lagens påföljd inträder. Regler av denna typ avser ibland att skydda den svagare avtalsparten varvid påföljden bindes vid kriterier som förutsätter ett starkare behov av rättsskydd än normalt.

Se AvbetKöpL § 2 m. 1, förutsättning för att säljaren skall få rättsskydd är att köparens — den svagare partens — försummelse att fullgöra nått en bestämd »höjd».

I det stora flertalet fall är lagen utformad så att det beror på en *prövning in casu* om en påföljd skall inträda. Lagen anger ramen och de allmänna kriterierna för den prövning som ankommer på domstol. Denna prövning kan vara mera eller mindre bunden. Ibland har domstol ett mycket stort spelrum, främst vid tillämpningen av

s.k. standardnormer (t.ex. AvtL § 33). Den allmänna riktlinjen för domstols prövning är parts behov av rättsskydd. Om ett sådant anses föreligga, bör en påföljd stipuleras såframt lagens allmänna kriterier är för handen.

Se t.ex. AvtL §§ 29 och 31, ArbAvtL § 43, HyresL § 31 m. 1 och 2.

Domstolens roll är obestämd när *lagregler saknas*. Också i dessa fall gäller den allmänna utgångspunkten: parts behov av rättsskydd. Domstolen har att klarlägga avtalsstörningens faktiska verkningar med avseende på parts avtalsintressen. Detta förutsätter en konkret bedömning. Om denna ger vid handen att part behöver rättens skydd, föreligger den primära förutsättningen för en påföljd. Rättsskyddet får inte vara beroende av att det finns direkt tillämpliga lagregler. Domstolens uppgift att ge avtalspart skydd mot följderna av en avtalsstörning gäller även när lagstiftaren inte skapat uttryckliga förutsättningar härför.

I många situationer blir det inte fråga om medverkan från domstols sida, t.ex. då fråga är om hävning. Bedömningen ankommer på den *part* mot vilken avtalsstörningen riktar sig. Han har själv att pröva om förutsättningar för en påföljd är för handen. Härvid bör han bedöma om hans behov av rättsskydd är så starkt, att det motiverar en påföljd. Det gäller sålunda för parten att avgöra om det objektivt sett föreligger ett behov av skydd och om detta har en sådan styrka, att det kan påräkna rättsordningens stöd. Han har att söka svar på frågan: kan man räkna med att domstol i föreliggande situation ger rättsskydd? Härvid har man att hålla sig till lagens regler och till de normer som domstol därutöver kan komma att använda.

Ifall motparten inte finner sig i de åtgärder, som part tillgripit med anledning av en avtalsstörning, kan dessa åtgärder bli föremål för bedömning av domstol. Det är då dess sak att bedöma det faktiska rättsskyddsbehovet och övriga förutsättningar för en påföljd. Parts egen bedömning är relevant endast så länge domstol inte inkopplas.

Behovet av rättsskydd kan vara olika starkt. Så snart minimigränsen är nådd, kan rättsskyddsmekanismen träda i funktion.

En del påföljder förutsätter ett starkare behov av rättsskydd än andra. Det kan bl.a. nämnas, att det för hävning kräves att avtalsbrottet är väsentligt och att jämkning av avtalsvite förutsätter att utdömande av vite till avtalat belopp vore uppenbart obilligt (AvtL § 36). Om avtalsstörningen inte nått denna gräns, kan andra rättsskyddsmedel möjligen nyttjas, t.ex. prisminskning i stället för hävning. Egentligen är det dock inte den högre graden av skyddsbehov som motiverar att vissa påföljder uteslutes om gränsen inte nåtts, utan den omständigheten att en viss sanktion kan vara så menlig för motparten att den inte bör ifrågakomma om part på annan väg kan få ett tillräckligt skydd (se s. 18).

Den omständigheten att part in casu har ett faktiskt behov av rättsskydd betyder ingalunda alltid att detta behov verkligen kan tillgodoses. Det förekommer fall då

skyddsbehovet måste träda tillbaka, t.ex. av hänsyn till tredje man. Det är också möjligt att ett grundat rättsskyddsanspråk inte kan tillgodoses, t.ex. på den grund att exekution är utesluten (se s. 191) eller att motparten saknar ekonomiska resurser. Sådana hinder för rättsskyddsanspråkets förverkligande rubbar inte det rättspolitiska utgångsläget för bedömningen av avtalsstörningar: rättsskydd bör ges när ett faktiskt behov därav prövas föreligga.

V. För *borgenären* betyder en avtalsstörning vanligen att hans rätt eller intresse åsidosatts eller hotas. Detta framkallar hos honom ett behov av skydd.

Detta skydd konkretiseras vanligen i ett *anspråk*. Borgenären riktar ett krav mot gäldenären. Han fordrar t.ex. ersättning eller prisminskning.

Borgenärs rättsskyddsanspråk kan vara av olika slag.

Borgenären kan kräva att motparten fullgör det som enligt avtalets handlingsnormer åvilar denne — betalning av skuld, leverans av varor etc. I denna framställning användes termen krav på avtalsprestation (fullgörelse in natura). Kravet grundar sig på avtalet. Det aktualiseras av avtalsstörningen (se s. 181).

Ofta kan parts rättsskyddsanspråk inte tillgodoses på denna väg — avtalsprestation är t.ex. utesluten när avtalsobjektet förstörts. Då blir det fråga om egentliga påföljder — sanktioner som direkt grundar sig på avtalsstörningen, t.ex. hävning. Även när det vore möjligt att kräva avtalsprestation, kan det vara ändamålsenligt eller annars motiverat att låta borgenären välja ett annat anspråk, eller att utöver kravet på avtalsprestation ge honom ett tilläggskrav, t.ex. på ersättning.

Borgenärs anspråk kan även gå ut på att befrias från avtalsbundenhet: borgenären hävdar, att avtalet är ogiltigt eller att hans skyldigheter enligt avtalet upphört till följd av ändrade förhållanden.

Det är inte möjligt att generellt ange vilka olika anspråk som kan förekomma och under vilka förutsättningar de kan göras gällande. Alla rättsskyddskrav är inte bundna vid samma förutsättningar. Variationerna är stora. Avgörandet in casu måste ske med ledning av avtalens beskaffenhet och innebörd, avtalsstörningarnas art m.fl. faktorer. Dessa problem kommer att närmare behandlas i den följande framställningen.

Ett anspråk på rättsskydd har reellt värde endast om det kan förverkligas. Utan någon form av tvång bakom anspråket blir rättsskyddet illusoriskt. Frågan om borgenärs rättsskydd hör därför nära samman med exekutionsrättsliga regler (s. 186).

Rättsskyddsreglerna ger inte alltid borgenären ett anspråk. Det behövs även regler som ger skydd på *annat sätt*. Sålunda kan borgenär vid utebliven fullgörelse ofta innehålla sin motprestation. Det är också angeläget att uppställa regler som anger vilken part som bär risken (faran) för avtalsobjektet efter det avtalsstörning förekommit. I sådana fall är det inte fråga om borgenärens anspråk mot gäldenären.

Den allmänna rättspolitiska målsättningen — borgenär bör ges skydd när han har ett faktiskt behov därav — kan *inte alltid förverkligas*. Överväganden av olika slag

kan leda till att borgenären står risken för att avtalet inte fullgöres. Vanligen kan han t.ex. inte framställa anspråk, om prestationen uteblivit till följd av force majeure.

Även i sådana fall kan det bli fråga om ett rättsskyddsanspråk för borgenären, t.ex. krav på återbetalning av det han själv presterat. Restitutionskraven behandlas inte i denna framställning.

VI. När borgenärens rättsskydd aktualiseras, uppkommer en ny situation. Medkontrahenten — *gäldenären* — kan för sin del ha ett behov av skydd mot de åtgärder som borgenären vidtar för att skydda sina intressen. För gäldenären kan ett förverkligande av borgenärens anspråk betyda ekonomisk förlust eller annan olägenhet, t.ex. om borgenären häver avtalet eller kräver ersättning. Gäldenären kan ha ett behov av att kunna tillbakavisa borgenärens skyddskrav.

Det är inte riktigt att bedöma rättsskyddet blott ur den ena partens synvinkel. Den part, vars intresse åsidosatts genom en avtalsstörning och som därför gör anspråk på skydd, måste inte sällan träda tillbaka för den andra parten, vars intresse kunde läderas genom att rättsskyddsmekanismen träder i funktion. Parternas motstående intressen bör kunna avvägas mot varandra även med risk för att borgenären helt eller delvis lämnas utan skydd.

Ofta kan denna intressemotsättning lösas så, att borgenären visserligen ges rättsskydd men hans frihet att välja skyddsmedel begränsas till påföljder som för gäldenären medför minsta möjliga olägenhet, t.ex. prisminskning i stället för hävning.

Beaktandet av vardera partens rättsskydd står i överensstämmelse med tanken att avtalet är en form av samverkan i syfte att tillgodose bägge parters intressen. Denna likhet i bedömningen är naturlig i de fall då avtalsstörningen inte framkallats av någondera parten. Även i de fall då gäldenären själv orsakat en avtalsstörning är det motiverat att ta hänsyn till hans intressen. En annan sak är att borgenären ofta får prioritet för sitt skyddskrav — avvägningen utfaller till hans förmån. Men borgenärens skyddskrav får inte a priori tillgodoses på gäldenärens bekostnad.

Rättsskyddssystemet, såsom det utformats hos oss, förutsätter inte i större utsträckning en avvägning av parternas rättsskyddsbehov i syfte att tillgodose bådas intressen. Rättsskyddsmedlen är vanligen så utformade, att det gäller ett antingen eller — att häva avtalet eller vägra hävning, att förklara avtalet ogiltigt eller låta det bestå etc.

Det förekommer likväl situationer i vilka hänsynen till gäldenären inverkar retarderande på borgenärens anspråk.

Borgenärens på avtalsstörning grundade anspråk kan ibland *tillbakavisas* av hänsyn till gäldenären. Exempel: krav på ogiltigförklarande underkännes därför att avtalets upphävande skulle innebära allvarliga olägenheter för gäldenären.

Närmast blir det fråga om situationer i vilka borgenären inte har ett egentligt behov av rättsskydd, han åberopar en avtalsstörning — t.ex. ett formfel — enbart för att bli fri från ett oförmånligt avtal.

I andra fall kan borgenärens möjlighet att välja mellan olika rättsskyddsmedel *inskränkas* till förmån för gäldenären. Exempel: hävning anses i allmänhet utesluten vid oväsentliga avtalsbrott, borgenären är hänvisad till andra anspråk — prisminskning, ersättning etc.

Slutligen kan man nämna fall i vilka det sker en *avvägning in casu* av borgenärens och gäldenärens rättsskyddsintressen. Främst kan nämnas jämkningsfallen samt partiell ogiltighet.

De nämnda fallen exemplifierar endast problemet om gäldenärens behov av rättsskydd. Detta bör, på basen av omständigheterna in casu, kunna beaktas i betydligt större utsträckning.

En allmän riktlinje vid avgörandet av påföljdsfrågor bör vara att man i tillräcklig utsträckning beaktar *bägge* parters intressen i den mån inte uttryckliga lagstadganden kräver andra lösningar.

Borgenärens krav på rättsskydd måste ibland begränsas av hänsyn till *tredje man* — utanför avtalet stående personer. Principiellt har ett avtal verkan endast i förhållande mellan parterna. Avtalet kan likväl utgöra en grund för en tredje man tillkommande rätt. Denna kan rubbas ifall borgenärens rättsskyddskrav förverkligas. Sålunda kan hävning av köp kränka den tredje man, som av köparen förvärvat en rätt till godset. Tredje mans skyddsbehov kan tillgodoses så, att borgenären hänvisas till att använda rättsskyddsmedel som inte påverkar tredje mans rätt, t.ex. krav på ersättning i stället för hävning.

Undantagsvis kan avtal ha den omfattning eller betydelse ur samhällets synpunkt, att en begränsning av parts rättsskyddsanspråk kan vara motiverat i *allmänt intresse.* Man kan peka på kollektivavtalet — hävning förutsätter ett starkt kvalificerat avtalsbrott (KollAvtL § 11).

3.3 Rättssäkerhet

I. En av rättsordningens centrala uppgifter är att skapa säkerhet i rättsliga förhållanden. Det behövs stadga och enhetlighet i de mänskliga relationer som regleras av rättsnormer. Detta är ett allmänt rättspolitiskt syfte.

Se även L. E. Taxell, Tankar om rättssäkerheten (JFT 1962 361—369).

Begreppet rättssäkerhet är mångtydigt. I avtalsförhållanden omfattar det huvudsakligen två moment.

För det första är det fråga om de tankar som sammanfattats i tesen eller principen om *avtals bindande kraft* (II). Parterna är skyldiga att fullgöra det som avtalet ålägger dem och berättigade att bli delaktiga av de förmåner som följer av avtalets fullgöran-

de. Avtalsbundenheten är ett uttryck för behovet av stadga i rättsliga förhållanden.

För det andra inbegriper rättssäkerheten kravet att kunna beräkna eller *förutse* dels konsekvenserna av avtalets fullgörande dels följderna av att avtalsstörningar inträder. Härvid dominerar behovet av enhetlighet och konsekvens i rättsliga avgöranden (III).

Rättssäkerheten, med den innebörd som här angivits, tillgodoser dels parts enskilda intresse dels ett allmänt intresse.

Partsintresset framträder med avseende på det konkreta avtalet. För part är det väsentligt att hans motpart är bunden, att han vet vad avtalets fullgörande innebär för honom själv och för den andra parten samt att han kan förutse följderna av att en för avtalet gällande handlingsnorm åsidosättes.

Det *allmänna intresset* kan sägas bestå däri att det för olika grenar av samhällets verksamhet är betydelsefullt att ingångna avtal hålles och att följderna av avtalsstörningar kan förutses. Särskilt för det ekonomiska livets effektiva funktion är det ofrånkomligt att man uppnår en hög grad av rättssäkerhet (omsättningssäkerhet).

Rättssäkerheten är blott en av de faktorer som befordrar stadga och effektivitet inom det ekonomiska livet. Av större betydelse är mången gång omständigheter av annat slag. Ofta fullgöres avtal därför att detta ekonomiskt bedömt är bäst — annars brytes kanske förmånliga affärsförbindelser — och ingalunda därför att part rättsligt är skyldig att fullgöra. När avtalsstörningar inträtt, förekommer ofta »kommersiella» uppgörelser på sidan om och oberoende av de rättsliga sanktioner som part skulle ha möjlighet att tillgripa.

Oberoende av om man ser rättssäkerheten ur parts eller ur allmän synvinkel är det fråga om rättspolitiska värderingar. När man utformar avtalsrättsliga handlingsnormer, bör man eftersträva lösningar som främjar stadga i avtalsförhållanden och enhetlighet i avtalsrättsliga avgöranden. I det följande blir det i huvudsak fråga blott om partsintresset.

Rättssäkerheten förutsätter generella regler. Utan sådana kan säkerhet inte nås. Ett system med konkreta avgöranden på basen av omständigheterna in casu är ur rättssäkerhetssynpunkt otillfredsställande. Fasta normer befordrar rättssäkerheten, fri prövning försvagar den.

I första hand är det lagstiftarens sak att tillgodose rättssäkerheten i erforderlig omfattning. Därjämte är detta en uppgift för domstolarna. Det är viktigt att dessa inom ramen för gällande lagstadganden upprätthåller stadga och likformighet i rättstillämpningen. Detta gäller ännu mera utpräglat i de fall då det inte finns tillämpliga lagnormer. Avsaknaden av lagstadganden betyder inte fri prövning in casu. Enhetligheten är även i dessa situationer väsentlig.

Ett särskilt ansvar vilar på den högsta instansen (HD). Den kan befordra rättssäkerheten genom att vara konsekvent i sina avgöranden samt tillräckligt klart och ingående redovisa sina domskäl. En av dess uppgifter — kanske den viktigaste — är att vara vägledande för rättstillämpningen.

II. Kravet på rättssäkerhet i avtalsförhållanden kommer primärt till uttryck i grundsatsen om *avtals bindande kraft* — den romerskrättsliga tesen pacta sunt servanda. Den innebär kort sagt att parterna skall följa avtalets handlingsnormer, skyldigheter skall fullgöras och rättigheter förverkligas.

Syftet med principen om avtals bindande kraft är att befordra att avtal fullgöres enligt deras innehåll. Part skall kunna lita på att han får utnyttja avtalets förmåner. Den andra parten skall inte kunna omintetgöra detta genom att lösgöra sig från avtalet. Han är skyldig att prestera oberoende av de faktiska konsekvenserna. Part skall följa gällande handlingsnormer utan hänsyn till huru detta påverkar hans egna intressen.

Principen om avtals bindande kraft motiveras med rättspolitiska synpunkter: den är nödvändig för att erforderlig rättssäkerhet skall upprätthållas. Härvid är det fråga om såväl enskild parts som det allmännas intresse av stadga i avtalsförhållanden (I).

Avtalsbundenheten förutsätter att ett giltigt avtalsförhållande är för handen in casu. Irrelevant är däremot på vilket sätt avtalet uppkommit — enligt stadgandena i AvtL kap. 1 eller på annat sätt — och huru man teoretiskt konstruerar parternas avtalsbundenhet.

Grundsatsen om avtals bindande kraft har inte klart formulerats i lagen. Men det råder intet tvivel om att olika avtalsrättsliga stadganden bygger på densamma. Man kan främst hänvisa till AvtL kap. 1 som reglerar mekanismen för ingående av avtal.

Jfr HB 1: 2: »Nu hafver man slutit laga kiöp, thet skal stånda, och ej återgånga».

Huru starkt man än betonar avtalsbundenheten är det givet att den aldrig kan ge part fullständig säkerhet för att avtal fullgöres. Men man bör alltid utgå från densamma. Avtalsbundenheten gäller till dess det påvisas särskilda omständigheter som motiverar en frigörelse från densamma.

Frågan därom när den ena eller vardera parten kan lösgöra sig från avtalsbundenheten är en rättspolitisk fråga som i första hand bör lösas genom lagstiftning. I överensstämmelse härmed har lagen fixerat ett flertal ogiltighetsgrunder och i många fall angivit de förutsättningar under vilka part kan upplösa avtalsbundenheten genom hävning.

Se bl.a. AvtL kap. 3 samt reglerna om hävning (uppsägning) i ArbAvtL och HyresL (s. 211).

I många fall är frågan öppen i lagen. Parts möjligheter att frigöra sig från avtalsbundenheten måste då bedömas med hänsyn till dels det primära kravet att avtal skall hållas, dels till parts konkreta behov av att lösas från avtalsbundenheten. Ett av syftena med den följande framställningen är att klarlägga under vilka förutsättningar och på vilket sätt avtalsbundenheten kan påverkas av avtalsstörningar. Denna påverkan är i princip av två olika slag (se s. 129 f).

För det första kan avtalsbundenheten upplösas. Avtalsförhållandet betraktas såsom icke existerande. Part kan inte framställa några krav i stöd av avtalet.

Detta hindrar inte att part kräver ersättning för negativt intresse (s. 390) eller återgång av fullgjord prestation. Sådana krav grundar sig inte på själva avtalet utan på andra omständigheter.

För det andra kan part lösgöra sig från avtalsbundenheten i den meningen att varken han eller motparten behöver eller kan fullgöra det som avtalet ålägger dem. Men detta utesluter inte att krav av annat slag framställes i stöd av avtalet, t.ex. krav på ersättning av positivt avtalsintresse (avtalsersättning).

Den typiska situationen är att part häver avtalet till följd av avtalsbrott och kräver det ekonomiska utbyte som avtalets regelrätta fullgörande skulle ha gett honom.

Principen om avtals bindande kraft har ansetts innebära att avtalet skall fullgöras enligt sitt innehåll. Den prestationsskyldiga parten skall sålunda fullgöra det som han åtagit sig och inte något annat. Den part, som har rätt till prestationen, har anspråk på att få just denna och intet annat i dess ställe.

Är det nödvändigt att alltid fatta avtalsbundenheten så strängt? En annan möjlighet vore att fästa avseende vid prestationernas ekonomiska värde. Det vore tillräckligt att den part, som enligt avtalet skall erhålla en prestation, får det ekonomiska värde som denna representerar. Detta skulle innebära att prestationsskyldig part kunde fullgöra avtalet genom att betala motparten värdet av prestationen i stället för att fullgöra denna in natura.

Ett avtal kan inte uppfattas blott som en ekonomisk faktor. Väsentligt är vanligen att de prestationer som avtalet anger verkligen fullgöres. När avtalet inte är inriktat på att ge vinst eller när andra än ekonomiska faktorer är relevanta, vore det felaktigt att resonera blott i ekonomiska kategorier.

Avtalsbundenheten gäller sålunda avtalet såsom sådant med dess rättigheter och förpliktelser och inte blott det ekonomiska utbytet.

Det kan dock förekomma fall i vilka man är berättigad att fästa huvudvikten vid det ekonomiska momentet. Det är tänkbart att part under vissa betingelser får lösgöra sig från avtalet genom att till motparten erlägga det ekonomiska värde som avtalet representerar för denne. När part med lätthet kan få en likadan eller liknande prestation från annat håll, är det inte anledning att hålla fast vid kravet att gäldenären, som måhända har svårigheter att fullgöra avtalet, skall prestera in natura. Det väsentliga i sådana situationer är att borgenären inte ekonomiskt försättes i ett sämre läge än enligt avtalet.

Sådana undantag motiveras med att gäldenären kan ha ett så starkt behov av att få lösgöra sig från avtalsbundenheten att man rimligtvis bör ge honom rättsskydd.

Se betr. annulering av avtal s. 162 och krav på avtalsprestation s. 184.

III. I rättssäkerheten inbegripes även kravet att man skall kunna *förutse* följderna av avtalsstörningar. Detta förutsätter en enhetlig behandling av likartade avtalsstörningar.

Likformigheten, som är en nödvändig betingelse för förutsebarheten, innebär att part kan räkna med att inte försättas i ett annat eller oförmånligare läge än part i ett annat avtal i en likadan situation. Det är fråga om enhetlighet och standardisering i rättstillämpningen. Den individuella och från andra likartade fall frigjorda bedömningen träder i bakgrunden.

Här finns en anknytning till en allmän likhetsprincip. Denna är djupt förankrad i lagstiftning och rättstillämpning inom olika områden. Rättspolitiskt har den som utgångspunkt det generella stadgandet i RF § 5. Likhetsprincipen är ett uttryck för ett allmänt rättvisekrav. Samtidigt tillgodoser den rättssäkerheten.

Enhetlighet i den rättsliga bedömningen av avtalsstörningar innebär inte en schematisk likhet som förbiser individuella skiljaktigheter. Det vore felaktigt att anse att avtalsstörningar av viss beskaffenhet — t.ex. en viss tids dröjsmål — alltid borde medföra samma påföljd. Man måste i stor utsträckning ta hänsyn till avtalsstörningens konkreta verkningar för den enskilda avtalsparten.

Se bl.a. problemet om väsentlighet såsom förutsättning för hävning, s. 211 ff.

Det är inte nödvändigt att utsträcka likformigheten ända därhän att blott en enda lösning vore möjlig när en viss avtalsstörning förekommit. Rättssäkerheten kan tillgodoses i tillräcklig utsträckning även när man låter part *välja* mellan olika rättsskyddsmedel, t.ex. val mellan total och partiell ogiltighet, mellan krav på avtalsprestation och hävning.

Se s. 201 m.fl.

Väsentligt är däremot att det råder klarhet om de rättsskyddsmedel som kan komma i fråga och om förutsättningarna för dem.

3.4. Relationen rättsskydd — rättssäkerhet

I. Rättspolitiskt har man — enligt det föregående — att fästa avseende dels vid parts faktiska behov av rättsskydd, dels kravet på rättssäkerhet. Dessa moment bildar de två polerna i den rättspolitiska bedömningen av avtalsstörningar.

Vilken är relationen mellan å ena sidan parts krav på rättsskydd när han har ett faktiskt behov därav, å andra sidan kravet på rättssäkerhet?

Det kan förefalla som om de två momenten skulle peka i olika riktning: skyddskravet mot en konkret behovsbedömning, säkerhetskravet mot generella regler.

Så entydigt är problemet inte. I många fall är det fråga om en växelverkan som tillgodoser såväl skydds- som säkerhetskravet. I andra fall kan de två kraven inte koordineras.

En central uppgift för rättspolitiken är att så långt som möjligt tillgodose såväl rättsskyddet som rättssäkerheten. Ibland ges det ena momentet företräde framom det andra. I andra fall söker man finna en medelväg. I mycket är problemets lösning beroende av vad som är praktiskt genomförbart.

Relationen rättsskydd — rättssäkerhet kan inte bedömas på samma sätt för alla typer av avtalsstörningar. De facto förekommer stora variationer (II).

Tre allmänna synpunkter kan framhållas.

1) Kraven på rättsskydd och på rättssäkerhet pekar ofta i *samma riktning.*

Principen om avtals bindande kraft — det ena momentet i rättssäkerheten — befordrar starkt skyddet för avtalsparterna. Avtalsbundenheten kan sägas utgöra en garanti för att part får utnyttja avtalets förmåner. Garantin är självfallet inte fullständig, avtalsstörningar kan inträda. Men normalt fullgör avtalsbundenheten sin primära funktion, avtalet förverkligas enligt sitt innehåll.

Även när en avtalsstörning inträtt kan rättsskyddet främjas av de regler som i första hand utformats med tanke på rättssäkerheten. Dessa regler fixerar ofta betingelserna för parts rättsskyddsanspråk. En in casu-bedömning av det faktiska behovet av rättsskydd är ofta svår och osäker. Fasta regler kan ge bättre skydd.

2) I många fall kommer kraven på rättsskydd och på rättssäkerhet att peka i *olika riktning.*

Det har ovan framhållits, att parts konkreta behov av rättsskydd egentligen kan bestämmas blott med ledning av en bedömning in casu. Rättssäkerheten däremot förutsätter schematiska regler. Sådana behövs för att man på förhand skall kunna beräkna följderna av en avtalsstörning. Man ställs inför motsatsförhållandet mellan prövning och norm.

Detta problem är ett av de mest centrala och samtidigt ett av de svåraste i behandlingen av avtalsstörningar. Rättspolitiskt sett fordras en avvägning mot varandra av de motstående hänsynen. En sådan kan inte ske med tillhjälp av en allmän formel. Det gäller att i fråga om olika typer av avtalsstörningar avgöra vilket värde man skall ge å ena sidan parts behov av rättsligt skydd å andra sidan rättssäkerhetens krav på enhetlighet i bedömningarna av likartade fall. Det är inte fråga blott om partsintresset. Även det allmänna omsättningsintresset kommer in i bilden.

Avvägningen är i första hand en uppgift för lagstiftaren. Det är dock sällan möjligt att utforma lagnormerna så exakt att varje domstolsprövning vore utesluten. Det är knappast heller önskvärt att förfara så. Normalt blir det sålunda även på domstolsnivå plats för en avvägning av rättsskydd och rättssäkerhet. I de fall då lagstadganden saknas skall domstolen ensam företa avvägningen, varvid den bör beakta de värderingar som gjorts inom närliggande områden där lagstiftaren utformat regler för avtalsstörningar.

I de flesta fall kan parterna själva genom avtalsklausuler fastställa förutsättningarna för rättsskydd om avtalsstörningar inträder.

3) I en rättspolitisk avvägning — vare sig den företas av lagstiftare eller av domstol — är det viktigt att beakta rättsnormernas såväl *reparativa* som *preventiva* funktion.

Den förra tar sikte på att ge den genom en avtalsstörning förfördelade parten sådana anspråk att hans avtalsintresse genom dem blir tillgodosett. Ofta blir det fråga om en ekonomisk kompensation för att avtalet inte fullgjorts enligt sitt innehåll. Den reparativa funktionen tjänar parts rättsskydd.

Den preventiva funktionen framträder i en strävan att utforma regler som hindrar avtalsstörningar. Sådana regler befordrar rättssäkerheten.

T.ex. vissa formstadganden avser att eliminera tvister rörande avtals giltighet och innehåll.

I detta sammanhang bör även nämnas *spekulationssynpunkten*. Det är viktigt att regler och avgöranden, som gäller avtalsstörningar, inte ger part möjlighet att spekulera på motpartens bekostnad.

Bl.a. reklamationsreglerna tjänar detta syfte.

II. Relationen mellan å ena sidan parts krav på rättsskydd, när ett faktiskt behov kan påvisas, å andra sidan kravet på rättssäkerhet i enskilt och allmänt intresse, kan i lagstiftning och rättspraxis utformas på olika sätt. Man kan peka på följande tre standardlösningar:

1) En *rättsföljd inträder* så snart en *avtalsstörning av visst slag förekommit*. En bestämd sanktion står till buds utan hänsyn till avtalsstörningens faktiska verkningar.

Här har rättssäkerheten givits ett absolut företräde. Någon avvägning mot parts faktiska behov av rättsskydd har inte skett. Sanktionsregeln kan åberopas även av den part för vilken ett behov av rättsligt skydd egentligen inte alls existerar. Det är tillräckligt att hänvisa till att en avtalsstörning av visst slag förekommit. Man tillämpar en schematisk norm.

Till denna kategori hör vissa ogiltighetsregler. De rigorösa normerna för fastighetsöverlåtelse (JB 1: 2, F ang. offentliga köpvittnen 9.6. 1933 § 3, en omfattande rättspraxis) tillåter inte en konkret rättsskyddsbedömning. Ett mindre formfel, som de facto är betydelselöst, är tillräckligt för att göra överlåtelsen ogiltig. Det är främst det allmänna intresset (inkl. tredje mans) som motiverar en schematisk och »säker» regel.

I exceptionella fall bör domstol likväl kunna avvika från den schematiska lösningen.

Ogiltighet till följd av parts omyndighet inträder oberoende av om den omyndige har ett konkret behov av rättsskydd. Här gäller en schematisk regel med det generella syftet att skydda omyndiga personer. En konkret bedömning skulle göra detta skydd osäkert.

SvKöpL § 28 m. 1 stadgar att varje dröjsmål vid handelsköp ger köparen rätt att häva; detta kan inte anses gälla i Finland, man företar en väsentlighetsbedömning även om denna är betydligt strängare med hänsyn till att säljaren är köpman.

2) Lagen anger inte bara avtalsstörningen och sanktionen utan även den eller de *förutsättningar under vilka part kan framställa ett anspråk.* Preciseringen tillgodoser kravet på rättssäkerhet. Det är möjligt att förutse påföljderna av en störning. Samtidigt har det skett en avvägning av rättsskyddsbehov och rättssäkerhet. Avtalsstörningen skall vara av en viss styrka för att en påföljd skall inträda. Lagstiftaren har uppenbarligen bedömt situationen så, att det först vid den angivna gränsen uppkommer ett faktiskt behov av rättsskydd. Lösningen är visserligen generell, men den bygger på en prövning av behovet av rättsligt skydd i tänkta typsituationer.

Vanligen är förutsättningarna för en påföljd inte exakt preciserade. Inom lagens gränser har domstol en viss möjlighet till prövning. Denna bör utgå från och försöka klarlägga parts faktiska behov av skydd. Om ett sådant prövas vara för handen, bör rättsskydd ges.

Till denna grupp kan man hänföra talrika lagstadganden av skiftande innehåll.

Hit hör många ogiltighetsregler i AvtL kap. 3, t.ex. om tvång (§§ 28, 29), svikligt förledande (§ 30), ocker (§ 31). Ogiltighetsgrunderna anges men det ankommer på domstol att in casu avgöra när de faktiska omständigheterna är av den art och styrka att det föreligger sådant tvång, svikligt förledande eller ocker, som kan medföra ogiltighet. Vid denna bedömning bör parts faktiska rättsskyddsbehov beaktas.

Stadganden om hävning av avtal — t.ex. ArbAvtL §§ 43, 44, HyresL bl.a. §§ 15, 16, 36 m. 1 — anger även förutsättningarna för påföljder men ger domstol en viss möjlighet till prövning av avtalsbrottets väsentlighet, t.ex. enligt ArbAvtL § 43 m. 1 kan arbetsavtal hävas om »vägande skäl det påkallar» och enligt HyresL § 15 m. 1 är förutsättning för uppsägning (hävning) att dröjsmålet är »av väsentlig betydelse».

Då lagstadganden saknas, kan man ibland påvisa en praxis, vilken på samma sätt som vissa lagregler blott anger betingelser för parts rättsskyddsanspråk.

Hävning av lösöreköp medges blott om dröjsmålet eller felet är väsentligt, se redogörelse för rättspraxis s. 213.

När *domstol* saknar stöd av lag eller praxis, ligger det ofta nära att följa den ordning som här nämnts: den omständigheten att en avtalsstörning förekommit är inte i och för sig tillfyllest. Domstol äger pröva huruvida behovet av rättsskydd kan anses vara så starkt att parts anspråk kan godkännas. Prövningen bör ej vara helt fri. Även nu bör i säkerhetens intresse en standardisering eftersträvas.

3) När lagen innehåller en »elastisk» regel — *standardnorm,* generalklausul — blir sanktionen beroende av en konkret prövning in casu. Normen anger blott en allmän

ram för bedömningen. Domstolen har att pröva om parts handlande strider mot tro och heder (AvtL § 33), om tillämpningen aven avtalsbestämmelse är obillig eller otillbörlig (AtL § 36, SBL § 8) etc. När en sådan standardnorm tillämpas, är det angeläget att överväga huruvida den part, som påkallar rättsskydd, har ett konkret behov därav. Denna prövning är ett väsentligt led i den helhetsbedömning enligt vilken domstol har att avgöra huruvida den av normen angivna påföljden — ogiltighet eller jämkning — kan och bör ifrågakomma.

Se även T a x e l l, JFT 1964 372 ff, O l e L a n d o, Domstolene og billighed (SvJT 1967 1—10), A h o, DL 1969 473 ff.

Standardnormerna låter behovet av rättsskydd in casu undanträngа rättssäkerheten. De utgör rättsskyddets »säkerhetsventiler». De elastiska reglerna kompletterar de fasta normerna. De tillämpas i exceptionella fall när de ordinära och schematiska påföljdsnormerna inte ger part ett tillräckligt skydd. Ett typiskt exempel är ogiltighetsregeln i AvtL § 33, som kan åberopas då någon av de i de föregående paragraferna ingående specificerade stadgandena inte kan tillämpas, men part likväl har ett behov av det rättsskydd som består i att avtalet ogiltigförklaras.

I viss mening kan standardnormer även avse att mildra den hårdhet som tillämpningen av en fast regel kunde ge anledning till. Ifall t.ex. en jämkningsregel inte tillämpades, kunde det bli fråga om att tillgripa en starkare sanktion, vilket för den ena parten eller för bägge parter kunde vara en sämre lösning. Standardreglerna kan sålunda sägas ge ett modifierat rättsskydd.

Standardreglerna och de i p. 1 nämnda normerna kan principiellt sägas utgöra varandras motpoler. De förstnämnda medför den olägenheten att det på förhand sällan är möjligt att bestämt säga om de kan tillämpas eller ej, då de bygger på en konkret prövning. De senare beaktar blott säkerheten, vilket kan betyda att part får påyrka en sanktion utan att ha något faktiskt behov därav. Detta kan i sin tur leda till att motpartens intresse av att avtalet fullföljes blir åsidosatt.

I den andra gruppen framträder avvägningen mellan rättsskyddskrav och rättssäkerhet tydligast. Man har försökt att så långt som möjligt beakta båda faktorerna.

Gränsdragningen mellan de olika grupperna är ingalunda klar. De representerar blott tre olika typfall, som i verkligheten ofta omärkligt går över i varandra. Situationerna växlar avsevärt med avseende på olika avtal och avtalsparter samt olika slag av avtalsstörningar. Utan en ingående detaljanalys kan relationen mellan kraven på rättsskydd och rättssäkerhet inte ingående klarläggas.

III. Tre allmänna synpunkter kan ytterligare framhållas.

1) Med avseende på följderna av avtalsstörningar bör man eftersträva en *standardisering*. En helt individuell bedömning skulle leda till rättsosäkerhet och skulle inte

alltid ge tillräckliga garantier för rättsskydd. En standardisering kan visserligen betyda dels att part kan få ett anspråk, trots att han inte har ett tillräckligt starkt behov av skydd, dels att rättsskydd förvägras oaktat ett faktiskt behov föreligger. Men sådana vådor kan man inte undvika ifall man i rättssäkerhetens intresse eftersträvar en ordning som gör det möjligt att förutse följderna av avtalsstörningar.

Inte blott lagstiftaren utan även domstolarna bör eftersträva en standardisering. Denna får dock inte drivas så långt, att man äventyrar parts möjligheter att få rättsskydd på basen av det faktiska behovet.

2) Man kan peka på en strävan att eliminera sådana fall då en avtalsstörning visserligen är för handen och denna har vissa menliga *verkningar*, men dessa är så *obetydliga*, att det inte är anledning att tillägga dem relevans. Denna tanke har kommit till uttryck bl.a. i en strävan att utesluta vissa sanktioner, om avtalsstörningen är oväsentlig. Sålunda är en hävning i detta fall normalt utesluten. För att ett obilligt avtalsvillkor skall kunna jämkas måste det vara fråga om uppenbar oskälighet. Part måste sålunda tåla en del följder av avtalsstörningar. Det finns en *toleransgräns* under vilken part inte kan göra viss påföljd gällande. Den gränsen dras mycket olika beroende på vilka avtalsstörningar och vilka påföljder det gäller.

Det är förenat med besvär och kostnader att låta rättsskyddsmekanismen träda i funktion. Den faktiska situationen kan vara sådan att det inte föreligger rimlig proportion mellan parts behov att hävda sitt avtalsintresse och de kostnader och olägenheter som rättsskyddsförfarandet medför. Ett anspråk på rättsskydd kan tänkas bli tillbakavisat med åberopande av »rättsskyddsförfarandets ekonomi». Man måste dock vara ytterst försiktig. Parts behov av skydd är ingalunda alltid motiverat av ekonomiska intressen.

3) Det ankommer på den enskilda *parten* att *avgöra* om han vill göra sitt rättsskyddskrav gällande när förutsättningar härför är för handen, eller om han finner sig i avtalsstörningen och dess verkningar. Rättsskyddet ges inte automatiskt. Vill part framställa ett rättsskyddskrav, skall han följa gällande procedurregler, t.ex. bestämmelserna om reklamation. Underlåtenheten att iaktta sådana regler kan leda till att rättsskyddsanspråket förverkas. Endast i undantagsfall träder rättsskyddet i funktion utan parts medverkan. Sålunda skall vissa ogiltighetsgrunder beaktas av domstol ex officio, förmyndare kan inskrida mot ett av den omyndiga ingånget avtal etc.

Betr. automatiska påföljder av avtalsbrott s. 418.

KAPITEL II

Normer och bedömningsfakta

1. ALLMÄNT

Varje avtalsstörning kan sägas betyda en konflikt — *avtalskonflikt* — mellan parterna. Deras intressen går i sär.

Avtalskonflikterna löses antingen av parterna själva eller av domstol eller annan rättsvårdande instans (exekutiv myndighet, skiljenämnd). Med de begränsningar som tidigare angivits avser den följande framställningen att ange allmänna grunder och riktlinjer för lösandet av konflikter som framkallats av avtalsstörningar.

I princip har *parterna* frihet att lösa en avtalskonflikt såsom de själva vill. Det kan ske genom särskild överenskommelse. Vissa gränser för deras handlingsfrihet finns likväl, framför allt i absoluta lagstadganden, t.ex. en del lagrum i AvbetKöpL. Frågor rörande avveckling av avtalskonflikter genom överenskommelse observeras inte i det följande.

Ibland löses en avtalskonflikt genom ensidig åtgärd av den ena parten. Domstol eller annan myndighet kopplas inte in. Sålunda kan t.ex. kravet på prestation mötas av parts invändning att avtalet är ogiltigt eller kan part häva avtalet genom att avvisa felaktigt avtalsobjekt. Om den andra parten finner sig i dessa dispositioner eller låter bli att reagera mot dem, har konflikten de facto lösts genom parts ensidiga åtgärder. Det är i dessa fall irrelevant om en tillräcklig grund för parts disposition förelegat eller inte. Om t.ex. säljaren finner sig i att köparen avvisar godset, har hävning skett oaktat felet varit endast ringa (oväsentligt avtalsbrott).

Part bör likväl alltid vara beredd på att hans åtgärder med anledning av en avtalsstörning inte godtas av motparten. Om frivillig uppgörelse inte kan ske, aktualiseras konfliktens behandling av *domstol*. Denna har att avgöra om de åtgärder, som part vidtagit och de krav som han framställer med anledning av avtalsstörningen, är rättsligt grundade, d.v.s. om de överensstämmer med gällande rättsliga normer. Detta betyder att de regler, som gäller för domstolens avgörande, även är normerande för parterna. När part med anledning av en avtalskonflikt framställer krav eller vidtar andra åtgärder, bör han vara angelägen om att följa de regler som domstol kan för-

väntas tillämpa. Uttryckt på ett annat sätt: samma regler för lösandet av avtalskonflikter gäller för såväl avtalsparterna som för domstolen.

I det följande uppmärksammas inte de specialproblem som kan uppstå när en avtalskonflikt behandlas av exekutiv myndighet eller av skiljenämnd; beträffande den senare bör likväl framhållas, att dess »normbundenhet» inte är lika sträng som domstols (L om skiljemannaförfarande 4.2. 1928 § 18, »... grunda sitt beslut på vad de anse rätt och billighet fordra»).

Avsikten är inte att i denna framställning utreda principerna för domstolarnas beslutsfattande eller de grunder och skäl på vilka avgörandena byggs upp. Detta skulle bl.a. förutsätta ett klarläggande av det vidlyftiga problemet om huru domstol skall träffa sina avgöranden när normsystemet har luckor — tillämpliga rättsregler saknas.

När en avtalskonflikt skall lösas, gäller det i första hand att tillämpa gällande *rättsnormer*. Den part, vars intressen åsidosatts eller hotas genom en avtalsstörning, har ett anspråk på skydd. Detta anspråk förverkligas genom att rättsordningen dels tillhandahåller normer för lösandet av avtalskonflikten, dels erbjuder domstols medverkan för tillämpningen av dessa normer.

En redogörelse för olika typer av avtalsrättsliga normer ges nedan (s. 31 ff).

Användandet in casu av rättsnormer — normtillämpning — förutsätter en analys av olikartade faktiska omständigheter och en bedömning av dessas relevans. Avseende bör fästas, utom vid själva rättsnormen, vid olika fakta som kan påverka avgörandet. Sådana *bedömningsfakta* är t.ex. orsakerna till avtalsstörningar, parternas med avtalet förknippade risker eller prestationshinder. Betydelsen av sådana fakta ökar när direkt tillämpliga rättsregler saknas.

För att underlätta bedömningen av avtalsstörningar har man generaliserat och samtidigt preciserat vissa fakta som upprepat framträder när avtalskonflikter skall lösas. Man har bildat sådana begrepp som vållande (culpa), omöjlighet, faran (risken) för avtalsobjektet etc. Det är fråga om *standardiserade* bedömningsfakta. Många av dem — t.ex. culpa och omöjlighet — spelar en stor roll i den avtalsrättsliga begreppsbildningen. De underlättar och förenhetligar rättsliga avgöranden i avtalskonflikter.

Lagstiftaren har ofta använt standardiserade bedömningsfakta. Ibland har det skett utan att innebörden närmare fixerats — t.ex. vållande och dess olika variationer (vårdslöshet, oaktsamhet etc.). I något fall ges en legaldefinition, t.ex. begreppet god tro (AvtL § 39). Det förekommer även att bedömningsfakta utformas med ledning av ett lagstadgande, utan att det är fråga om en egentlig legaldefinition — det allmänna begreppet force majeure (övermäktigt hinder) har en innebörd som i stort sett överensstämmer med stadgandet i SjöL § 131 (jfr VäxelL § 54).

Andra bedömningsfakta har inte direkt förankring i lag — t.ex. faran (risken) för avtalsobjektet.

Några för avtalsstörningar väsentliga bedömningsfakta behandlas nedan (s. 86 ff).

Förhållandet mellan norm och bedömningsfaktum kan åskådliggöras genom följande exempel: culpa är ett standardiserat bedömningsfaktum, culparegeln — part, som vållat sin medkontrahent förlust, är skyldig att ersätta denna — är en rättsnorm.

Det är inte alltid möjligt att lösa avtalskonflikter med ledning av normer och bedömningsfakta av de slag som nämnes i det följande. Parterna, likaväl som domstolen, kan ställas inför *luckor* i normsystemet. Genom att utnyttja de olika typer av normer och bedömningsfakta, för vilka nedan redogöres, kan normluckorna till antalet minskas. Men de kan inte helt elimineras. Avsikten med denna framställning är inte att analysera de problem som uppstår när det med avseende på ett enskilt avtal finns en verklig lucka i normsystemet.

2. NORMER I AVTALSFÖRHÅLLANDEN

2.1. Innebörd och terminologi

1. Med *normer* avses i denna framställning regler, föreskrifter eller riktlinjer för avgöranden i frågor rörande avtal. Dessa avgöranden kan gälla avtals tillkomst, avtals innehåll och rättsliga verkningar samt avtalsstörningar och deras följder.

Dessa normer är rättsliga — rättsnormer — i den meningen att domstol vid lösandet av avtalskonflikter bör tillämpa dem, d.v.s. grunda sina avgöranden på dem. Normerna anger huru konkreta avtalskonflikter skall eller kan lösas.

Vid sidan härav har avtalsrättens normer en annan funktion: de informerar parterna om huru de skall handla eller förhålla sig i olika situationer. I den meningen reglerar eller styr de parternas på avtal grundade aktivitet. Detta kan sägas vara normernas primära uppgift. Konfliktsituationerna är sekundära fenomen.

Den dubbla funktion som normerna sålunda har — dels informerande och styrande dels konfliktlösande — ger vid handen att de med sina anvisningar riktar sig såväl till parterna som till domstolen. I vartdera fallet är normerna — så långt deras verkningar sträcker sig — bindande: såväl parter som domstol är skyldiga att följa dem. För parts del betyder normbundenheten även att vissa menliga följder vanligen inträder eller kan inträda om normen åsidosättes. En norm betraktas såsom bindande även i de fall då dess tillämpning beror av domstols prövning.

En del normer har skapats av härför behöriga myndigheter — lagregler i vidsträckt mening — eller fått sanktion av sådan myndighet — arbetsreglementen, reglerade priser och avgifter etc. Andra normer gäller utan sådana åtgärder från samhällets sida — främst olika slag av avtalsnormer. Väsentligt för begreppet avtalsrättslig norm är således inte att normen har en »officiell sanktion», utan den omständigheten att den *av domstol kan läggas som grund* — ensam eller jämte andra — för avgöranden i frågor

rörande avtal. När så är fallet, är normen relevant även för parterna i den verksamhet som ansluter sig till avtal.

Rättsnormerna förutsättes vara *generella*. De gäller för alla likartade situationer. Till avtalsrättens normer har i denna framställning dessutom hänförts *regler som gäller blott ett enskilt avtalsförhållande*. De regler, som intagits i det individuella avtalet, är nämligen bindande för såväl parter som domstol på i huvudsak samma sätt som generella normer. I den meningen utgör de rättsnormer. De har inryckts i det komplex som reglerar det enskilda avtalet. När en konkret avtalskonflikt skall lösas, är det irrelevant om en norm är generell eller individuell. Väsentligt är blott att den kan tillämpas.

Jfr Stig Jørgensen, Aftalen som form (TfR 1965 400—431) 415 f; Sundberg, 35 ff, använder termen konventionalregel i betydelsen »partsgiven norm i motsats till rättsregeln»; Germann, Grundlagen 36 f.

Innehållet i de rättsliga normerna är ofta fixerat på ett sådant sätt att det inte råder tvekan om normens innebörd och räckvidd. Därjämte finns det normer med obestämt innehåll vilka ger parter och domstol rörelsefrihet inom vissa gränser. Hit hör bl.a. standardregler (generalklausuler) och allmänna rättsprinciper.

Normernas faktiska betydelse för avtalsförhållandena kan variera avsevärt — absoluta lagregler måste tillämpas enligt sitt innehåll, allmänna rättsprinciper ger blott vissa riktlinjer för avgöranden etc. Oberoende av huru stark rättslig verkan en norm har hänförs den till gruppen avtalsrättsliga normer under förutsättning att den kan påverka avgöranden i avtalsrättsliga frågor.

Begreppet norm fattas här — såsom av det föregående framgått — i en mycket vid betydelse. Begreppsbestämningen har skett utan att ställning tagits till det teoretiska problemet om innebörden av begreppen norm och rättsnorm. Termen norm har bestämts med hänsyn till de praktiska och systematiska behov som framträder med avseende på regleringen av avtal och avtalsstörningar.

Betr. den senaste tidens diskussioner kring begreppet rättsnorm (rättsregel etc.) hänvisas bl.a. till Stig Strömholm, Till definitionen av begreppet »rättsregel» (SvJT 1969 168—198) jämte de där diskuterade uppfattningar som framförts av Olivecrona och Ross, se även Stig Jørgensen, Norm og virkelighed (TfR 1970 484—503), Lahtinen särsk. 123 ff, Makkonen 27 ff, Aho 32 ff.

Normer kan ändras under tiden mellan avtalets ingående och avtalets fullgörande — ny lagstiftning, nya prejudikat etc. Härvid kan tvekan uppstå huruvida den ursprungliga eller den senare tillkomna normen skall tillämpas. Problemet förbigås i denna framställning.

Termen norm (rättsnorm), med den innebörd som här tillagts den, är oförenlig med det hävdvunna begreppet *rättskälla*, som allmänt ansetts innefatta lag och sedvane-

rätt. I den mån man över huvud skall använda det diffusa begreppet rättskälla, borde det ges en sådan vidare innebörd att däri kan innefattas alla de olika slag av normer som gäller för domstolarnas avgöranden. Härvid har man särskilt att observera att de olika slagen av rättsregler — lagar, allmänna avtalsvillkor, prejudikat etc. — bildar delar av ett system. Normerna griper in i och kompletterar varandra. Domstolarnas avgöranden grundas ofta på mera än en enda norm. De förutsätter en helhetsbedömning med ledning av olika tillämpliga normer och relevanta fakta. I den bedömningen kan lag och sedvanerätt inte utan vidare ges prioritet. De måste ofta vika för andra normer, t.ex. avtalsnormer och allmänna rättsprinciper (skälighetsregeln etc.).

II. De rättsnormer, som är aktuella vid avtalsstörningar, kan med avseende på de situationer, som de reglerar, indelas i två grupper.

Jfr Olivecrona, Rätt och dom 148 ff, Per Olof Ekelöf, Förhållningsregler och domsregler (Festskr. Olivecrona, 1964 166—186).

1) Normerna i den första gruppen reglerar dels ingående av avtal, dels själva avtalsförhållandet med avseende på dess innehåll och rättsliga verkningar. De anger främst vad parterna har att göra och huru de bör förhålla sig vid ingående av avtal och med avseende på avtalets fullgörande. Sådana normer är t.ex. stadgandena om avtalsmekanismen i AvtL kap. 1 och HyresLs stadganden om hyresgästs och hyresvärds skyldigheter och rättigheter i hyresförhållandet.

De till denna grupp hörande normerna benämnes i det följande *handlingsnormer*. De reglerar den aktivitet som avtalets ingående och fullgörande utlöser eller borde utlösa hos parterna.

Termen handlingsnorm är inte särskilt bra. Det centrala däri är att det åligger part att göra något eller att låta bli att göra något. Normen innehåller påbud: du skall, eller förbud: du skall inte. Den andra parten har en förväntan att de åtgärder eller förhållanden, som normen reglerar, skall förverkligas. Han kan framställa anspråk på att så skall ske. Oberoende av om man ser normen från den förpliktade eller den berättigade partens sida kan den uppfattas som en handlingsregel. — En mera adekvat term vore måhända förhållningsregel (käyttäytymisnormi). Då den språkligt är mindre tillfredsställande, användes den inte i det följande.

En avtalsstörning innebär vanligen att en handlingsnorm inte följts eller inte kommer att följas. För att kunna avgöra om en avtalsstörning förekommit och hurudan den är måste man sålunda känna de för avtalsförhållandet gällande handlingsnormerna. Också avtalsstörningarnas rättsliga följder är beroende av innehållet i de handlingsnormer som åsidosatts. Följderna är t.ex. olika om den åsidosatta normen reglerar sättet för ingående av avtal, tidpunkten för gäldenärens prestation eller parts vårdnadsskyldighet.

2) De till den andra gruppen hörande normerna reglerar de situationer som uppkommer när avtalsstörningar inträtt. De har avseende på frågor som föranledes av avtalsstörningar, främst dessas verkningar. Det egentliga syftet med dessa normer är att ge rättsskydd åt den part som till följd av avtalsstörningen har ett behov härav. Detta sker så att normerna anger betingelserna för parts anspråk på rättsskydd (t.ex. förutsättningarna för hävning), omfattningen av parts krav (t.ex. beräknandet av ersättningsbelopp) eller sättet på vilket parts anspråk förverkligas (t.ex. reklamation). Normerna reglerar avtalsstörningarnas påföljder och därmed sammanhängande frågor. En adekvat term är *påföljdsnormer.*

Då påföljdsnormerna avser att ge part skydd i den situation, som avtalsstörningen framkallat, kunde de även kallas *rättsskyddsnormer.* Termen påföljdsnorm är likväl att föredra bl.a. därför att även handlingsnormerna indirekt tjänar parts rättsskydd i den meningen att normbundenheten vanligen leder till att avtalet fullgöres och part därigenom kommer till sin rätt utan omvägar.

Den följande redogörelsen för olika i avtalsförhållanden relevanta normer omfattar såväl handlingsnormer som påföljdsnormer. Normerna indelas i grupper med ledning av deras uppkomst och rättsliga grund.

2.2. Avtalsnormer

Med avtalsnormer betecknas i det följande bestämmelser som genom *medverkan* av bägge parter eller genom åtgärd av endast den ena parten gjorts till delar av det normkomplex som reglerar ett bestämt avtalsförhållande. De har sin grund i parts aktivitet.

Den partsaktivitet, som resulterar i bindande avtalsnormer, kan vara mycket olika.

Avtalsnormerna framträder vanligen i parternas uttryckliga förklaringar (viljeförklaringar). I varje avtal finns i regel normer av denna typ. De framstår som resultat av den ordinära avtalsmekanismens funktion (se AvtL kap. 1). Ibland kan man av parternas uppträdande och därmed sammanhängande omständigheter sluta sig till att vissa regler skall gälla i parternas inbördes förhållanden — »må anses avtalat». De nämnda bestämmelserna kan lämpligen kallas *egentliga avtalsnormer* (2.2.1.).

En allt vanligare typ av avtalsnormer utgör de *allmänna avtalsvillkoren.* Därmed avses bestämmelser som utformats för att framdeles användas i likartade avtal av viss typ (2.2.2.).

Till en tredje grupp bland avtalsnormerna har i det följande hänförts *normavtal* och *organisationsbeslut* (2.2.3.). De förra är avtal vilkas bestämmelser parterna bör följa vid ingående av enskilda avtal. Organisationsbesluten innehåller avtalsvillkor avsedda att följas av organisationens medlemmar när dessa ingår enskilda avtal.

Vad *innehållet* beträffar behöver de olika typerna av avtalsnormer inte skilja sig från varandra. En bestämmelse av visst innehåll kan i ett avtal vara uttryckligt överenskommen medan den i ett annat avtal gäller såsom ett allmänt avtalsvillkor eller såsom en del av ett normavtal eller ett organisationsbeslut. Olikheterna framträder huvudsakligen med avseende på *förutsättningarna* för att bindande avtalsnormer skall uppkomma. Härvid är att observera att den i AvtL kap. 1 reglerade avtalsmekanismen ingalunda är den enda möjliga. Såväl ingående av avtal som fixerande av det enskilda avtalets normer kan ske på olika sätt. Avtalsmekanismerna är många.

I princip kan parterna själva bestämma avtalsnormernas innehåll — *avtalsfrihet.* Begränsningar gäller likväl i viss utsträckning av hänsyn till allmänna intressen, tredje mans rätt och den svagare parten i avtalsförhållandet (se t.ex. HyresL § 51).

Särskilt den vidgade användningen av allmänna avtalsvillkor betyder att avtalsfriheten de facto begränsas. I många fall ingås avtal blott med det innehåll som allmänna avtalsvillkor anger. Parts valfrihet är starkt beskuren: avtal enligt de allmänna villkoren eller intet avtal alls (se s. 45).

Avtalsnormerna ger avtalet dess karaktär (avtalstyp) och konkreta utformning (innehåll). I den meningen är de primära.

2.2.1. *Egentliga avtalsnormer*

I. I första hand beaktar man de bestämmelser som parterna *uttryckligen* fastslagit att gälla i avtalsförhållandet. De kan ha utformats i skrift eller kommit till uttryck på annat sätt.

Dessa avtalsnormer uppkommer genom parternas ömsesidiga och överensstämmande förklaringar vanligen enligt den mekanism som regleras i AvtL kap. 1. Uttryckliga förklaringar erfordras likväl inte alltid. Även parts konkludenta handlande eller underlåtenhet kan leda till bindande avtalsbestämmelser.

Se även s. 133.

En överenskommen avtalsnorm är för handen även om parterna hävdar olika uppfattningar om normens innehåll, räckvidd eller syfte. I sådana fall fastställes innehållet genom tolkning. Resultatet av tolkningen kan komma att avvika från det parterna eller någon av dem avsett. Detta beror på att man vid tolkning av avtalsbestämmelser fäster avseende vid andra omständigheter än parts vilja, som ofta har en blott underordnad betydelse. Sålunda kan en avtalad norm komma att avvika från det som part ansåg gälla när avtalet ingicks.

II. Till de egentliga avtalsnormerna hör även det som »*må anses avtalat*» — bestämmelser om vilka parterna inte uttryckligen överenskommit men vilka likväl genom

parternas aktivitet kan anses ha blivit delar av det för avtalsförhållandet gällande normkomplexet.

Formuleringen »må anses avtalat», som allmänt användes, är närmast tagen ur SvKöpL § 1 m. 1. — Se även de analoga uttrycken i ArbAvtL § 6 »bör anses förutsatt» och SjöL § 71 »uttryckligen överenskommet eller eljest må anses avtalat».

Avtalets förverkligande förutsätter ofta att man följer normer som inte alls eller inte tillräckligt tydligt formulerats när avtalet kom till. Utan dem blir avtalsregleringen vanligen ofullständig. Sådana kompletterande avtalsnormer kan med större eller mindre sannolikhet härledas ur diskussioner under avtalsförhandlingarna, parts uppträdande eller passivitet, avtalets syfte, regler som tidigare följts i liknande avtalsförhållanden etc.

Den sistnämnda omständigheten har särskild betydelse i handelsförhållanden. Där väljer man i stor omfattning standardiserade lösningar. Om ett avtal upprepas utan att parterna i detalj kommer överens om villkoren, kan man anse dem ha omfattat bestämmelserna i det tidigare avtalet ifall inte särskilda skäl kan anföras häremot. På samma sätt kan ett ofullständigt avtal kompletteras med bestämmelser från liknande avtal som part ingått med någon annan.

För de *formbundna* avtalens del är situationen i viss mån en annan. I fråga om överlåtelse av fastighet gäller sålunda, enligt den tolkning som allmänt givits JB 1: 2, att parterna är bundna blott av det som intagits i överlåtelsehandlingen. Detta utesluter likväl inte att handlingsnormer, som är oklara eller ofullständiga, fixeras i stöd av vanliga tolkningsregler. I begränsad omfattning bör man likaså såsom avtalade normer kunna uppfatta sådant som »må anses avtalat».

Det har i rättspraxis ansetts att fastighet eller del i fastighet kunnat tilläggas annan än den som i köpebrevet uttryckligen nämnts som köpare; se *HD 1964 II 83, 1953 II 148* samt Zitting — Rautiala 253 med hänvisningar.
Se även JordlegoL § 3 m. 2.

Formuleringen »må anses avtalat» är obestämd. Klara riktlinjer för avgörandena kan inte dras. Bedömningen måste ske på basen av omständigheterna in casu.

Ofta gäller det att utröna vad parterna förmodas ha avsett eller förutsatt. Ett klarläggande av bara den ena partens avsikt är däremot i regel inte tillfyllest.

HD 1949 II 271: tvisten gällde huruvida köparen i tid gjort anmärkning om fel i den maskin han köpt; i HD:s motivering (3: 2) uttalas, att man kunde förmoda (päätellä) att båda parterna förutsatt, att köparen inom kort tid efter köpslutet skulle ge order om maskinens översändande och betala priset, varför reklamation borde ha skett inom skälig tid räknat från köpets ingående; då detta inte skett, ansågs avtalet vara bindande och köparen förpliktades att betala den återstående delen av priset.

Också andra omständigheter än parternas förmodade vilja eller avsikt har relevans. Ofta gäller det att framhäva faktiska omständigheter som kompletterar de uttryckliga normerna samt möjliggör eller underlättar deras följdriktiga tillämpning.

2.2.2. *Allmänna avtalsvillkor*

I. Med *allmänna avtalsvillkor* menar man bestämmelser som utformats för att användas i avtal av viss typ som senare kommer att ingås. Dessa enskilda avtal förekommer ofta i stort antal (massavtal). Från de egentliga avtalsnormerna (2.2.1.) skiljer sig de allmänna avtalsvillkoren däri att de inte tar sikte på ett bestämt avtalsförhållande. Det är fråga om en innehållsmässig standardisering av normer för likartade avtal. Därför kan man också tala om *standardavtal* eller typavtal. De användes även för att länka norminnehållet i likartade avtal i viss riktning (dirigerade avtal).

I och för sig har allmänna avtalsvillkor vanligen inte rättslig betydelse. De blir rättsligt relevanta först när de anknyts till *ett enskilt avtal.*

Man använder även termerna agreed documents, contracts of adhesion etc.; se Olsson 8 f, Ole Lando, Standardkontrakter, et forslag og et perspektiv (TfR 1966 345—365) 345 f.

Allmänna avtalsvillkor avser ofta en total eller nästan total reglering av det avtalsförhållande som de hänför sig till. De lämnar endast några få punkter öppna för särskild överenskommelse mellan parterna i det enskilda avtalet och för dispositiva lagregler. Ibland förekommer likväl att standardnormerna reglerar blott vissa frågor, t.ex. parts ansvar för felaktig prestation.

Nästan inom alla branscher, där likartade avtal ingås i större antal, förekommer numera allmänna avtalsvillkor. Man kan särskilt nämna transport- och försäkringsbranscherna samt försäljning av industriprodukter, avbetalningshandel, byggnadsverksamhet och bankrörelse.

De *syften*, som man strävar att tillgodose genom allmänna avtalsvillkor, är olika. Främst framträder behovet att *rationalisera* avtalsmekanismen. Man sparar tid och arbete. Man eftersträvar också en *likartad behandling* av alla kunder. Dessa syften kan tjäna vardera parten i det enskilda avtalet. Ofta *fixerar* och *standardiserar* man parternas skyldigheter och ansvar, t.ex. genom att formulera detaljerade force majeureklausuler. Avsikten kan också vara att *skapa regler* vilka avviker från gällande dispositiva lagstadganden eller rättspraxis, som t.ex. framstår såsom mindre ändamålsenliga till följd av en faktisk utveckling. Därtill kommer att den part, som utformat allmänna avtalsvillkor eller företräder den intressegrupp på vars åtgärd de tillkommit, ofta avser att *stärka sin ställning* i de enskilda avtal som han ingår. Allmänna avtalsvillkor utformas inte sällan så, att de åtminstone i en del punkter ensidigt tillgodoser denna

parts intresse. Den stärkta positionen accentueras ytterligare av att den andra partens avtalsfrihet blir starkt begränsad: ofta har han att välja mellan att sluta avtal enligt de allmänna avtalsvillkoren eller att avstå från att ingå avtal.

Se bl.a. Stig Jørgensen, Aftalen som form (TfR 1965 400—431) 410 f och där åberopad litteratur; Reino Erma, Sopimusoikeutta yleisten sopimusehtojen valossa I (DL 1971 316—322) 318 ff. — Rodhe, JFT 1957 6 ff.

Alla dessa syften bör beaktas när man bedömer de allmänna avtalsvillkoren.

Allmänna avtalsvillkor kan *uppkomma* på olika sätt. Ofta har de formulerats av en näringsidkare för att användas i hans rörelse: allmänna leverans- eller avbetalningsvillkor, allmänna försäkringsvillkor etc. Dessa villkor kan t.ex. delges blivande kunder i cirkulär, prospekt, kataloger m.m. Ibland fixeras allmänna avtalsvillkor genom överenskommelse mellan företagare i samma bransch eller på försorg av deras branschorganisation. Det förekommer även att allmänna avtalsvillkor antas på basen av förhandlingar som förts mellan intressenter som representerar motparter i enskilda avtal, t.ex. redare och befraktare, tillverkare och återförsäljare, fastighetsägare och hyresgäster. Avtalsvillkor av denna typ (agreed documents) framstår ofta som kompromisser mellan motsatta ståndpunkter och är sålunda inte ensidigt präglade.

T.ex. de nordiska speditionsvillkoren är resultat av förhandlingar mellan företrädare för speditörsintressen och befraktarintressen; se Grönfors — Hagberg, De nordiska speditionsvillkoren 16 f.

Inom den internationella sjöfarten kan man t.ex. nämna Baltcon-certepartiet som tillkommit förhandlingsvägen. — Se även Strömholm, 25 NJM Förhandl. 510 ff.

Oberoende av huru de allmänna avtalsvillkoren tillkommit gäller i stort sett likartade regler för deras tillämpning i enskilda avtalsförhållanden.

I undantagsfall kräver allmänna avtalsvillkor samtycke av myndighet. En fastställelse ändrar inte deras karaktär av avtalsnormer. De blir inte därigenom av myndighet utfärdade föreskrifter utan betraktas som avtalsnormer.

En del av de avtalsvillkor, som gäller livförsäkring, skall fastställas av social- och hälsovårdsministeriet, det gäller bl.a. beräknandet av försäkringspremierna och påföljderna av underlåtenhet att betala premie, FörsBolL 30.12. 1952 § 67. — Med avseende på en eventuell jämkning av sådana avtalsvillkor kan avseende fästas vid att de fastställts av myndighet, som i viss mån har att se till att den part, som inte utarbetat villkoren (t.ex. försäkringstagare), inte blir förfördelad.

Ifall bestämmelser av typen allmänna avtalsvillkor intagits i lag eller annan författning, har de förlorat sin karaktär av avtalsnormer.

I JärnvTrafikS ingår bestämmelser av samma slag som allmänna avtalsvillkor för andra typer av fraktavtal.

Den omständigheten att samma normer gäller för många avtal föranleder inte i och för sig en bedömning som avviker från den vanliga. Det som parterna uttryckligen överenskommit eller anses ha avtalat gäller oberoende av om avtalsvillkoren är individuella eller allmänna.

Man kan likväl inte förbise, att de allmänna avtalsvillkoren, som är avsedda att gälla generellt för avtal av viss typ och som blir bindande under särskilda förutsättningar (II), har en annan karaktär än de egentliga avtalsnormerna. De kan komma att gälla oberoende av parts vilja. För part framstår de allmänna avtalsvillkoren ofta såsom regler utanför själva avtalet. Även om bägge parter omfattat dem har åtminstone den ena parten inte påverkat deras innehåll. I många fall kan de snarare likställas med dispositiva lagregler än med avtalade bestämmelser. Avfattandet av standardvillkor för bestämda typer av avtal, t.ex. fraktavtal och försäkringsavtal, kan ofta i sak jämföras med den verksamhet genom vilken lagnormer tillkommer. Den allt vanligare användningen av detaljerade och genomarbetade allmänna avtalsvillkor, från vilka de enskilda avtalen sällan avviker, låter dessa villkor alltmera framstå som en *speciell rättsbildning*. Många allmänna avtalsvillkor utgör de facto normer vilka, på samma sätt som de dispositiva lagreglerna, kompletterar egentliga avtalsnormer och i stor utsträckning gör dessa överflödiga.

På senare tid har de allmänna avtalsvillkoren framhävts som en särskild rättsbildning, se betr. detta problem och de allmänna avtalsvillkorens karaktär bl.a. Jacob Sundberg, Avtalstyper och typavtal (SvJT 1961 11—30), Strömholm, 25 NJM 505 ff.

Den allmänna uppfattningen kan sägas vara att de allmänna avtalsvillkoren inte kan jämföras med normer utanför avtalet, se bl.a. Raiser 157 ff, Schmidt — Salzer 45 ff, 56; jfr fransk doktrin där man präglat begreppet »contrat d'adhésion» (Saleilles), som trots namnet inte uppfattas som ett egentligt avtal utan snarare som en rättsbildning av samma natur som lagregler, denna uppfattning har likväl inte allmänt omfattats i det franska rättslivet.

Oberoende av huru man rättsligt karaktäriserar de allmänna avtalsvillkoren bör man ha klart för sig att de, ehuru de i många avseenden har en annan karaktär än de egentliga avtalsbestämmelserna, i väsentliga avseenden bör bedömas på samma sätt som dessa. Under förutsättning att allmänna avtalsvillkor blivit gällande i det enskilda avtalsförhållandet har de samma rättsverkan som uttryckligen överenskomna bestämmelser, och de utesluter sålunda tillämpningen av dispositiva lagregler. För avtal gällande ogiltighets- och jämkningsregler kan tillämpas. Särskilt frågan om jämkning av oskäliga avtalsbestämmelser får stor betydelse för de allmänna avtalsvillkorens del.

II. De allmänna avtalsvillkoren erbjuder problem som inte alltid kan lösas enligt vanliga avtalsrättsliga regler. Dessa spörsmål skall här beröras i huvudsak endast till

den del de avser *förutsättningarna* för allmänna avtalsvillkors normerande verkan med avseende på enskilda avtal. Den centrala frågan är: när blir allmänna avtalsvillkor bindande i det enskilda avtalsförhållandet?

Part kan inte ensidigt bestämma ett avtals innehåll. För att allmänna avtalsvillkor skall gälla ett enskilt avtal måste man kunna peka på någon omständighet som föranleder att motparten blir bunden. Det måste finnas ett faktum som knyter allmänna avtalsvillkor till ett enskilt avtal.

Dessa *anknytningsfakta* kan vara av många olika slag, beroende på att förhållandena starkt varierar. I det följande anges några riktlinjer. Också andra anknytningsfakta än de, som kommer att nämnas, kan tänkas ifrågakomma.

Åtminstone i nordisk rätt synes det inte motiverat att uppställa en allmän princip för anknytning av allmänna avtalsvillkor till enskilda avtal. En kasuistisk bedömning med utrymme för avgöranden in casu är att föredra.

I tysk rätt har man försökt konstruera en allmän anknytningsprincip. Enligt Reichsgericht blir allmänna avtalsvillkor bindande genom »Unterwerfung», vad därmed avses är inte helt klart, i doktrinen har olika betydelser angivits, det centrala i begreppet är en förklaring genom vilken den part, som inte uppställt avtalsvillkoren, erkänner dessa som grund för avtalet. Enligt Raiser, 151 ff, blir allmänna avtalsvillkor beståndsdelar av det enskilda avtalet genom »Verweisung», som förutsätter att bägge parters förklaringar är inriktade på anknytningen, Verweisung ingår vanligen i parternas avtalsförklaringar; om dessa ej tydligt omfattar de allmänna avtalsvillkoren, bör man genom tolkning klarlägga om parternas uppträdande kan fattas såsom Verweisung. Ifall man inte når resultat på denna väg, kan man beakta omständigheter som pekar på att Verweisung följer av »Verkehrssitte» utan egentlig Verweisungserklärung (159, 199 ff). Den allmänna principen om Verweisung måste i praktiken konkretiseras, vilket skett genom uppställande av typiska »Verweisungstatbestände» (179 ff), på denna väg har man de facto kommit till en kasuistisk bedömning. — Schmidt — Salzer, 56 ff: de allmänna avtalsvillkoren är ensidigt utformade avtalsbestämmelser, grunden för deras tillämplighet i det enskilda avtalet är »Einbeziehungsvereinbarung» genom vilken den part, som uppställt de allmänna avtalsvillkoren, har fått bemyndigande att komplettera de mellan parterna överenskomna avtalsbestämmelserna med ensidigt utformade regler, den positivrättsliga grunden utgör BGB § 315, enligt vilket lagrum part kan ha rätt att ensidigt bestämma en avtalsprestation (s. 72); Schmidt—Salzer redogör även för typiska »Einbeziehungssituationen», 124 ff.

Enligt engelsk rätt fordras det för att part skall kunna åberopa en bestämmelse i ett standardavtal att den har blivit »incorporated» i avtalet, detta sker genom underskrift eller »notice»; se härom Treitel 131 ff, Chitty I nr 586 ff.

De allmänna avtalsvillkoren kan ha ingått i parternas anbud och svar och därigenom *uttryckligen inryckts* i det enskilda avtalet. De gäller då i stöd av den allmänna avtalsmekanismens regler (AvtL kap. 1) och framstår såsom egentliga avtalsnormer.

Ofta ingås avtal så att ett *formulär* ifylles och *undertecknas* av parterna. De allmänna avtalsvillkor, som ingår i formuläret, accepteras genom undertecknandet. Underlåten-

het att ta del av formulärets detaljföreskrifter tillmätes inte betydelse. Det anses allmänt att part är bunden trots bristande kännedom om innehållet i allmänna avtalsvillkor som framlagts på detta sätt.

Ett skriftligt avtal kan *hänvisa* till allmänna avtalsvillkor. Hänvisningen kan vara uttrycklig. Den kan även bestå däri att avtalsvillkoren förekommer på avtalsskriftens baksida eller i särskild bilaga. Också i dessa fall gäller avtalsvillkoren oaktat part inte tagit del av dem. Härvid förutsättes likväl att part vid avtalets ingående eller därförinnan haft reella möjligheter att få se avtalsvillkoren och bilda sig en uppfattning om deras innebörd. Om allmänna avtalsvillkor offentliggjorts, kan man förmoda att part kunnat ta del av dem.

Raiser, 170 f, anser att en Verweisung, som omfattar allmänna avtalsvillkor vilkas innehåll part ej känt, är att uppfatta som en »Risikoerklärung», part tar på sig risken av att inträda i ett avtal enligt de allmänna avtalsvillkoren. Schmidt — Salzer, 63 ff, polemiserar mot denna uppfattning.

Ofta kan de allmänna avtalsvillkoren hänföras till det som *»må anses avtalat»*. I sådana fall är det inte fråga om klara hänvisningar. På basen av parternas uppträdande, diskussioner som föregått avtalets ingående, underlåtenhet att göra invändning mot avtalsvillkor, som företetts under förhandlingar, etc. kan man sluta sig till att allmänna avtalsvillkor knutits till avtalet.

I här avsedda fall kan man ibland ha vägledning av stadgandet i AvtL § 6 m. 2. I stöd av detta lagrum kan man anse att part, som inte reklamerat, kan bli bunden av avtalsvillkor vilka inte direkt ingått i vare sig anbud eller svar; se Hjalmar Karlgren, Några synpunkter på den köprättsliga formulärrätten (JFT 1967 415—434) 419 f. — Se *HD 1933 II 451:* köparen ansågs ha godkänt de försäljningsvillkor som ingick i säljarens bekräftelse av köparens beställning.

Ifall allmänna avtalsvillkor ger uttryck åt *kutymer* (handelsbruk), anses de gälla utan hänvisning.

Se Grönfors — Hagberg, De nordiska speditionsvillkoren 19 f.

För olika områden har utbildats sedvänjor för sättet att göra standardvillkor till led i avtalet. Under samma betingelser som sedvänjor är bindande kan sådana villkor bli gällande.

Se Schmidt, 24 NJM bil. 7 s. 14.

Om part i ett *tidigare avtal* varit bunden av motpartens allmänna avtalsvillkor, kan dessa utan särskild förklaring anses gälla i ett senare likartat avtal. Undantagslöst är detta likväl inte fallet. Man har att vid prövningen in casu bl.a. beakta tidsavståndet

mellan avtalen, det inbördes sammanhanget mellan avtalen samt huruvida väsentliga ändringar skett i de allmänna avtalsvillkoren.

Denna situation förekommer främst i fasta affärsförbindelser, se Olsson 22, Palmgren—Olsson 78, Ussing, Aftaler 429, Kristen Andersen, Om standardkontraktsvilkår i kjøp (TfR 1964 321—339) 329 f.

Starka skäl talar för att låta allmänna avtalsvillkor gälla även i andra situationer än de som här nämnts. Främst ifrågakommer de fall då de allmänna avtalsvillkoren utgör en *nödvändig beståndsdel* i det enskilda avtalet och det sällan förekommer att avtal ingås utan sådana villkor eller med avvikelse från dem. I massavtal av denna typ finns det över huvud inte plats för andra bestämmelser än de allmänna avtalsvillkoren. Det ges intet alternativ. De allmänna avtalsvillkorens faktiska dominans leder i praktiken till att villkoren kommer att gälla utan särskild hänvisning och oberoende av om part tagit del av dem eller ej. Detta är en naturlig lösning under förutsättning att part haft anledning att räkna med att allmänna avtalsvillkor gäller och möjlighet att, om han så önskar, på förhand få se dem. Reklamationsmöjligheten bör likväl lämnas öppen (III). Likaså är det angeläget att kunna jämka villkor som vid tillämpningen visar sig oskäligt betungande eller stränga.

Se Olsson 23 f, Huugo Raninen, Vahvistuskirje sopimuksen tekemisessä (Helsinki 1937) 107 ff, Kivimäki—Ylöstalo 218, Aho 189 f, Ussing, Aftaler 429 f, Lando, TfR 1966 349 f, Halvor Lund Christiansen, Standardvilkår (Juridisk Grundbog, 2 udg. København 1967 434—469) 446.

I tysk rätt har bundenhet vid allmänna avtalsvillkor i sådana situationer grundats på »Verkehrssitte», se Raiser 199 f.

III. När allmänna avtalsvillkor, som enligt det föregående (II) inte binder part, delgivits honom *efter avtalets ingående*, borde de enligt gängse regler om slutande av avtal inte tillmätas betydelse. Det är dock knappast riktigt att stanna vid detta negativa konstaterande.

Se även HD:s avgörande 15.6. 1965 återgivet i DL 1966 rättsfallsavd. s. 11: avtalsvillkor (i gruppförsäkringsavtal) hade över huvud inte delgivits försäkringstagaren; en bestämmelse, som begränsade försäkringsgivarens ansvar, ansågs likväl bindande då den inte avvek från försäkringsavtalslagen; kommentar till rättsfallet (Kyläkallio) s. 13—16.

Två frågor uppkommer. Kan part, som underlåter att reklamera, bli bunden av allmänna avtalsvillkor? Kan part genom reklamation frigöra sig från avtalet?

Det har ansetts att *reklamationsskyldighet* föreligger när bekräftelsebrev innehållande allmänna avtalsvillkor tillställes part efter det avtalet ingåtts. Detsamma har sagts gälla när försäkringsbrev eller konossement utges efter det försäkrings- resp. fraktavtal slutits. I dessa fall utgör det skriftliga beviset över avtalet en så integrerande

del av själva avtalsprocessen, att part, som inte vill finna sig i de utförligare avtalsvillkor som på detta sätt presenteras, bör anses skyldig att reklamera.

Se Olsson 19 f, Raninen, Vahvistuskirje 107 f, Ussing, Aftaler 431, Raiser 192, 195.

Reklamationsskyldigheten bör inte inskränkas till de nämnda fallen. Generellt kan sägas, att det är motiverat att i stor utsträckning låta allmänna avtalsvillkor gälla när part förhåller sig passiv. Särskilt gäller detta i förhållandet mellan köpmän. Klara riktlinjer kan inte dras. Det måste ske en bedömning in casu. Av betydelse är framför allt huruvida det utöver de särskilt överenskomna villkoren fordras kompletterande regler i form av allmänna avtalsvillkor. Där så är fallet bör man kräva att part tar del av de allmänna avtalsvillkoren när de kommer honom till handa. Om han inte gör det, ligger det nära att låta hans passivitet leda till att han blir bunden.

Olsson, 23, pekar på reklamationsskyldighet när det inom en bransch är fast kutym att begagna vissa allmänna avtalsvillkor.

Om de allmänna avtalsvillkoren delges part först i slutskedet av avtalsförhållandets avveckling, mildras kravet på reklamation.

Se Olsson 21, Raiser 196.

Vilken betydelse har en *reklamation*?

Parts reklamation kan avse de allmänna avtalsvillkoren i deras helhet eller enskilt villkor. Två alternativ är möjliga: avtalet gäller utan de allmänna avtalsvillkoren eller utan det villkor, mot vilket invändning gjorts, varvid avtalet utfylles på vanligt sätt (dispositiva lagregler etc.), *eller* part anses ha frånträtt avtalet.

Det förra alternativet synes vara det naturliga. De allmänna avtalsvillkoren utgör ett ensidigt tillägg till det definitivt ingångna avtalet. Om detta tillägg inte godtas, borde avtalsförhållandet gälla enligt de avtalsnormer som part accepterat. Part bör inte ensidigt kunna påtvingas avtalsvillkor som han inte anser sig kunna godkänna.

I praktiken måste man likväl ofta stanna för det senare alternativet — genom reklamation avstår part från avtalet. Ofta ingås avtal över huvud inte med annat innehåll än de allmänna avtalsvillkoren anger. Dessa utgör en så väsentlig del av de för avtalsförhållandet gällande normerna, att ett avtal utan dem i praktiken inte förekommer. Särskilt när part är medveten om att allmänna avtalsvillkor användes, är det naturligt att hans valrätt inskränkes till två möjligheter: avtal enligt de allmänna avtalsvillkoren eller intet avtal alls. Den omständigheten att avtal redan slutits inverkar inte. Parts rättsskydd tillgodoses genom att man ger honom möjlighet att frånträda avtalet.

Denna möjlighet att frånträda avtalet bör likväl inte gälla obegränsat. Obenägenheten att godkänna mindre väsentliga villkor får inte av part tas som förevändning att annulera ett ingånget avtal. Part har normalt att finna sig i den reglering som de allmänna avtalsvillkoren innebär. Dessa anger de förutsättningar på vilka motparten anser sig böra ingå avtal. Endast då fråga är om väsentliga avtalsvillkor, som part inte varit medveten om eller räknat med, är det motiverat att låta honom frigöra sig från avtalet genom reklamation. Om part avstår från avtalet, kan han bli skyldig att betala vederlag för de förmåner han åtnjutit under den tid avtalsförhållandet eventuellt varit i kraft.

Avtal om brandförsäkring kan t.ex. ingås per telefon, varvid försäkringsgivarens ansvar omedelbart kan inträda. Om försäkringstagaren, när han senare mottar försäkringsbrevet med de allmänna försäkringsvillkoren, finner att dessa i något väsentligt avseende inte motsvarar det han utgått från — försäkringsgivarens ansvar är t.ex. uteslutet i situationer som är av särskilt intresse för försäkringstagaren — kan han genom reklamation annulera avtalet.

IV. De riktlinjer som här angivits (II och III) kan inte följas i alla situationer. I brist på lagstadganden och vägledande rättspraxis måste *den konkreta bedömningen* ges stort utrymme. Härvid är det av vikt att fästa avseende vid avtalsvillkorens innebörd och betydelse. Allmänna avtalsvillkor, som väsentligt påverkar parts intressen i en för honom negativ riktning, bör kunna göras gällande endast om ett klart anknytningsfaktum är för handen. Detta gäller t.ex. avtalsvillkor som på ett kännbart sätt åvälver part förpliktelser eller begränsar hans avtalsenliga rättigheter. Detsamma kan anses gälla om allmänna avtalsvillkor väsentligen avviker från dispositiva lagregler eller innebär ovanliga lösningar. För den som använder allmänna avtalsvillkor, kan det sägas förefinnas en rätt långt gående skyldighet att orientera sin medkontrahent om såväl villkorens existens som deras innehåll. Detta gäller speciellt när standardvillkoren starkt avviker från gällande lagregler eller begränsar medkontrahentens rättigheter, t.ex. hans möjligheter att vid avtalsbrott göra gällande vanliga påföljder. Orienteringsplikten skärpes när medkontrahenten inte är fackman (köpman).

Friskrivningsklausuler har inte godkänts när de ej kommit till parts kännedom, se *HD 1930 II 477* (HovRs motivering).

Se Palmgren — Olsson 78, Godenhielm 30, Grönfors — Hagberg, De nordiska speditionsvillkoren 21, Ussing, Aftaler 185, 430, Christiansen, Juridisk grundbog 447, A. Vinding Kruse, 21 NJM 160, Lando, TfR 1966 348 f, Andersen, TfR 1964 328, 330 f, Karlgren, JFT 1967 428, Ole Lund, Noen betraktninger vedrørende avtaler og kutymer i sivilt kjøp (TfR 1962 64—80) 74 ff. — Raiser 175 f: enligt tysk rättspraxis bör part uttryckligen uppmärksamgöras på allmänna avtalsvillkor som innehåller ovanliga bestämmelser.

Om allmänna avtalsvillkor tillkommit genom förhandlingar mellan motstående in-

tressegrupper (agreed documents), har de vanligen en mera »objektiv» utformning än ensidigt fastställda standardnormer. I tveksamma fall ligger det närmare att låta dem gälla i enskilda avtal än att utesluta deras tillämplighet.

Om allmänna avtalsvillkor *ändras* under det enskilda avtalets bestånd, gäller de ursprungliga och inte de ändrade villkoren. De nya avtalsvillkoren kan dock bli gällande, t.ex. när i de ursprungliga villkoren intagits en klausul att eventuella nya villkor tillämpas på äldre avtal.

Se även Raiser 225 ff.

Det som här sagts om allmänna avtalsvillkor, ger vid handen att de är bindande oaktat den normala *avtalsmekanismen* inte trätt i funktion. Stadgandena i AvtL kap. 1 om ingående av avtal tar sikte på situationer då två likaberättigade och jämställda parter når enighet om avtalets samtliga villkor. Denna reglering är ingalunda uttömmande. Avtal och avtalsnormer kan uppkomma i annan ordning. Bundenheten vid allmänna avtalsvillkor är ytterst en konsekvens av det faktum att en del avtal normalt ingås blott på enhetliga villkor som på förhand bestämts. Part har oftast att välja mellan att ingå avtal enligt de allmänna villkoren eller att avstå från avtalet.

Allmänna avtalsvillkor kan genom upprepad användning ha blivit så allmänna och allmänt godtagna, att de betraktas som rättsliga sedvänjor. Deras normerande verkan bestämmes då av det som gäller för handelsbruk (s. 59).

Se bl.a. Almén § 1 vid not 7 ff, Karlgren, Kutym 70, JFT 1967 419, Rodhe, 21 NJM 165 f, Schmidt — Salzer 132 ff.

Om allmänna avtalsvillkor strider mot det som parterna uttryckligen överenskommit eller kan anses ha avtalat, gäller de inte. I den meningen är de subsidiära normer.

Se Christiansen 450, Raiser 230 ff.

När part, enligt det som här sagts, inte bundits vid motpartens allmänna avtalsvillkor — oaktat avtalet gäller — är det likväl möjligt att i viss utsträckning tillämpa dem. Det kan sålunda vara rimligt att låta part åberopa en förmån som de allmänna avtalsvillkoren ger. När luckor i avtal skall fyllas, kan man hänvisa till liknande fall. Allmänna avtalsvillkor kan härvid ge vägledning.

V. Allmänna avtalsvillkor utformas i regel av den ena parten eller av någon som representerar hans intressen. Det blir lätt så att de ensidigt tillgodoser denna parts fördel. Den andra parten är ofta i underläge. Om han vill ingå avtal, är han ofta hänvisad till de allmänna villkoren. Han har därför ett klart behov av *skydd* mot allmänna avtalsvillkor som är oförenliga med hans intressen eller annars oförmånliga.

Om man i överensstämmelse med det som ovan sagts anser att allmänna avtals-

villkor i stor utsträckning binder part utan att av honom uttryckligt godkännas, blir det nödvändigt att i gengäld ge honom ett tillräckligt skydd. Ett tillgodoseende av det praktiska livets påtagliga behov att låta allmänna avtalsvillkor gälla, kräver som motvikt regler som skyddar part i underläge.

En utväg är att tillämpa grundsatsen om *tro och heder* (AvtL § 33). Det är möjligt att part inte beredes tillfälle att tillräckligt noga ta del av de allmänna avtalsvillkoren, att de är svåra att förstå av andra än fackmän eller att bland dem insmusslas betungande och begränsande villkor. En bedömning av konkreta situationer kan leda till att det enskilda avtalet helt eller delvis ogiltigförklaras emedan det skulle strida mot tro och heder att åberopa de allmänna avtalsvillkoren.

Man kan peka på andra lösningar. Ett oklart villkor *tolkas* till nackdel för den part som utformat det.

Palmgren – Olsson 80.
Jfr Hakulinen 103: allmänna avtalsklausuler bör tolkas såsom rättsnormer, d.v.s. enligt en rent objektiv tolkningsmetod.

Allmänna avtalsvillkor, som är uppenbart obilliga eller otillbörliga, kan *jämkas* eller helt försättas ur kraft.

Betr. jämkning s. 157.

En reglering, som binder part vid allmänna avtalsvillkor utan hans aktiva medverkan (II, III), kräver som motvikt och komplettering skyddsregler av de slag som här nämnts.

2.2.3. *Normavtal och organisationsbeslut*

I. Med *normavtal* avses i det följande avtal vilkas bestämmelser parterna förbundit sig att följa när de ingår enskilda avtal av viss beskaffenhet. De fixerar på förhand en del av de enskilda avtalens bestämmelser. Normavtal förpliktar inte till ingående av enskilda avtal men förutsätter att sådana slutes. Deras bestämmelser skiljer sig principiellt från de i det föregående behandlade allmänna avtalsvillkoren därigenom att parterna förbundit sig att följa dem.

Se särsk. Ussing, Aftaler 229 ff.

Normavtalen utgör ofta led i konkurrensreglerande verksamhet. Ibland fastställes förmåner och skyldigheter som skall gälla i avtal vilka parterna senare ingår med varandra. I andra fall gäller regleringen de villkor som normavtalets parter skall följa i avtal med tredje man. Kollektivavtalen utgör en särskild kategori bland normavtalen.

Den omständigheten att lagstiftningen strävar att främja fri konkurrens påverkar i och för sig inte giltigheten av konkurrensbegränsande normavtal. Möjliga skadliga verkningar bekämpas på annat sätt. I undantagsfall är en konkurrensbegränsande föreskrift i ett normavtal ogiltig, se förbudet mot bruttopris i § 18 av L om främjande av ekonomisk konkurrens 3.1. 1964.

I fråga om normavtalens reglerande verkan skiljer man mellan två grupper av enskilda avtal: avtal ingås mellan parter i normavtalet (1), eller mellan part i normavtalet och tredje man (2).

1) Villkoren i normavtal gäller automatiskt i enskilda avtal som ingås mellan *parter i normavtalet*. Hänvisning eller annat anknytningsfaktum erfordras inte. Det är tillräckligt att det enskilda avtalet faller inom normavtalets tillämpningsområde. Vardera parten kan påkalla tillämpningen av normavtalets bestämmelser.

Parterna kan i det enskilda avtalet ha *avvikit från normavtalet*. Vilka bestämmelser skall i detta fall anses gälla?

Två lösningar är möjliga: det enskilda avtalets särskilt överenskomna regler gäller *eller* dessa träder åt sidan och ersättes av normavtalets motsvarande bestämmelser. Ett val mellan dessa alternativ utfaller inte lika i alla situationer.

Om de som ingått det enskilda avtalet, är de *enda parterna i normavtalet*, kan de, när de är ense, avvika från bestämmelserna i detta. Normavtalet har i viss mening karaktären av ett föravtal, från vilket avvikelser kan ske genom särskild överenskommelse.

Situationen är en annan när det finns *andra parter i normavtalet*, t.ex. ett avtal som i konkurrensreglerande syfte ingåtts mellan flera företagare. Det väsentliga synes vara att parterna förbundit sig att följa normavtalets bestämmelser. En avvikelse innebär ett brott mot normavtalet. De facto kommer detta avtalsbrott att rikta sig mot personer som står utanför det enskilda avtalet. Det ligger därför nära att anse att de i normavtalet delaktiga personerna generellt och med bindande verkan reglerat ett visst avtalsområde. Denna reglering gäller så länge inte normavtalets samtliga parter samtyckt till en avvikelse.

Det sagda innebär att det enskilda avtalets mot normavtalet stridande föreskrift inte blir gällande. I dess ställe träder normavtalets motsvarande bestämmelse. Det finns enligt min tanke inte anledning att rygga tillbaka för uppfattningen att normavtalet i överensstämmelse med parternas överenskommelse har en sådan direkt verkan. För detta kräves inte någon lagstiftning. Det ligger intet onaturligt i att avtalsnormer har automatisk verkan i förhållandet mellan parter som är bundna av dem. Den reglering av ett visst verksamhetsområde, som normavtalets parter avsett att åstadkomma, skulle annars splittras. Hänsynen till övriga parter i normavtalet kräver att avvikelser inte förekommer.

Ussing, Aftaler 231 f jämte hänvisningar till dansk litteratur; a.å. Olsson 26 f; Raiser 119 ff, 181 f: normavtalet anger endast riktlinjer, en automatisk verkan av normavtalets bestämmelser är möjlig endast i stöd av lagstiftning.
Jfr KollAvtL § 6.

Det sagda gäller inte om normavtalets bestämmelser blott utgör *rekommendationer* eller om avtalet kan tolkas så, att dess villkor inte är tvingande för parterna. De kan i dessa fall åsidosättas genom särskild överenskommelse. Om en sådan inte föreligger, gäller rekommendationerna automatiskt som utfyllande normer i det enskilda avtalet.

Se Kivimäki — Ylöstalo 217.

Samma normavtal kan innehålla såväl tvingande föreskrifter som rekommendationer. Ordningsföreskrifter kan ofta uppfattas såsom inte bindande anvisningar, medan bestämmelser, som gäller de enskilda avtalens materiella innehåll, presumeras vara tvingande.

2) Läget är ett annat när ett enskilt avtal ingås mellan en part i normavtalet och tredje man — en person som *inte är part i normavtalet.*
Bestämmelserna i normavtalet har samma relevans och verkan som allmänna avtalsvillkor vanligen har (2.2.2.). De gäller inte automatiskt utan endast i stöd av ett särskilt anknytningsfaktum, t.ex. hänvisning. Det föreligger inte någon omständighet som direkt skulle binda tredje man vid normavtalet.

Kivimäki — Ylöstalo 218: normavtalet är vanligen utan verkan mot tertius, Ussing, Aftaler 229.
Jfr KollAvtL § 4 m. 2, ArbAvtL § 17 (nedan II).

Ett enskilt avtal, som avviker från normavtalets villkor, är bindande. Detta gäller även när avtalspart är medveten om normavtalet och dess innehåll. Beroende på föreliggande omständigheter in casu kan det möjligen anses strida mot tro och heder att åberopa mot normavtalet stridande villkor (AvtL § 33).
Den part, som är bunden av normavtalet och ingår avtal i strid med dess villkor, utsätter sig för eventuella påföljder av brott mot normavtalet, t.ex. avtalsvite. Detta påverkar likväl inte giltigheten av de villkor som intagits i det med tredje man ingångna avtalet.
Normavtalets villkor kan i viss utsträckning fylla ut luckor i det enskilda avtalet trots att de inte införlivats med detta. Det förefaller rimligt att ge avtalspart, som inte är bunden av normavtalet, rätt att till sin förmån åberopa det normavtal som den andra parten brukar tillämpa och som denne enligt normavtalet är skyldig att följa. Till parts nackdel kan normavtalet åberopas endast om dess villkor blivit gällande enligt vanliga avtalsrättsliga regler.

Se Fikentscher 97.

II. *Kollektivavtalet* är en speciell typ av normavtal. Det innehåller föreskrifter som skall tillämpas i enskilda arbetsavtal. Dess normgivande funktion är uttryckligen reglerad i lag (KollAvtL).

För det första anger lagen uttryckligen (§ 4 m. 1) vilka som är *bundna* av kollektivavtalet — parter, underföreningar och enskilda organisationsmedlemmar. Arbetsgivare och arbetstagare, som är bundna av kollektivavtalet, är skyldiga att »vid arbetsavtal, som slutes dem emellan, iakttaga kollektivavtalets bestämmelser».

Det kräves inte att båda parterna i arbetsavtalet skall vara bundna vid kollektivavtalet, normerande verkan är för handen när blott arbetsgivaren är bunden av kollektivavtalet, däremot inte när endast arbetstagaren hör till en organisation för vilken kollektivavtalet är bindande, se KollAvtL § 4 m. 2. — Enligt ArbAvtL § 17 är ett kollektivavtals lönenormer i viss utsträckning (minimilön) gällande i ett arbetsavtal vars parter (eller arbetsgivarpart) inte är bundna vid kollektivavtalet.

För det andra är kollektivavtalets *normerande* funktion mycket stark. Om parterna i ett arbetsavtal avvikit från kollektivavtalet, är denna avvikelse ogiltig och i stället gäller kollektivavtalets motsvarande föreskrift (§ 6). Kollektivavtalets inverkan på det individuella arbetsavtalet är sålunda automatisk och absolut. Detta gäller även arbetsavtal som ingåtts innan kollektivavtalet kom till.

Även efter det kollektivavtalet upphört utan att ersättas av ett nytt har det ansetts ha en fortgående normerande funktion, s.k. efterverkan.

För det tredje kan ett kollektivavtal i vissa avseenden indirekt påverka det rättsförhållande som grundar sig på ett arbetsavtal — dels genom sina arbetsplatsnormer (solidarnormer), dels genom stadgandena i KollAvtL § 8 om fredsplikt och övervakningsplikt för organisationerna.

Betr. kollektivavtalets normerande verkan se bl.a. Kivimäki — Ylöstalo 220 ff, Vuorio 195 ff, Sipilä 62 ff.

III. Avtalsvillkor kan fastställas genom *beslut av* förening eller annan *organisation.* Avsikten är att organisationens medlemmar skall följa dem när de ingår enskilda avtal.

Man kan främst nämna olika typer av konkurrensbegränsningar, se L om främjande av ekonomisk konkurrens 3.1. 1964 § 4 m. 1.

Det är inte möjligt att i detta sammanhang utreda under vilka förutsättningar och i vilken omfattning medlemmarna är bundna av sin organisations beslut. Man har att utgå från att en sådan bundenhet är för handen under förutsättning att besluten ingår som naturliga led i den verksamhet som organisationen enligt sina stadgar skall utöva.

Om medlem i överensstämmelse härmed är bunden av avtalsvillkor som organisa-

tionen fastställt, kan man tillämpa samma regler som i fråga om bindande normavtal (p. 1). Det inverkar inte på sak att bundenheten har olika rättsgrund i de två fallen: normavtal resp. på medlemskap i en organisation grundad skyldighet att följa organisationens beslut.

Se Olsson 27 f, Ussing, Aftaler 232, Strömholm 25 NJM 514 ff.

Genom att utträda ur organisationen kan medlem vanligen befria sig från skyldigheten att följa de fastslagna avtalsvillkoren.

Rätten att utträda ur en förening kan tidsmässigt begränsas, se FörenL § 11 m. 1.
Jfr KollAvtL § 4 m. 1 p. 3 enligt vilken utträde ur organisation inte fritar från bundenhet vid gällande kollektivavtal.

2.3. Lagnormer

1 I. Avtalsförhållanden regleras sällan uttömmande av avtalsnormerna. Dessa kompletteras i regel av rättsliga normer utanför avtalet. Viktigast bland dem är *lagnormerna:* stadganden i lag, förordning eller annan författning. Synonymt användes lagstadganden, lagregler.

Avtalsrättens lagnormer är dels allmänna — de reglerar avtal i allmänhet. Till denna kategori hör t.ex. de flesta stadganden i AvtL. Dels är lagnormerna speciella — de hänför sig till bestämda avtalstyper såsom köp, lega, bolagsavtal etc.

Lagnormer rörande avtal tillgodoser olika *syften.*

En av lagstiftarens uppgifter är att *tillhandahålla* medborgarna *färdiga regler* lämpade för avtalssituationer som beräknas förekomma. Parterna betungas inte med att själva utarbeta regler, en uppgift som de inte alltid kunde lösa på ett tillfredsställande sätt. Samhället erbjuder standardiserade regler till medborgarnas tjänst.

Lagnormerna är genomarbetade och presumeras fylla krav på *ändamålsenlighet och skälighet.* Man har att utgå från att de beaktar bägge parters intressen. I den mån dessa är inbördes oförenliga genomför lagreglerna en avvägning och framträder som en kompromiss. Ofta motsvarar lagnormerna allmän uppfattning inom de kretsar som berörs av deras tillämpning. En annan sak är att lagregler i nu nämnda avseenden måhända inte fyller rimliga krav t.ex. som en följd av att de inte förnyats i takt med samhällsutvecklingen.

Ett väsentligt syfte för lagreglerna är att främja *rättssäkerheten.* De åstadkommer enhetlighet i rättstillämpningen. Likartade fall kommer att bedömas på samma sätt. Då fasta regler finns färdiga för tillämpning och då man har erfarenheter av huru de fungerar, kan parterna på förhand bedöma huru en fråga, som gäller ett konkret avtal, skall lösas.

Se betr. rättssäkerheten s. 19.

Lagnormerna tjänar *rättsskyddet.* I detta konstaterande ingår olika moment.

Ett primärt krav är att lagen skall erbjuda part sådana skyddsmedel att han kan komma i åtnjutande av de förmåner som avtalet avser att ge honom även när motparten inte handlar enligt avtalet. Samtidigt bör lagen skydda mot alltför betungande påföljder. I avtal, där parterna inte är jämställda, framträder dessutom behovet att skydda den svagare parten.

Se betr. parts rättsskydd s. 12.

Avtalsrättens lagnormer har även att beakta tredje mans och det allmännas intressen.

II. Lagnormerna bör ses i relation till avtalsfriheten och dess begränsningar.

Avtalsrättens lagnormer är vanligen *dispositiva.* Lagen erbjuder regler som ansetts lämpade för givna avtalssituationer. Men de påtvingas inte parterna. Avtalsförhållandet kan av parterna gestaltas på ett från lagen avvikande sätt. Om detta inte skett, gäller lagnormen. Lagen kompletterar avtalsnormerna. Detta sker automatiskt oberoende av vad parterna avsett eller tänkt sig.

De *absoluta* lagnormerna innebär begränsningar i avtalsfriheten. Lagstiftaren har på ett bindande sätt slagit fast att en bestämd ordning skall följas, t.ex. att överlåtelse av fastighet skall tillgå såsom JB 1: 2 anger, eller att en viss reglering inte godkännes, t.ex. förbudet mot förverkandeklausul i AvtL § 37 m. 2.

Se Grönfors, Festskr. Nial 204—225, Arnholm I 132 ff.

Absoluta lagstadganden kan ha olika motiv. Inom avtalsrätten kan man främst peka på tre omständigheter.

För det första kan en lagnorm bäras upp av ett allmänt intresse. Det kan ur samhällets, vissa yrkesgruppers eller personkategoriers synpunkt vara angeläget att det råder en fast ordning som den enskilde inte kan rubba. Stadga och säkerhet i rättsliga förhållanden är ofta ett intresse för vidsträckta kretsar. Avtalsparters behov av att i allt få reglera ett förhållande enligt egen önskan måste i sådana fall vika. JB 1: 2 avser att åvägabringa ordning och säkerhet med avseende på äganderätt till fast egendom med vilken olikartade intressen är förknippade. VäxelLs stränga formföreskrifter motiveras av behovet av fasthet och konsekvens i handels- och kreditförhållanden. KollAvtL § 8 avser att i samhällets och vidsträckta medborgargruppers intresse hindra störningar i arbetsförhållanden.

För det andra avser absoluta lagregler ofta att skydda den svagare parten i avtalsförhållandet. En obegränsad avtalsfrihet kunde leda till att en ekonomiskt och socialt svagare part inte kunde hävda sina intressen i tillräcklig utsträckning. Som exempel kan nämnas en del stadganden rörande arbetsavtal (ArbAvtL § 26 m. 1 etc.), för-

säkringsavtal (FörsAvtL § 15 m. 3 etc.), hyresavtal (HyresL § 17 m.fl.) och avbetalningsköp (AvbetKöpL § 2 m.fl.).

För det tredje kan syftet med en absolut lagnorm vara att skydda personer som står utanför avtalsförhållandet men likväl berörs därav direkt eller indirekt. Vanligen gäller skyddet avtalsparternas borgenärer. Som exempel kan nämnas borgenärsskyddsreglerna i SBL §§ 22 och 31 samt ABL § 19.

Lagstadganden av denna typ är ofta tvingande blott i den ena riktningen. De tillåter avvikelser till förmån för den part, som lagen avser att skydda, t.ex. FörsAvtL§ 15.

Absoluta lagstadganden tillåter inte en prövning av om de motiv, som bär upp dem, har betydelse i den konkreta situationen. Det är t.ex. irrelevant huruvida hyresgästen i ett bestämt hyresförhållande verkligen är den svagare parten och sålunda behöver skydd. Lagens ordning är schematisk, den medger inte undantag.

Av ett lagstadgande framgår ofta klart att det är absolut, t.ex. ArbAvtL § 26 m. 1, AvbetKöpL § 19. I andra fall kan situationen vara oklar. Man har att utgå från att de avtalsrättsliga lagreglerna är dispositiva. Avtalsfriheten upprätthålles. I tveksamma fall bör man undersöka och bedöma de motiv som bär upp stadgandena. Kan man konstatera att någon omständighet, som vanligen motiverar absoluta stadganden, t.ex. skyddet för en svagare avtalspart, är för handen, kan man anta att lagregeln är absolut. Omständigheter av annan art kan likväl rubba denna presumtion. I något fall har lagen uttryckligen anvisat lagtillämparen att själv avgöra om ett avtal kan avvika från lagens reglering (HyresL § 51 »är förbjudet eller skall anses vara förbjudet»).

En absolut lagnorm kan de facto komma att åsidosättas av en bestämmelse i ett avtal. Det är möjligt att part inte åberopar den absoluta normen. Detta kan bero på att han inte känner till den eller att han inte anser sig ha anledning att opponera mot den avtalade ordningen. Myndigheterna inskrider vanligen inte av eget initiativ. Undantagsvis kan åsidosättandet av ett absolut lagstadgande leda till komplikationer i avtalsförhållandet oaktat part inte åberopar stadgandet — lagfart beviljas t.ex. inte om formstadgandet i JB 1: 2 har åsidosatts på ett synligt sätt.

III. Lagnormerna tillämpas *oberoende av parternas vilja och vetskap*. När ett avtal ingåtts, blir de för denna avtalstyp uppställda lagreglerna automatiskt gällande. I den mån ett lagstadgande är dispositivt är det möjligt att det uteslutits och ersatts med en avtalad norm eller med sedvänja. Men där detta inte skett, gäller lagnormen. Part kan inte ensidigt utan andra partens medverkan utesluta tillämpningen av en lagregel. Däremot är det möjligt att part kan välja mellan olika alternativ som lagen erbjuder i en given situation. Exempel härpå erbjuder HyresL §§ 15 och 16.

Tillämpningen av absoluta lagregler kan inte uteslutas. Detta kan inte ens ske med samtycke av den part till vars skydd regeln gäller.

Se t.ex. HyresL § 17.

För avtal gällande lagnormer framgår vanligen direkt ur lagens stadganden. Är ett stadgande oklart, fixeras dess innebörd genom tolkning.

Till lagnormerna hänför man också sådana handlingsregler som endast *indirekt* kan utläsas ur lagens stadganden. Ibland sker det genom en tillämpning ex analogia eller e contrario. I andra fall kan normens existens och innebörd vara obestämda. Det gäller att med utgångspunkt i de motiv och grunder, som bär upp lagstadganden inom närstående områden, och med beaktande av lagstiftningens syften och allmänna inriktning arbeta fram en lämplig norm. I sådana situationer är det tvivelaktigt om man har att göra med egentliga lagnormer eller med utfyllande normer av annat slag, t.ex. allmänna rättsprinciper (se 2.6.). Gränsdragningen mellan dessa två typer av normer har knappast mera än principiell betydelse. I vartdera fallet är det fråga om normer som har relevans vid bedömningen av ett konkret avtalsförhållande och som kommer till användning oberoende av parternas vilja och vetskap.

IV. En särskild grupp bland lagreglerna utgör de s.k. *standardnormerna*, även kallade generalklausuler. Utmärkande för dem är att de inte ger en bestämd och entydig anvisning om enligt vilka kriterier ett avgörande skall ske. De ger domstolen ett obestämt direktiv i form av en allmän bedömningsgrund som skall ställas i relation till förhållandena in casu. Bedömningsgrunden finns »utanför rättsordningen». Domstolen har att avgöra om ett faktiskt förhållande står i strid med god sed, är otillbörligt, oskäligt etc. Härigenom erhåller domstolen en vidsträckt prövningsrätt och en möjlighet att beakta de mest olika faktorer. Lagstiftaren anger blott den allmänna riktlinjen.

De påföljder, som standardnormerna föreskriver, är ibland klart fixerade, t.ex. avtalets ogiltighet (AvtL § 33). I andra fall kan de vara »elastiska». Sålunda har domstolen avsevärda valmöjligheter i stöd av en jämkningsregel.

Betr. standardregler hänvisas bl.a. till Ragnar Knoph, Rettslige standarder (Oslo 1939) 2 ff, 18 ff samt till Philips Hult, Regel, standard och skön (Festskr. Stjernberg, 1940, 128—146), Ulf Persson, Civilrättens generalklausuler som forskningsobjekt (Festskr. Olivecrona, 1964, 508—531), Lando, SvJT 1967 1 ff, Arnholm I 134 ff, Lyngsø 109 ff; för inhemsk rätt T. M. Kivimäki, Yleislausekkeet oikeusvarmuutta heikentävinä tekijöinä (LM 1950 302—318), Taxell, JFT 1964 372 ff, Aho, DL 1969 473 ff och där anförd litteratur. — Se även s. 158 f.

I nyare avtalsrättslig litteratur har flera standardregler intagits: IllKonkL § 1, AvtL § 33, jämkningsreglerna i AvtL § 36, SBL § 8 etc. (s. 157).

Standardnormerna bärs upp av olika *motiv*. Man kan främst nämna tre:

1) *Lagtekniskt* är det inte möjligt att formulera lagstadganden som i alla detaljer anger de kriterier på vilka avtalsrättsliga avgöranden skall byggas. Det är nödvändigt att ge domstol viss rörelsefrihet. Domstolen får ett spelrum inom vilket den kan

träffa avgöranden på basen av konkreta förhållanden. Exakta lagregler ger inte alltid sådana möjligheter.

Standardreglerna är lagtekniskt så avfattade att de kompletterar specificerade stadganden, vilka inte förmår täcka hela det fält som man vill reglera. De användes när en specificerad lagnorm inte kan tillämpas — detta är t.ex. fallet med IllKonkL § 1 och AvtL § 33.

2) *Utvecklingen* i samhället kan komma att ställa nya krav på rättstillämpningen. Nya fakta och förhållanden kan lättare beaktas inom ramen för standardregler än vid tillämpningen av specificerade lagstadganden. Domstolarna har i stöd av standardnormer möjligheter att anpassa sina avgöranden till de för tiden gällande faktiska förhållandena. I första hand är det visserligen lagstiftarens sak att sörja för att lagreglerna, oberoende av vilken karaktär de har, hålles på nivå med samhällsutvecklingen. Men domstolarna har i det avseendet en viktig kompletterande funktion.

3) I stöd av standardnormer är det möjligt att *mildra* den hårdhet och stelhet som tillämpningen av exakt formulerade lagstadganden lätt leder till. Detta framträder särskilt tydligt med avseende på jämkningsreglerna. Standardnormerna tillgodoser ett allmänt rättvisekrav. De erbjuder part skydd i situationer då en schematisk lösning av en avtalskonflikt skulle drabba honom alltför hårt.

Det sagda innebär att part genom standardregler kan få ett ökat rättsskydd.

De motiv, som här angivits, visar å andra sidan att standardnormerna har ett relativt begränsat utrymme bland lagreglerna. Den avtalsrättsliga regleringen sker primärt genom lagstadganden vilkas innehåll är klart fixerat. Redan rättssäkerheten fordrar detta.

Standardnormer finns även utanför lagreglernas krets. Allmänna rättsprinciper är ofta obestämda till sin innebörd och hänvisar till bedömningsfakta som ger möjligheter till en ganska fri prövning av faktiska förhållanden. Man kan bl.a. hänvisa till skälighets- och lojalitetsreglerna (s. 78 ff); en del av lagens standardnormer — jämkningsreglerna — framstår närmast som uttryck för den nämnda skälighetsregeln.

2.4. Kutymer (sedvänjor)

I. Med sedvänja avses i detta sammanhang ett förfarande eller ett bruk som i fråga om avtal förekommit på ett sådant sätt och i sådan omfattning att det blivit naturligt och vanligt att iaktta detsamma i avtalsförhållanden i allmänhet eller i fråga om vissa typer av avtal. Sedvänjor förekommer särskilt inom handelsvärlden där likartade avtal upprepat ingås. Handelssed och annan sedvänja, som har anknytning till avtal, benämnes i det följande *kutym*.

Termen kutym (usance) användes vanligen som synonym till handelsbruk. — Se Magnus Aarbakke, Kutymer som rettskilde (TfR 1965 432—473) 438 ff och där refererade uttalanden.

Kutymer kan *uppkomma* på olika sätt. Yrkesmän, som ingår avtal i större utsträckning, kan ha börjat tillämpa ett visst förfarande som sedan vunnit spridning. Förfarandet kan ursprungligen ha sin grund i en överenskommelse. En länge och allmänt använd avtalsklausul kan småningom ha kommit att uppfattas som en kutym vilken inte mera intas i avtalstexten. Ett förfarande kan ha börjat tillämpas på åtgärd av blott den ena parten. Ibland har kutymer kodifierats och därigenom fixerats till sin innebörd. En sådan skriftlig fixering påverkar inte kutymens natur av sedvänja.

Som exempel på kodifierade kutymer kan främst nämnas de i den internationella handeln förekommande transportklausulerna. De har förenhetligats och publicerats av Internationella handelskammaren: Incoterms, 1953, är en samling regler rörande handelstermer, parterna kan direkt hänvisa till dessa Incoterms. Detta hindrar inte att klausulerna på olika håll uppfattas något olika. — I de nordiska köplagarna har inryckts definitioner på de vanligaste transportklausulerna — och vissa andra vid köp brukliga uttryck —; dessa har därigenom fått karaktären av lagnormer (se SvKöpL §§ 62—71), Eek m.fl., Juridikens källmaterial 120 f.

IntKöpL art. 9 ger regler om den rättsliga betydelsen av handelssed (usage); se härom Heikki Jokela, The role of usages in the Uniform Law on International Sales (Scandinavian studies in law, Vol. 10, 1966, 81—96).

Kutymernas tillämpningsområde är ofta starkt begränsat, vanligen till bestämda branscher och inom dem till speciella typer av avtal. Vanligen gäller kutymerna faktiska förhållanden som direkt eller indirekt har avseende på parternas rättigheter och skyldigheter.

Fasta kutymer främjar stadga och säkerhet i avtalsförhållanden.

II. Det centrala problemet rörande kutymer gäller deras *rättsliga betydelse*. Är kutymerna normgivande för parterna och för domstol när konkreta avtalsförhållanden bedömes?

Ofta har man försökt finna ett enhetligt svar på frågan om sedvänjornas rättsliga betydelse. Detta är knappast möjligt. Kutymernas funktioner varierar rätt mycket och därmed även deras normgivande verkningar.

Man kan peka på åtminstone följande situationer i vilka kutymerna har olika relevans och rättslig verkan.

1) *Lagen* kan uttryckligen föreskriva att kutymer (sedvänja) skall beaktas i avtalsrättsliga förhållanden. Därmed blir kutymerna bindande normer.

Se AvtL §§ 1 m. 2, 10 m. 2, FörsAvtL § 34 (försäkringspraxis), SjöL § 71 m. 1. — Jfr hänvisningen till »landssed» i RB 1: 11.

2) I avtalet kan uttryckligen *hänvisas* till viss kutym. Denna blir en del av avtalet och kommer att få samma rättsverkan som en avtalsbestämmelse. Kutymen skiljer sig från ett avtalsvillkor däri att det, som enligt kutymen skall gälla, inte anges i själva avtalet utan bestämmes genom hänvisning till ett bruk eller förfarande. Parterna har avstått från att själva formulera en handlingsnorm. De har godtagit fakta utanför avtalet.

Godenhielm 48: för att vara bundna av de i Incoterms givna definitionerna bör parterna i köpavtalet hänvisa till dem. — Se även IntKöpL art. 9 m. 1.

3) Ibland innefattas en kutym i det som parterna *må anses ha avtalat*. De kan ha förutsatt att frågor, som inte uttryckligen reglerats i avtalet, skall lösas med ledning av kutymer. Det blir beroende av en prövning in casu om parterna kan anses ha förutsatt att en kutym skall gälla. Särskilt i fråga om avtal mellan yrkesmän inom samma bransch ligger det nära att anta att så är fallet. Även då endast den ena parten är yrkesman och det är fråga om en vanlig kutym inom hans verksamhetssfär, kan det ofta anses avtalat att den skall följas. Om en kutym kan anses vara avtalad, har den samma rättsliga verkan som en avtalsbestämmelse.

Betr. kutymer, vilkas tillämpning parterna förutsatt, Karlgren, Kutym särsk. 34, 39—41, 59 f, Aarbakke, TfR 1965 436; IntKöpL art. 9 m. 1.

4) Kutymer kan ha relevans vid *tolkning* av avtal. En oklar avtalsbestämmelse kan tänkas bli preciserad med ledning av en tillämplig kutym. När det gäller att fastställa innebörden av uttryck, termer, formler etc., kan man få vägledning av kutymer inom respektive bransch. Kutymer kommer i sådana fall att verka som fakta vilka kompletterar en avtalsbestämmelse.

Se bl.a. Karlgren, Kutym 30 ff, IntKöpL art. 9 m. 3.

5) Vid *utfyllning* av avtal kan kutymer vara vägledande. En kutym kan ha denna verkan helt oberoende av vad parterna förutsatt. Det kan vara värdefullt att i fråga om ofullständiga avtal kunna fylla ut en lucka med ledning av konkreta omständigheter av det slag som kutymen omfattar. Ofta överensstämmer en sådan lösning med båda parters intresse. Enligt RB 1: 11 är sedvänja en utfyllande norm när lagstadganden saknas.

Se bl.a. Ussing, Aftaler 438 f, Karlgren, Kutym 20 ff.

6) Ibland har kutymer så stark verkan att de *åsidosätter* (derogerar) *dispositiva lagregler*. Detta stadgas uttryckligen i fråga om ingående av avtal (AvtL § 1 m. 2) samt beträffande sjöfraktavtal (SjöL § 71 m. 1).

Palmgren — Olsson 81.

I nordisk doktrin har frågan närmast diskuterats i anslutning till § 1 i köplagen; se bl.a. Karlgren, Kutym, i vilket arbete framställningen kretsar kring frågan om sedvänjans försteg framom dispositiv rätt i anslutning till SvKöpL § 1, Alméns § 1 vid not 10 ff, Hellner 34 ff, Ussing, Aftaler 441, Ole Lund, Noen betraktninger vedrørende avtaler og kutymer i sivilt kjøp (TfR 1962 64—80) 65 ff, Aarbakke, TfR 1965 464 ff.

Enl. IntKöpL art. 9 m. 2 (slutet) har kutym företräde framom denna lag ifall inte annat är överenskommet.

Se även SchwZGB Art. 1 (sedvanerätten är subsidiär i förhållande till lagen), Germann 135 ff, 148.

Det är vanskligt att generellt ange om och i vilken utsträckning kutymer, utan direkt stöd i lag, åsidosätter dispositiva lagregler. Man har att utgå från att lagens stadganden gäller. Att ett stadgande är dispositivt betyder närmast att parterna kan ersätta det med en avtalsbestämmelse. Detta utesluter likväl inte nödvändigt att en kutym kan gå före dispositiv lag även om den inte inryckts i själva avtalet (ovan p. 2 och 3). För att kutymer skall ha företräde framom lag bör man dock kunna åberopa särskilda fakta. I det avseendet kan man främst peka på två omständigheter som har relevans för kutymers rättsverkningar i allmänhet: kutymens fasthet (stadga) samt dess skälighet (nedan III). Ju »starkare» en kutym är i dessa avseenden, desto större anledning har man att tillerkänna den företräde framom dispositiv lag.

Som ett ytterligare moment tillkommer beskaffenheten av de lagregler som kutymen skall ersätta. Inom handelsvärlden sker en fortgående och ofta snabb utveckling. Lagreglerna förnyas långtifrån alltid i samma takt. Denna eftersläpning låter dem ofta framstå som oändamålsenliga. När så är fallet är det anledning att ge en aktuell kutym företräde. Näringslivet behöver normer som är anpassade till ändrade förhållanden. Ett medel att nå detta syfte är att låta kutymer gå framom lagregler som inte motsvarar tidsenliga krav.

Denna synpunkt har starkt framhävts av Sture Petrén, Domstolarnas och handelskamrarnas responsaverksamhet (SvJT 1961 491—503) 502, delvis i polemik mot Karlgren, se även dennes replik med en bedömning av handelskamrarnas responsaverksamhet, SvJT 1967 51—59.

Det sagda innebär att relationen kutym — dispositiv lagregel i sista hand blir beroende av domstols prövning. En klar gränsdragning är inte möjlig.

Kutymerna har sin största utbredning i köprättsliga avtalsförhållanden. Då Finland endast har ofullständiga lagstadganden om köp, blir problemet om kutymernas företräde framom lag sällan aktuellt. Kutymerna tjänar vanligen som utfyllande normer. Situationen är en annan i övriga nordiska länder där köplagen (§ 1) uttryckligen ger kutym företräde framom lagens stadganden; i praktiken är detta betydelsefullt då köplagen i många stycken anses vara föråldrad.

Stadgandet i HB 10: 2 om realisering av handfången pant har sedan länge inte kunnat

tillämpas i praktiken. Gängse realisationssätt — offentlig auktion, försäljning på fondbörs — kan åtminstone i viss mån sägas bygga på sedvänja.

7) I undantagsfall kan en kutym åsidosätta eller *modifiera ett avtalsvillkor*. Detta är ett avsteg från regeln att det som parterna avtalat, gäller framom såväl kutymer som dispositiva lagnormer.

Här avses de situationer då en avtalsbestämmelse kan jämkas — modifieras eller helt försättas ur kraft — på grund av att den är oskälig (s. 157 f). En kutym kan härvid ha betydelse i två avseenden. För det första kan oskäligheten hos ett avtalsvillkor framträda vid en jämförelse med en för samma situation gällande kutym. För det andra kan jämkningen ske så att man i stället för avtalsklausulen följer kutymen, helt eller delvis. I några fall har lagen uttryckligen framhållit denna lösning: enligt FörsAvtL § 34 kan en från lagen avvikande bestämmelse i försäkringsavtal, vars tillämpning skulle leda till uppenbar obillighet, jämkas eller lämnas utan avseende i enlighet med god försäkringspraxis. I detta uttryck innefattas kutymer inom försäkringsbranschen. Liknande regleringar gäller enligt SBL § 8 och AvbetKöpL § 7 (gott affärsskick) samt HyresL § 48 (god sed i hyresförhållanden).

Se härom Hellner, Försäkringsrätt 64 ff, Karlgren, Kutym 7 not 1.

De nämnda lagrummen får inte betraktas som specialstadganden. De framstår såsom uttryck för en allmän rättslig princip. När man uppfattar förhållandet på detta sätt, är det även möjligt att i fråga om andra avtal än de som nämnes i lagrummen, jämka obilliga avtalsklausuler med beaktande av bl.a. gällande kutymer inom ifrågavarande område.

Om jämkning av avtalsvillkor s. 157.

Det som här sagts om kutymernas rättsverkningar visar att dessa kan vara mycket olika. Detta bör man ha klart för sig när man talar om kutymer såsom handlingsnormer i avtalsförhållanden.

I det föregående har termen *sedvanerätt* avsiktligt undvikits. Om man därmed avser genom sedvänja uppkomna normer med samma bindande verkan som lagregler, är termen sedvanerätt missvisande, då de rättsligt relevanta sedvänjornas funktion och betydelse — såsom ovan framhållits — inte är desamma som lagens. Om man däremot med sedvanerätt menar sedvänjor som har rättslig betydelse i något avseende, kan man använda begreppet. Bäst synes likväl vara att undvika detsamma, då det lätt leder in tankarna på fel spår. Det är tillfyllest att man använder termerna sedvänja, kutym etc. och in casu undersöker vilken rättslig betydelse sedvänjorna har.

Jfr Alméns § 1 vid not 14 ff, Karlgren, Kutym 17 f, 43 ff, Ussing, Aftaler 437 f.

III. Vilka krav bör ställas på en kutym för att den skall ha rättslig verkan? Två faktorer är framför allt relevanta.

1) Kutymen bör ha tillräcklig stadga eller *fasthet*. Det är inte tillfyllest att ett bestämt förfarande användes. Detta bör genom den faktiska användningen ha vunnit sådan fasthet att ett handlingsdirektiv kan anses ha uppkommit. Förfarandet eller bruket skall vara så utbrett att man kan säga att det är allmänt. Det skall vara naturligt och vanligt att följa kutymen.

Rättspraxis ger stöd för denna uppfattning:

HD 1965 II 67 (allmänt gällande handelssed inom byggnadsbranschen),
HD 1964 II 80 (avtalsvite var inte högre än vad som var vanligt i virkesköp av ifrågavarande slag),
HD 1961 II 25 (enligt allmän handelssed tilläts en 5% avvikelse från avtalad mängd virke),
HD 1948 II 180 (det som var gällande »enligt rådande handelsbruk»).

Se även IntKöpL art. 9: »They (the parties) shall also be bound by usages which reasonable persons in the same situation as the parties usually consider to be applicable to their contract».

Det kan inte bestämt anges när en rättsligt relevant kutym uppkommit. Av betydelse är den tid ett förfarande eller bruk förekommit. I allmänhet förutsättes en längre tidsrymd. En kortvarig intensiv användning kan likväl ge upphov åt en kutym. Man har även att beakta i vad mån undantag förekommit. Ju vanligare sådana är, desto svagare är sedvänjan.

I kravet att kutymen skall vara allmän innefattas inte att den gäller överallt eller ens inom vida kretsar. Ofta är användningen starkt begränsad, vanligen till visst slag av affärsverksamhet — handel med sågat virke, sjötransport etc. För att en kutym skall vara normerande är det tillfyllest att den är allmän inom respektive krets av fackmän. Den kan även vara lokalt begränsad. Från varandra avvikande kutymer kan förekomma på olika orter. Det gäller därvid att avgöra vilken orts sedvänja som i det enskilda fallet skall tillämpas.

HD 1946 II 234: »ortens sed» (entreprenad).

En kutym, som användes och gäller i förhållandet mellan fackmän inom samma område, t.ex. producent och återförsäljare, gäller inte utan vidare i avtal där en icke-fackman är part. Det måste in casu avgöras till vilka kretsar en kutyms verkningar sträcker sig.

Betr. det här berörda problemet se bl.a. Aimén § 1 vid not 23 a, Karlgren, Kutym 48 ff, Hellner 35, Ussing, Aftaler 438 ff, Heikonen — Aaltonen 10 ff. — Se även Germann 136 ff.

Det som i det föregående sagts, anger vad som vanligen gäller. Kutymer kan med avseende på innebörd och rättsverkan (II) vara så olika, att man inte alltid kan ställa samma krav med avseende på graden av fasthet.

Kutym, som gäller i stöd av parternas hänvisning i avtalet eller som parterna förutsatt skall gälla, behöver över huvud inte vara fast för att vara normerande. Parterna kan bland avtalets handlingsnormer ha inryckt förfaringssätt och bruk som inte är allmänna i den meningen att de skulle gälla utan vidare. Grunden till bundenheten är i dessa fall parternas handlande eller förutsättningar. Så långt de sträcker sig frågar man i allmänhet inte efter om sedvänjan har den fasthet som i allmänhet krävs för att kutymer skall gälla.

Däremot bör man i fråga om kutymer, som skall ersätta dispositiva lagregler, kräva avsevärd fasthet. Kutymen bör genom användning ha fått en »självständig existens» i så måtto att den kan mäta sig med och åsidosätta en lagregel.

Av kutymer, som i väsentliga avseenden reglerar parts förpliktelser, fordras att de i hög grad är fasta. Sedvänjor, som närmast blott ger uttryck åt god affärssed, kan anses normerande utan starkare »inarbetning».

2) För att gälla bör en kutym vara ur rättslig synpunkt godtagbar. Kutymen skall vara *skälig*. Den bör till sin innebörd vara sådan att den inte strider mot de allmänna grundsatser som rättsordningen strävar att upprätthålla i avtalsförhållanden. Uttryckt på ett annat sätt: kutymen bör stå i överensstämmelse med god sed särskilt god affärssed. Dess tillämpning får inte leda till oskälighet eller obillighet. Denna tanke kom till uttryck redan i RB 1: 11: »landssed, som ej har oskiäl med sig».

Se Hakulinen 65, Kivimäki — Ylöstalo 5f, Heikonen — Aaltonen 11, Karlgren, Kutym 68, Hellner 36, Ussing, Aftaler 439 (»fortjener Retsordenens Anerkendelse»).

Vid skälighetsbedömningen har man särskilt att beakta om kutymen i tillräcklig omfattning tillgodoser båda parters intresse. En kutym, som ensidigt betungar en part, kan lätt anses vara oskälig.

Betr. skälighetsstandarden s. 78.

Kutymer består ofta i förfaranden eller bruk beträffande vilka en skälighetsbedömning egentligen inte kan förekomma, t.ex. transportklausuler. Kravet på skälighet ställes närmast blott i sådana fall då det kan göras gällande att en sedvänja starkt betungar den ena parten — åvälver honom skyldigheter utöver dem han har åtagit sig eller avsevärt skärper hans avtalsförpliktelser.

Kutymer kan ange en gräns utöver vilken parts förpliktelse inte sträcker sig. Handelssed kan sålunda ange en viss procentsats såsom tillåten när säljare i faktura ensidigt fastställer en uppskovsränta, eller begränsa ett avtalsvite till högst en viss procent

av det avtalade vederlaget. Kutymer av detta slag innebär en schematisering av bedömningen. Genom kutymen har en skälighetsgräns dragits. Godtar domstol denna gräns, uteslutes jämkning.

Betr. ränta i faktura, Godenhielm 168 f, Heikonen — Aaltonen 45 f. *HD 1936 II 204:* vid virkesleverans ansågs mängden enligt gällande handelssed kunna underskrida den avtalade med 5 %.

Ett förfarande, som inte i alla avseenden framstod såsom godtagbart när det togs i bruk, kan senare ha blivit accepterat med påföljd att dess skälighet inte mera ifrågasättes.

Kravet på skälighet gäller alla kutymer. Skälighet är en generell förutsättning för kutymers rättsliga relevans. Den elasticitet, som utmärker skälighetsbedömningen, gör det möjligt att beakta speciella omständigheter som hänför sig till en viss kutym.

Andra än här nämnda krav — fasthet och skälighet — ställes i allmänhet inte på kutymer för att de skall utgöra handlingsnormer i avtalsförhållanden. Sålunda är det inte relevant huruvida part har eller saknar vetskap om kutymens existens eller innebörd. I princip gäller kutymerna oberoende av parternas vilja och vetskap. I detta avseende är lagregler och kutymer likartade.

Se Heikonen — Aaltonen 12, Ussing, Aftaler 439, Karlgren, Kutym 21. — Jfr Palmgren — Olsson 80.

Part kan ha haft en oriktig uppfattning om en tillämplig kutyms existens, innebörd eller rättsverkan. I allmänhet inverkar detta inte i sak. I viss utsträckning bör part likväl kunna åberopa avtalsrättens regler om villfarelse.

Det sagda ger vid handen att det inte finns exakta kriterier enligt vilka kutymer är att uppfatta som handlingsnormer i avtalsförhållanden. Det ankommer i sista hand på domstol att *pröva* om och på vilket sätt en åberopad sedvänja är normerande i ett avtalsförhållande. Prövningen omfattar främst kutymens fasthet och skälighet. Domstol har härvid en avsevärd frihet. I det avseendet skiljer sig kutymerna från avtalade normer och lagregler.

Se Ussing, Aftaler 439, Karlgren, Kutym 63, Hellner 35 f.

Den part, som åberopar en kutym, har att *bevisa* dess existens och innebörd.

2.5. Prejudikat

I. Domstolarnas avgöranden kan påverka kommande rättstillämpning. I den mån en dom är eller kan vara bestämmande eller vägledande för framtida avgöranden i

likadana eller likartade fall säges den utgöra ett *prejudikat*. Den har *prejudikatverkan*. Domen är prejudicerande.

Såsom prejudikat uppfattas hos oss närmast blott de avgöranden av högsta instans vilka givits publicitet. Om detta skett på åtgärd av domstolen, kan man presumera att avgörandet har prejudikatverkan. Detta gäller de avgöranden som i Finland publiceras i HDs resp. HFDs årsbok. Andra avgöranden av högsta instans har betydelse för rättstillämpningen när de kommer till lägre domstolars kännedom.

Se Martti Miettinen, Prejudikaateista ja niiden merkityksestä (Protokoll, Finlands juristförbunds XXI juristdagar 1970) 81 f; Plan för publicering av Högsta domstolens avgöranden (19.3. 1969). — Betr. svensk rätt, Eek m.fl., Juridikens källmaterial 82 ff.

Från gruppen prejudikat bör man utesluta de domstolsavgöranden som direkt tillämpar en gällande lagregel. Om likadana avgöranden träffas senare, grundas de inte på ett prejudikat utan på det lagstadgande, som domen bygger på. Domstolsavgöranden av denna typ förmedlar blott kännedomen om gällande rättsregler och konkretiserar deras innebörd. En annan sak är att en viss tolkning av ett lagstadgande kan bli prejudicerande.

Den betydelse som prejudikat har för lösandet av framtida rättstvister kan — oavsett om prejudikaten är rättsligt bindande eller endast faktiskt normerande — vara mycket olika. Schematiskt kan man skilja mellan två typer av avgöranden.

I en del fall fastslår domen en bestämd och klart fixerad ståndpunkt i en rättsfråga. Det resultat, som detta ställningstagande innefattar, kan direkt läggas som grund för ett avgörande i ett likartat fall. Prejudikatbildande på detta sätt är t.ex. HDs ståndpunkt att föravtal rörande överlåtelse av fastighet faller under formstadgandet i JB 1: 2.

I andra fall blir upprepade avgöranden i en viss riktning vägledande för domstolarna utan att det klart har fixerats huru en rättsfråga skall avgöras. Sålunda kan HDs tillämpning av en generalklausul (t.ex. AvtL § 33) eller av en annan lagregel, som ger domstol prövningsrätt, ge riktlinjer för tillämpningen i liknande fall.

Mellan dessa två typsituationer ryms avgöranden som mera eller mindre konkret ger uttryck åt ett rättsligt bedömande eller ställningstagande. Oberoende av här nämnda olikheter har domen prejudikatverkan så snart den i något avseende kan ha rättslig relevans för bedömningen av analoga fall. Begreppet prejudikatverkan ges i det följande denna vida innebörd.

Se t.ex. Larenz, Methodenlehre 404.

Med *prejudikatvärde* avses i det följande den betydelse som ett avgörande av HD de facto har i framtida processer, m.a.o. graden av prejudikatverkan. Detta värde växlar starkt från prejudikat till prejudikat. Det påverkas av ett flertal omständigheter, inte minst av huru exakt och klart rättsfrågan kommit till uttryck i domen.

Domstolsavgörandenas prejudikatverkningar bedöms inte på samma sätt inom alla rättsordningar. Man skiljer mellan två i princip olika system.

Betr. prejudikatens relevans i olika rättssystem, se bl.a. Germann 231 ff.

Enligt det ena systemet är avgöranden av högre domstolar bindande för underordnade domstolar och vanligen även för den domstol som fällt den prejudicerande domen. Prejudikaten uppfattas såsom bindande, d.v.s. för domstol förpliktande rättsliga normer. Den normerande faktorn är inte avgörandet såsom sådant utan »ratio decidendi» eller den egentliga grund på vilken domen bygger, »the essential ground of decision». Detta system förekommer, med vissa variationer, inom det anglosachsiska rättsområdet.

Se t.ex. C. K. Allen, Law in the making (7 ed. Oxford 1964) 236 ff, Rupert Cross, Precedent in English Law (Oxford 1961) särsk. 33 ff, Germann 232 f, 240 ff och där åberopad litteratur. — A. Vinding Kruse, Præjudikatdoktrinen i engelsk ret ændret (Juristen 1967 118), se även Law Quarterly Review 1966 441—444.

Det andra systemet innebär att prejudikaten inte är juridiskt bindande vid framtida avgöranden vare sig för den domstol som fällt domen eller för andra domstolar. Varje dom är i princip oberoende av tidigare domstolsavgöranden. Domaren har rätt att avvika från prejudikat som kunde tillämpas. Detta betyder likväl inte att prejudikaten saknar relevans. Problemet rörande domstolsavgörandenas prejudikatverkan kan reduceras till en fråga om prejudikatens faktiska betydelse. Domstolarnas avgöranden har eller kan ha en faktisk normerande verkan oaktat de inte innehåller normer som rättsligt sett binder domstolarna. Denna uppfattning har godtagits i nordisk och kontinental rätt.

Allmänt härom bl.a. W. E. von Eyben, Dommes præjudikatvirkning (Juridisk grundbog, 2 udg. København 1967, 280—319) och Domstolenes stilling til præjudikater (TfR 1954 484—536), Germann 233 ff, 244 ff, Grundlagen 38 ff, Larenz, Methodenlehre 403 ff.

De två systemen har principiellt olika utgångslägen. Det är likväl att märka att skillnaden mellan dem i praktiken inte behöver vara stor: rättslig bundenhet och faktiskt beroende ger ingalunda alltid olika utslag i praktisk rättstillämpning.

Den omfattande frågan om domstolsavgörandenas prejudikatverkan skall i det följande belysas blott med några allmänna synpunkter. Dessa gäller närmast förhållandena i Finland. Framställningen tar i huvudsak sikte på avgöranden av HD i frågor som gäller avtal.

Först berörs den allmänna bakgrunden till prejudikatverkningar (II), därefter redogörs för prejudikatverkningarnas fördelar och olägenheter (III) samt för faktorer av relevans för de faktiska prejudikatverkningarna (IV, V). Till sist ges en kort analys av det prejudikatvärde som tillkommer HDs avgöranden i avtalsrättsliga frågor (VI).

II. Regeln att prejudikat inte är rättsligt bindande utan endast har en faktisk normerande verkan, har sin principiella bakgrund i tesen om oavhängiga domare och *oberoende domstolar.*

Enligt rättsuppfattningen i Finland är domstolarna oberoende i den meningen att de inte är bundna av andra normer än de som ingår i eller förutsättes i lag (se RF § 2 m. 4). Detta betyder självfallet inte att domstol får låta bli att beakta andra normer än lagregler. En sådan ståndpunkt vore omöjlig. I oavhängigheten inneligger endast att domaren i princip är bunden blott av lagens regler — direkta stadganden och indirekt härledda rättsliga regler. I övrigt skall domaren bygga upp sina avgöranden inom de allmänna gränser som anges av gällande rättsordning och i anknytning till den sociala verklighet vari tvistefrågorna framträder. Härvid skall han, utöver lagstadganden, beakta avtalade normer, allmänna rättsliga principer etc. Men han är inte bunden av in casu-avgöranden fattade av förvaltande myndighet eller av domstol, inte ens om han administrativt underlyder en sådan instans. En regel om rättslig bundenhet vid prejudikat skulle inte överensstämma med principen om domarens oavhängighet, vilken är av grundläggande betydelse för medborgarnas rättsskydd. Varje domare har att på eget ansvar avgöra föreliggande konflikter på det sätt som han finner vara förenligt med tillämpliga rättsliga normer.

Se även Miettinen 83 f.

I samma riktning pekar den omständigheten att avtalets och lagens stadganden har *prioritet* när man skall bedöma en avtalsstörning. Ifall de inte ger besked om huru lösningen bör utfalla, ankommer det på domstolen att allsidigt bedöma de olikartade faktorer som kan påverka avgörandet. I det skedet kan prejudikat få relevans.

Man presumerar att HDs avgöranden är *riktiga* i den meningen att de överensstämmer med gällande rättsliga regler. Detta betyder inte nödvändigt att ett avgörande i strid med ett prejudikat vore ett felaktigt domslut. I många fall ges det alternativa lösningar av en avtalsrättslig konflikt. Detta är en följd av den obestämdhet som ofta kännetecknar avtalsrättens normer. Det bör även observeras att en dom, som innebar en riktig lösning när den gavs, kan framstå såsom oförenlig med gällande rättsnormer när den i ett senare skede bedömes med ledning av de förändringar och den utveckling som ägt rum under mellantiden.

Se t.ex. domstolarnas olika ställningstaganden i *HD 1951 II 43*; det kan vara svårt att med bestämdhet säga vilken lösning som är »riktigare» än de andra; se kommentar i JFT 1959 224 ff (Taxell).

Mot denna bakgrund blir det i finländsk rätt sålunda fråga blott om domstolsavgörandenas *faktiska* prejudikatverkningar. Detta betyder att en domare inte rättsligt sett är skyldig att avgöra ett mål på samma sätt som HD i en tidigare likadan

avtalskonflikt. En domare kan inte ställas till rättsligt ansvar på den grund att han medvetet avvikit från den ståndpunkt som HD intagit i en konkret rättsfråga eller förbisett att prejudikat finns. Hans ansvar för en dom bedömes med ledning av vad som är förenligt med normer från vilka han inte får avvika. Till dem hör inte prejudikaten.

Se Miettinen 84, Brusiin, Objektivität 90 ff.

III. Olika *skäl* talar *för* domstolsavgörandenas faktiska prejudikatverkningar.

Främst bör man nämna värdet av likformighet i rättskipningen. Det är väsentligt att rättssökande personer behandlas enligt enahanda regler. Den allmänna principen om medborgarnas likhet inför lagen (RF § 5) är en grundregel i domstolarnas verksamhet. Den förutsätter en enhetlig rättspraxis.

Likheten gynnar rättssäkerheten. Om part kan räkna med att prejudikatens lösningar upprepas, kan han förutse huru en avtalstvist kommer att lösas. Prejudikaten har »prognosvärde».

En enhetlig praxis kan sägas stärka domstolarnas auktoritet och förtroendet för dem. Den kan reducera antalet rättegångar samt bespara parterna tid och processkostnader. Det sker en rationalisering av rättegångsförfarandet: lägre instanser följer den av HD omfattade ståndpunkten, vilket gör ett ändringssökande meningslöst.

Se bl.a. Brusiin, Tuomarin harkinta 172 ff, von Eyben, Juridisk grundbog 284 ff, Olivecrona, Rättsordningen 136 ff, Rätt och dom 225 f, Germann 246 ff, Larenz, Methodenlehre 409 f.

Å andra sidan är det uppenbart att ett dömande enligt prejudikat kan ha allvarliga *olägenheter*.

Mot prejudikatdominansen kan främst invändas, att den hindrar rättsutvecklingen. Det föreligger en uppenbar risk att domstolarna håller sig till den lösning, som ett prejudikat godtagit, och därför inte tar tillräcklig hänsyn till samhällsutvecklingen i allmänhet eller till förändringar på det berörda området. Man förbiser även lätt att det till följd av ny lagstiftning inom närliggande områden kan finnas behov att ompröva den ståndpunkt som ett prejudikat omfattat. En dom måste byggas på rådande förhållanden, både faktiska och rättsliga. Den bör, om inte lagen tvingar till en annan lösning, beakta uppfattningar och värderingar som är relevanta när domen ges och som är förenliga med gällande rätts- och samhällsordning. Bundenheten vid prejudikat försvårar ett rättsligt nytänkande.

Det sagda kan exemplifieras med en fråga som gäller ersättning i avtalsförhållanden. I nyare lagstiftning rörande avtal finns en klar tendens att skydda den svagare avtalsparten. Förverkligandet därav skulle ofta betinga avsteg från principen om full ersättning, detta kan ske genom jämkning av ersättningsbeloppet. Rättspraxis synes inte ha accepterat denna linje, åtminstone inte öppet; se s. 377.

En annan nackdel av prejudikatbundenhet består däri att domstolarnas avgöranden sällan är så klara och entydiga, att de vore väl lämpade som normer för framtida avgöranden. De är inte formulerade med samma stringens som t.ex. lagstadganden, vilket är naturligt då domstolarna inte skapar rättsnormer utan avgör konkreta tvister. Därtill kommer att de mål, som förelägges domstolarna, sällan är helt överensstämmande med tidigare avgjorda fall. Också små olikheter kan betinga ett avvikande domslut. Dömande enligt prejudikat främjar schematiska bedömningar som förbiser relevanta olikheter.

Betr. olägenheter av prejudikatbundenhet, von Eyben, Juridisk grundbog 288 ff, Germann 249 ff.

Frågor, som gäller bundenhet vid prejudikat, måste beakta de motstående hänsyn som här nämnts. Det gäller att mot varandra väga fördelar och olägenheter. Nödvändigheten av en sådan avvägning stöder den tidigare angivna ståndpunkten att prejudikat inte är rättsligt bindande enligt finländsk rätt.

Avvägningen är relevant även när det för HD blir fråga om att avvika från ett tidigare avgörande. Domstolen har därvid att ställa de skäl, som talar för avgörandenas prejudikatverkan, mot de faktorer som in casu motiverar en ny ståndpunkt. Å ena sida är det angeläget att HD befordrar rättsutvecklingen. Å andra sidan är det viktigt att en förändrad inställning från HDs sida till en rättsfråga grundligt överväges. En ändrad praxis bör klart argumenteras. Annars blir den nya domens prejudikatverkan osäker.

IV. Domstolsavgörandenas prejudikatvärde är i mycket beroende av huru *domstolarna* fullgör sina *funktioner*. I det avseendet förtjänar följande omständigheter beaktas:

1) Vilken är *domstolens uppgift:* inskränker den sig till att fatta riktiga, d.v.s. med rättsordningens normer förenliga avgöranden, eller ankommer det därutöver på domstolen att leda och inrikta rättsutvecklingen?

Domstolarna koncentrerar sig självfallet på de konkreta avgörandena. De ger rättsskydd in casu på basen av gällande rätt. Den rättsutvecklande funktionen bör likväl finnas med. Den gör sig framför allt gällande i den högsta instansens verksamhet. Prejudikatens värde blir väsentligen beroende av huru medvetet och effektivt HD fullgör den centrala uppgiften att genom prejudikat länka rättsutvecklingen.

Den högsta instansens uppgift diskuterades vid 24. nordiska juristmötet på basen av ett referat av B. Palmgren, som »ser prejudikaten endast såsom en biprodukt av den dömande verksamheten» (Förhandlingar s. 145); det är anledning att särskilt hänvisa till ett uttalande av Johs. Andenæs (s. 156), som anser den viktigaste uppgiften för den

högsta instansen vara att tillvarata »rettsenheten og rettsutviklingen», denna uppfattning delas av Per Olof Ekelöf s. 158; se även Andenæs, Rettsteori og rettspraksis (Juristen 1962 347—360) 350: för högsta domstolen står avgörandenas »veiledende betydning for fremtiden» i förgrunden. — Det är sannolikt att HDs uppgift att främja och förenhetliga rättsutvecklingen även hos oss kommer att bli allt mera accentuerad som en följd av rättegångsreformer och nödvändigheten att begränsa det antal mål, som HD har att avgöra, härvid borde principiellt viktiga avgöranden med starkt prejudikatvärde ges företräde; se även Antti Hannikainen, Mihin suuntaan korkeinta oikeutta olisi kehitettävä? (LM 1970 651—658).

2) I vad mån företar domstolen en allsidig *bedömning av rättsfrågor*?

I processer rörande avtalsförhållanden dominerar vanligen de faktiska omständigheterna. Ofta ligger huvudvikten på bevisfrågor. De egentliga rättsfrågorna — de som har prejudikatvärde — intar ofta en undanskymd plats i parternas argumentering. Därigenom får de inte den belysning som vore nödvändig för att de kunde bli vägledande i framtida avgöranden. De omständigheter, som vore av vikt för en säker bedömning av en rättsfråga, kommer inte fram tillräckligt klart. Härtill bidrar bristerna i vårt processförfarande, särskilt den i regel enbart skriftliga behandlingen i hovrätterna och högsta domstolen.

3) Ger *domsmotiveringarna* en tillräcklig grund för prejudikattillämpning?

Svaren på frågan utfaller olika. I många fall framträder rättsfrågan klart utan ingående motivering, t.ex. när det gäller möjligheten att tillämpa ett lagrum ex analogia. Redan själva ställningstagandet kan ge ett uttömmande svar och erbjuda en tillräcklig grund för prejudikatverkan, t.ex. ett avgörande, som fastslår att ett avtal (föravtal etc.) faller under formstadgandet i JB 1: 2.

I andra fall behövs en utförlig och klar argumentering, t.ex. när det gäller att fixera förutsättningar för ersättningsskyldighet i avtalsförhållanden. Prejudikatverkningarna är problematiska så länge domen inte ger klarhet om vilka faktiska omständigheter, som ansetts relevanta, på vilket sätt de har betydelse och huru den aktuella rättsfrågan bedömts på basen härav. Prejudikatvärdet är beroende av huru domen redovisar fakta, motivering och konklusion.

Osäkerheten beträffande HDs uppfattning och ställningstagande försvåras av att referaten av målen och det som däri förekommit ofta är bristfälliga i den version, som ingår i den tryckta årsboken, och som i praktiken ligger som grund för prejudikattillämpningen. Ibland är det blott den ingress, som föregår referatet eller redogörelsen i årsboken, som ger vägledning beträffande den rättsfråga som ansetts ha prejudikatvärde.

Se t.ex. *HD 1969 I 1*, som enligt ingressen är ett ställningstagande av innebörd att AvtL § 33 kan tillämpas även på gåva; formuleringen av HDs dom ger inte vid handen att denna fråga krävt särskilt övervägande eller att den varit oklar (vilket den enligt lagstadgandets ordalydelse inte är).

De omständigheter, som här nämnts, pekar på det obestridliga faktum att domstolsavgörandenas prejudikatvärde är starkt beroende av att domstolarna genom motiveringen av sina domar skapar tillräckliga förutsättningar för prejudikattillämpning. Den redogörelse för rättspraxis i avtalsrättsliga frågor, vilken ges i den följande framställningen, ger intrycket att prejudikattillämpningen — bortsett från vissa undantag — är osäker, beroende framför allt på otillräckliga och delvis oklara domsmotiveringar. Följderna härav är bristande enhetlighet i rättspraxis och avsaknad av klara utvecklingslinjer.

Se även Strömholm, 25 NJM 484 ff, Sundberg 30 ff.

V. Prejudikatverkningarna kan vara olika beroende på *domarnas innehåll*. Problemet kan belysas med följande typsituationer:

1) Domen innehåller *tolkning av lag*. Domstolen fastslår i sitt avgörande att ett stadgande eller ett uttryck i lagen skall ges viss innebörd eller omfattning. Om ett sådant avgörande överensstämmer med lagens förarbeten och/eller de ändamål, som lagen avser att förverkliga, kan dess prejudikatverkan tänkas bli stark. Domen konfirmerar en uppfattning som framstår som den naturliga och ändamålsenliga. Därmed kan den vinna efterföljd även i avgöranden som, utan att vara analoga, gäller tolkning av samma lagstadgande.

HD har ansett att JB 1: 2 bör tillämpas på föravtal rörande överlåtelse av fastighet — t. ex. *HD 1936 I 44* — detta innebär en extensiv tolkning av lagstadgandet, vilken även kommer fram i andra avgöranden rörande avtal om fast egendom; se härom Zitting — Rautiala 235 f.

2) I domen kan ett lagstadgande tillämpas *ex analogia*. Härom gäller i stort sett det som sagts i föregående punkt. Prejudikatverkningarna blir säkrare om domen anger de omständigheter på vilka analogitillämpningen grundas.

HB 11: 4 har tillämpats i sådana fall då någon innehar annan person tillhörig egendom på annan grund än såsom lån, t.ex. på hyra; uttrycklig hänvisning till lagstadgandet förekommer knappast, analogitillämpningen framträder däri att det i lagrummet angivna godtrosskyddet inkl. rätten till lösen ansetts böra ifrågakomma, se t.ex. *HD 1949 II 327*; grunden för en analogitillämpning är rimligtvis att egendomen innehas av legotagaren etc., som missbrukar denna sin rätt, huruvida vederlag för innehavet ifrågakommer eller ej förefaller mindre relevant.

3) Generalklausuler och liknande *standardnormer* i lag ger domstolen stor frihet att fatta avgöranden på basen av omständigheterna in casu. Ändamålet med dessa normer är att ge domstolen möjlighet till fri prövning och att fylla ut luckor i ett normsystem — t.ex. AvtL § 33 kompletterar lagens övriga ogiltighetsregler. Avgöranden

inom ramen för en standardnorm kan tyckas sakna prejudikatverkan då själva normen tar avstånd från en schematisk rättstillämpning.

Likväl kan även avgöranden av detta slag vara prejudicerande. Dels kan de ange hurudana omständigheter som kan påverka bedömningen in casu, dels kan de uppdra allmänna riktlinjer för standardnormernas tillämpning. Denna prejudikatverkan är av annat slag än den som nämnts i föregående punkter: det är närmast fråga om en allmänt vägledande rättstillämpning.

Exempel härpå erbjuder AvtL § 33; avgöranden som uttryckligen eller underförstått grundats på detta stadgande, visar vilka faktorer som kan ha relevans för bedömningen — sjukdom, försvagat sinnestillstånd, obehörig påverkan etc. — och ger anvisningar om huru sträng bedömningen ansetts böra vara.

4) I de flesta domstolsavgöranden, som gäller avtal, sker ingen hänvisning till lagstadganden. Avtalstvisten och den rättsfråga, varav den är beroende, har avgjorts *utan direkt stöd av lag*. Behovet av vägledande prejudikat är särskilt påtagligt när domstol inte kan åberopa vare sig avtalsbestämmelser, lag eller kutymer.

Prejudikatverkan uppstår i allmänhet inte enbart av det faktum att avtalstvisten av HD avgjorts på ett bestämt sätt. Normalt kräves det att domstolen — direkt eller indirekt — tillräckligt klart anger de fakta och grunder på vilka den rättsliga lösningen bygger. Om detta inte sker, kan man ifrågasätta om domen över huvud har någon prejudikatverkan. En sådan förutsätter nämligen att man känner de skäl som motiverat avgörandet. För prejudikatbildningen är det vanligen inte tillräckligt att veta *att* HD avgjort ett mål på ett bestämt sätt. Man måste framför allt veta *varför* så skett, d.v.s. vilka skäl som motiverat avgörandet.

Många avgöranden av HD i avtalstvister har — av nyss nämnda skäl — ett blott begränsat prejudikatvärde eller ingen prejudikatverkan alls (se p. IV). Till detta förhållande bidrar även att de avtalsrättsliga avgörandena i högsta instans är relativt få med hänsyn till det breda register, som det här gäller, samt att rättsfrågorna inte alltid ställts på sin spets.

I framställningen om avtalsbrott (kap. IV) pekas det bl.a. på följande rättsfrågor beträffande vilka prejudikatverkningarna är påtagliga:

— bevisbördan med avseende på förutsättningar för ersättningsskyldighet, se betr. exculperingsregeln s. 286.

— hävning av avtal kan sägas förutsätta att avtalsbrottet är väsentligt, s. 212 ff.

— reklamation med anledning av avtalsbrott bör i regel ske inom skälig tid (eller motsv. tidsbestämning), s. 475.

I det förstnämnda fallet — bevisbördan — finns det en rätt klar (ehuru inte undantagslös) regel som bygger på praxis. I de två senare fallen — hävning, reklamation — har principen omfattats i prejudikatavgöranden, varemot klart besked inte ges om den närmare utformningen av väsentlighetsregeln eller om bestämmandet av reklamationsfristen; detta beror främst på att avgörandena i dessa frågor måste bli beroende på en bedömning in casu som inte kan bindas vid fasta normer.

Vill man i motsats härtill ange ett område inom vilket prejudikatverkningarna är problematiska, kan man nämna ersättning i avtalsförhållanden, särskilt frågan om ersättningens förutsättningar (culpa etc.). Rättsfrågorna har i allmänhet inte klarlagts på ett sådant sätt, att man av HDs avgöranden kunde få fram användbara riktlinjer; som exempel kan nämnas frågan om säljarens ersättningsskyldighet när godset har fel, oklarhet råder bl.a. därom huruvida olika regler gäller för speciesköp och leverans; se T a x e l l, JFT 1956 80 ff.

VI. Huru skall man, mot den bakgrund som här tecknats, hos oss bedömda *prejudikatvärdet av HDs avgöranden* i avtalsrättsliga frågor?

Såsom ovan framhållits är det ofta tvivelaktigt om ett HD-avgörande över huvud har prejudikatverkan (p. IV och V). I det följande beaktas inte dessa fall. Uppmärksamheten ägnas blott de avgöranden som med avseende på innehåll och motivering är ägnade att vara prejudicerande.

Det är uppenbart att domstolarna i stor utsträckning följer sådana prejudikat. Någon egentlig utredning härom torde visserligen aldrig ha gjorts hos oss. Men en sådan skulle uppenbarligen verifiera uppfattningen att lägre domstolar i regel dömer i överensstämmelse med HDs prejudikat under förutsättning att dessa innehåller tillräckligt klara ställningstaganden till föreliggande rättsfrågor.

Betr. prejudikatens betydelse i Finland, B r u s i i n, Tuomarin harkinta (utg. år 1938) 177 ff.

Denna inställning till prejudikaten är väsentligen ett resultat av det system som HD tillämpar. Rättsgrundsatser och lagtolkningar, som HD accepterat i sina avgöranden, följes framdeles av HD i de allra flesta fall. Också de medlemmar av HD, som varit av annan mening, underordnar sig normalt den ståndpunkt som domstolen intagit. Avvikelse förutsätter behandling i plenum. Plenaravgörandena binder de facto avdelningarna.

Se M i e t t i n e n 94. — Det kan även nämnas att hovrätternas presidenter enligt F om hovrätterna 17.7. 1952 § 6 m. 2 särskilt bör övervaka enhetligheten i tillämpningen av rättsgrundsatser och lagtolkning, se även § 7.

Det blir sålunda i främsta rummet HDs sak att besluta huruvida avvikelser från prejudikat skall göras. Detta kan sägas överensstämma med HDs allmänna uppgift att »vaka över rättvisans handhavande av domare och exekutiva myndigheter» (L om HD 22.7. 1918 § 1 m. 2).

Prejudicerande är inte själva avgörandet utan domstolens inställning till en bestämd rättsfråga. Ur prejudikatsynpunkt är det irrelevant om en avtalstvist avgjorts till förmån för A eller B. Endast det rättsliga avgörandet är relevant — själva rättsfrågan samt de grunder och argument på vilka domstolen byggt sin lösning. Sällan är domen i dess helhet prejudicerande. Prejudikatvärdet kan bestå i en enskild detalj av rele-

vans för den rättsliga bedömningen, t.ex. den omständigheten att gäldenären är fackman kan betinga strängare ersättningsansvar (s. 300).

Det är inte möjligt att generellt ange vad som är prejudikatbildande i HDs avgöranden. Detta kan endast bestämmas in casu genom en detaljanalys av den enskilda domen. Prejudikatvärdet av en dom blir i realiteten beroende av huru klart och entydigt lösningen av rättsfrågan framträder. När en domstol överväger om den skall lägga ett prejudikat som grund för sitt avgörande, bör den noga pröva i vilket avseende domen är prejudicerande. Dessutom har domstolen att avgöra om prejudikatet är tillämpligt i föreliggande fall: är rättsfrågan densamma, är de faktiska förhållandena så lika att det finns tillräcklig grund för ett likadant avgörande? Därutöver har domstolen att avgöra om de allmänna förutsättningarna för en lösning enligt prejudikatet är desamma som när detta tillkom. Äldre prejudikat kan småningom förlora sitt värde genom tillkomsten av ny lagstiftning inom närliggande områden eller som en följd av ändrade uppfattningar och värderingar som betingas av samhällsutvecklingen, av tekniska framsteg etc. Prejudikattillämpningen är sällan automatisk. Dess betingelser kan kräva ingående prövning in casu.

För prejudikatbildning är det vanligen tillfyllest med ett enda avgörande av HD. Domens »auktoritet» ökas inte av att samma ståndpunkt upprepas. Prejudikatets normerande verkan har en annan grund än de rättsliga sedvänjorna. Normfunktionen tillkommer i princip det enskilda domstolsavgörandet.

Germann 231, 269 f; jfr Kivimäki — Ylöstalo 6, Larenz, Methodenlehre 408.

Situationen är i viss mån en annan när prejudikaten gäller tillämpningen av standardnormer (ovan V 3). Upprepade likartade avgöranden kan förtydliga riktlinjerna för framtida praxis.

Prejudikatvärdet av en dom påverkas i princip inte av att avgörandet tillkommit efter votering — 3—2 och 4—1 avgöranden i HD. Detta beror främst på att HD i sin strävan till enhetlighet inte fäster avseende vid att meningsolikheter förekommit.

Miettinen 91.

När man bedömer ett prejudikats prognosvärde, kan man likväl inte helt se bort från den omständigheten att domen tillkommit efter omröstning. Det är möjligt att minoritetens ståndpunkt signalerar ett nytänkande som på sikt kan leda till att HD justerar sin inställning.

Pleniavgörandena bör anses ha ett starkare prejudikatvärde än övriga avgöranden. Detta bottnar ofta i det faktum att avgörandena in pleno vanligen gäller principiella rättsfrågor av större bärvidd.

Betr. norsk rätt se A. Vislie, Om prejudikater i høyesteretts plenum (TfR 1957 284—304) 300 ff.

Frågan om *prejudikatändringar* skall inte närmare dryftas. Avgörandet in casu måste bli beroende av en avvägning mot varandra av skäl, som talar för fortsatt enhetlighet, och av faktorer som motiverar en förändrad inställning till den aktuella rättsfrågan (se ovan II).

Problemet prejudikatändring har behandlats av bl.a. Germann 254 ff. — Ekelöf, 24 NJM Förhandl. 160, framhåller, att man överdrivit den fara för rättssäkerheten som det innebär att den högsta instansen någon gång då och då ändrar ståndpunkt i en rättsfråga.

I detta sammanhang är det skäl att framhålla domstolarnas uppgift att *leda och främja rättsutvecklingen.*

Strävandena att befästa enhetligheten i rättspraxis får inte vara till hinder för HD att ändra sin inställning till rättsfrågor och lagtolkning när tillräckligt starka skäl härför kan åberopas. Samhällsutveckling och rättstillämpning måste följas åt. Domstolsavgörandena får inte bara bygga på lösningar som tidigare ansetts vara riktiga. Prejudikaten bör samtidigt sikta på att ge riktlinjer för framtiden inom den ram som gällande lagstiftning medger. Rättsutveckling är ingalunda lagstiftarens ensak.

För lägre domstolar är läget ett annat. Avvikelser ter sig ofta meningslösa så länge HD håller fast vid ett prejudikat. Likväl kan lägre domstols avgörande i strid med ett tillämpligt prejudikat ge HD anledning att ompröva sin inställning och kan, särskilt om det upprepas, bli ett motiv för den högsta instansen att bedöma en rättsfråga med hänsyn till andra fakta och synpunkter än tidigare. Om dessa inte kommer fram tillräckligt tydligt redan i de lägre instanserna, ligger det nära att de förbises av HD, som bygger sitt avgörande på det under hela rättegången samlade processmaterialet.

Prejudikatvärdet av HDs avgöranden i *avtalsfrågor* är mycket varierande beroende på omständigheter som nämnts i det föregående. I allmänhet är det svagt. Avgörandena ger långtifrån alltid besked om huru en rättsfråga lösts och på vilka grunder lösningen byggts upp. I fråga om avtalsbrott — det centrala problemet i den följande framställningen — kan man endast i begränsad omfattning få tillräcklig vägledning av rättspraxis.

Detta faktum, i förening med de stora luckorna i avtals- och obligationsrättslig lagstiftning, är den främsta orsaken till att det för den finländska rättens del är synnerligen vanskligt att presentera tillräckligt klara regler för huru olika avtalsstörningar bör bedömas. Bortsett från specialreglerade områden, t.ex. hyresavtal, är rättsläget ofta oklart och möjligheterna att ge parterna ett effektivt rättsskydd svaga.

Med hänsyn härtill kommer den följande framställningen att i ganska ringa mån bygga på prejudikat. Att ett ganska stort antal avgöranden tagits med och ofta kort refererats beror således inte på att de skulle ha en klar normerande verkan. Redogörelserna för rättspraxis motiveras dels med en strävan att ange *i vilken riktning* avgörandena i allmänhet gått, dels med en önskan att genom fall, som domstolarna

behandlat, *konkretisera* de frågor som framställningen avser att belysa. Rättsfallsredogörelserna måste ses mot denna bakgrund.

2.6. Allmänna rättsprinciper

I. Inom avtalsrätten, där bristen på lagregler är påtaglig, blir det ofta nödvändigt att i konkreta avgöranden ty sig till s.k. allmänna rättsprinciper. Även om de inte uttryckligen åberopas ingår de ofta i den helhetsbedömning som rättsliga avgöranden förutsätter.

Begreppet *allmän rättsprincip* är inte entydigt. Det är knappast möjligt att ge en koncis definition. För det första är de omständigheter och synpunkter, som sammanförts till en rättsprincip, vanligen så obestämda och ogripbara att de inte lätt kan konkretiseras. För det andra förekommer allmänna rättsprinciper inom olika områden av såväl den privata som den offentliga rätten. Till innehåll och funktion är de så olika, att en enhetlig bedömning är svår. Man kan ifrågasätta det ändamålsenliga i en samlande begreppsdefinition som måste bli mycket generell.

Såsom allmänna rättsprinciper har betecknats bl.a. den för alla rättsområden gällande grundsatsen om likhet inför lagen, skadeståndsrättens regel om full ersättning, avtalsrättens princip om tro och heder, straffrättens »nulla poena sine lege», processrättens »audiatur et altera pars», förvaltningsrättens objektivitetsprincip, processrättens official- och förhandlingsprinciper.

Betr. allmänna rättsprincipers innebörd och funktion hänvisas bl.a. till Brusiin, Tuomarin harkinta 157 ff, Makkonen 153 ff, Lahtinen 177 f, Per Olof Ekelöf, Processuella grundbegrepp och allmänna processprinciper (Stockholm 1956) 207 ff, Germann 151 ff, 179 ff, Grundlagen 43 ff, Giorgio del Vecchio, Grundlagen und Grundfragen des Rechts. Rechtsphilosophische Abhandlungen (Göttingen 1963) 164 ff.

I det följande berörs endast allmänna rättsprinciper inom *avtalsrätten*. Med avseende på dem kan man peka på några *utmärkande* drag vilka i stort sett även kännetecknar allmänna rättsprinciper inom andra rättsområden.

1) En allmän rättsprincip innehåller en generalisering av fakta och synpunkter som har eller kan ha relevans för avtalsrättsliga avgöranden. Den utgör en *syntes* av skiftande faktiska och rättsliga omständigheter. Rättsprincipen är inte en abstrakt norm. Den är ett uttryck för en konkret verklighet, för synpunkter, tankar och syftemål som man vill se förverkligade i rättsliga avgöranden. En allmän rättsprincip kan ha olika betydelse och värde i olika situationer.

2) Rättsprinciperna är *allmänna* i dubbel bemärkelse. Dels är deras användning inte begränsad till bestämda på förhand angivna fall. De har en vidsträckt och samtidigt obestämd verkningskrets. Dels är de allmänna i den meningen att deras innehåll inte är närmare fixerat. Konkretiseringen sker genom tillämpning in casu.

3) En avtalsrättslig konflikt kan inte lösas enbart i stöd av en allmän rättsprincip. Denna anger inte konkret huru ett avgörande skall träffas. Den informerar om synpunkter som har relevans, utan att den får uppfattas som en bindande handlingsnorm. Betydelsen av avtalsrättsliga principer ligger däri att de, utan att konkret binda avgörandena, anger *allmänna riktlinjer* för den rättsliga bedömningen.

4) De allmänna rättsprinciperna tillgodoser vissa *rättspolitiska* syften. De är uttryck för strävanden som man önskar se förverkligade i rättsutvecklingen och i konkreta avtalsrättsliga avgöranden (II).

5) På samma sätt som avtalsrättens övriga normer är de allmänna rättsprinciperna *förankrade i gällande rättsordning* (III).

Allmänna rättsprinciper — i här avsedd betydelse — bör inte förväxlas med de rättsliga grundsatser, som anses gälla oberoende av tid och rum och sålunda utan anknytning till en nationell rättsordning, t.ex. FNs deklaration om de mänskliga rättigheterna. Delar av eller drag ur sådana allmänna grundsatser kan visserligen ingå i allmänna rättsprinciper men det sker i så fall genom förmedling av den nationella rättsordningen; se Makkonen 153 f, 157 f, 162 f, 169 ff.

Om man ger begreppet allmän rättsprincip en obestämd innebörd — vilket här skett — är det möjligt att formulera ett ganska stort antal sådana principer. I sista hand är det en smaksak om man i samband med avtalsrättsliga avgöranden talar om rättspolitiska syften, allmänna motiv eller argument för den rättsliga bedömningen etc. eller om man formulerar en allmän rättsprincip. Formulerandet av en sådan — t.ex. skälighetsregeln (V) — fyller närmast ett praktiskt behov. Genom rättsprincipen uttrycker man kort och generellt vissa för rättsliga avgöranden relevanta omständigheter. Principen tillför inte i och för sig avgörandet nytt material. De synpunkter och fakta, som den sammanfattar, kan och bör beaktas även om de inte har inarbetats i en allmän rättsprincip.

Det skall likväl inte förnekas att utformandet av en allmän rättsprincip inom ett bestämt område ger större slagkraft åt de fakta som den täcker. Om man för avtalsrättens del uppställer t.ex. en lojalitetsregel (VI), kan man vänta att de synpunkter, som har avseende på parternas inbördes förtroendeförhållande, blir mera påtagliga och i högre grad observerade än om man hade avstått från att formulera en allmän princip.

För att vara användbar får en rättsprincip inte vara för allmän. Det är sålunda meningslöst att tala om rättvisa eller rättssäkerhet som allmänna rättsprinciper. Dessa begrepp är så omfattande att de, även om de bör vara vägledande för rättsliga avgöranden, närmast blott betecknar allmänna rättspolitiska syften som gäller för många olika områden.

I detta sammanhang skall blott två av avtalsrättens allmänna principer beröras: de har här benämnts skälighetsregeln (V) och lojalitetsregeln (VI). De har valts där-

för att de är relevanta inom många olika sektorer av avtalsstörningar. Andra allmänna avtalsrättsliga principer skymtar fram vid behandlingen av konkreta problem i den följande framställningen av avtalsbrott: principen om avtals bindande kraft, om tro och heder, om full ersättning etc.

II. Vilka *funktioner* har allmänna avtalsrättsliga principer?

Betr. allmänna rättsprincipers funktioner, bl.a. Makkonen 173 ff.

1) De allmänna rättsprinciperna är *vägledande för rättsutvecklingen.*

När ny lag stiftas eller gammal kompletteras, är det naturligt att beakta riktlinjer som redan följts i det praktiska rättslivet. På den vägen kan en rättsprincip bli lagfäst för bestämda områden. Den utvecklas till en lagnorm. Samtidigt kan detta godtagande från lagstiftarens sida ge principen en större fasthet och räckvidd än tidigare utanför området för den aktuella lagstiftningen.

Ett exempel härpå erbjuder skälighetsregeln, som i form av en jämkningsnorm införts i ett flertal nya lagar, t.ex. SBL § 8, HyresL § 48, AvbetKöpL § 7. Genom att jämkningsregeln upprepat lagfästs har dess tillämpningsområde avsevärt vidgats. Den bör numera anses ha giltighet även utanför de i lag särskilt reglerade fallen. Måhända kan det sägas, att skälighetsregeln först härigenom kommit att framträda som en allmän rättsprincip i egentlig mening.

En allmän rättsprincip bör även anses vara generellt vägledande för domstolarna när de fullgör sin rättsutvecklande funktion (s. 66).

Lagstiftning och rättsskipning kan sålunda befästa en allmän rättsprincip. De kan även utveckla och förändra principen. I sin obestämdhet är de allmänna rättsprinciperna öppna för ändrade tolkningar och tillämpningar. Nya fakta och värderingar kan lätt få plats inom deras ram. Rättsläge och konkret verklighet kan anpassas till varandra via allmänna rättsprinciper.

2) De allmänna rättsprincipernas funktion framträder klarast när det finns luckor i lag och avtal. I dessa fall har de en betydande *kompletterande* uppgift. De kan på ett avgörande sätt ange i vilken riktning en konkret lösning bör gå när en avtalskonflikt skall lösas av domstol eller av parterna själva. Sålunda kan lojalitetsregeln bli utslagsgivande för huru part bör förhålla sig när en avtalsstörning inträtt (VI).

3) Ibland kan en allmän rättsprincip *modifiera* en dispositiv lagregel eller en avtalad norm. Detta förekommer när normens tillämpning skulle leda till ett resultat som inte kan anses godtagbart. Här gör sig skälighetsprincipen gällande. Dess primära uppgift är att modifiera (korrigera) lösningar som inte är godtagbara ur billighetssynpunkt (V).

En allmän rättsprincip är en del av den helhet av faktiska och rättsliga omständigheter vilka tjänar som underlag för bedömningen in casu. Dess betydelse kan vara olika i de enskilda fallen beroende på det faktiska läget, vilka lag- eller avtalsnormer som kan tillämpas m.fl. omständigheter. Graden av det inflytande, som en allmän rättsprincip har, växlar från fall till fall. I den mån principen in casu har relevans bidrar den till avgörandet. I den meningen är de allmänna rättsprinciperna handlingsnormer låt vara att deras normerande verkan är obestämd och varierande.

III. Allmänna rättsprinciper kan vara olika starkt *förankrade i gällande rättsordning.*

1) I några fall har en allmän rättsprincip kommit till uttryck i *grundlag.* Detta gäller bl.a. den även inom avtalsrätten relevanta principen om medborgarnas likhet inför lagen (RF § 5).

Denna likhetsprincip är inte blott ett direktiv för lagstiftaren. Den förpliktar även domstolar och andra myndigheter. Principen är — oaktat den uttryckligen lagfästs — en allmän rättsprincip i den meningen att den inte stadgar huru ett avgörande skall träffas. Den anger blott en allmän riktlinje. Inom avtalsrätten har principen betydelse bl.a. med avseende på enhetligheten i rättsskipningen (s. 23).

2) Andra allmänna rättsprinciper har kommit till uttryck i *lag* ehuru de inte där givits en generell utformning. De ingår i eller bildar grund för enskilda lagstadganden.

Skälighetsregeln har kommit till uttryck bl.a. i HB 18: 5 samt i SBL § 8 och övriga jämkningsregler.

Rättsprinciper av detta slag gäller inte bara situationer som faller under det lagrum vari principen kommit till uttryck. De har ett betydligt vidare verkningsfält. Lagrummet är uttryck för en allmän rättsprincip. Det som enligt lag gäller på ett bestämt område har relevans i andra likartade fall i vilka den rättspolitiska målsättningen är densamma. Det av lagen reglerade fallet får inte ses separat. Det hör till en större helhet som behärskas av likartade rättsliga bedömningar. Lagregeln framstår som en konkretisering eller tillämpning av en rättsprincip.

Se Germann 152 f, Larenz, Methodenlehre 364 ff.

När man bakom ett lagstadgande ser en allmän rättsprincip av denna typ och använder den utanför det lagreglerade området, uppnår man enhetlighet i rättstillämpningen. Det gäller likväl att in casu avgöra om den princip, som bär upp ett lagstadgande, har ett mera vidsträckt verkningsfält. Endast där så är fallet kan man tala om en allmän rättsprincip.

Skälighetsregeln är en typisk rättsprincip av denna typ. Den har kommit till uttryck i ett flertal lagrum och den äger tillämpning utanför de lagreglerade fallen (V).

3) Avtalsrättens lagnormer — både de som gäller avtal i allmänhet (AvtL) och de som reglerar särskilda avtal (HyresL etc.) — strävar att förverkliga syftemål som framträder mera eller mindre klart. Lagreglerna bärs upp av både allmänna och speciella motiv. Dessa kommer vanligen inte till uttryck i lagstadgandena. De finns likväl med såsom osynliga moment i den reglering som sker genom lag. Sådana *allmänna motiv och syften* kan ibland komprimeras i allmänna rättsprinciper.

Se Makkonen 184 ff, Germann 153 f.

I detta sammanhang må endast nämnas »förvärvslivets etik». Avtalsrättsliga avgöranden får inte åsidosätta moraliska värderingar — dessa kan vara allmänna eller speciella för en bestämd yrkesgrupp. Denna tanke framträder i principen om tro och heder i avtalsförhållanden. Många av AvtLs ogiltighetsregler bärs upp av denna princip — t.ex. reglerna om svikligt förledande och ocker. I AvtL § 33 framträder den som en kompletterande generalklausul.

Lojalitetsprincipen (VI) bygger på liknande tankar.

4) Allmänna rättsprinciper kan växa fram ur *rättspraxis* utan att ha egentligt stöd i lag. Vanligare är att en rättsprincip, som direkt eller indirekt har ett visst stöd i lag, stärkes eller med avseende på sitt tillämpningsområde vidgas genom rättspraxis.

Man kan t.ex. förvänta att rättspraxis vidgar tillämpningen av skälighetsregeln på så sätt att jämkning av ersättningsbelopp kan ske — de facto torde en sådan utveckling i viss mån redan ha skett oaktat den inte klart redovisats av praxis (s. 377).

Rättspraxis kan även tänkas begränsa tillämpningen av en erkänd rättsprincip.

Denna utveckling är att emotse och har uppenbarligen redan delvis ägt rum med avseende på culparegeln (s. 261 ff).

Oberoende av till vilken av de nämnda kategorierna en allmän rättsprincip hänförs är den förankrad i gällande rättsordning. Det formella sambandet kan vara svagt. Men materiellt är den en del av avtalsrättens normsystem. Den måste därför till sitt innehåll vara förenlig med och inpassas i detta.

IV. När kan en allmän rättsprincip anses ha *uppkommit*?

Det är inte möjligt att exakt bestämma i vilket skede värderingar och synpunkter accepterats på ett sådant sätt att de bör beaktas vid lösandet av avtalskonflikter. I den mån de upprepat och konsekvent kommit till uttryck i rättspraxis accentueras

deras normerande verkan. Det är likväl inte genom »inarbetning» som de blir relevanta. En lagregel verkar genom sin egen kraft oberoende av huru ofta den tillämpas. Detsamma gäller de allmänna rättsprinciperna. De har relevans genom sin anknytning till rättsordningen i övrigt.

Läget är ofta oklart. Tvekan kan råda därom huruvida de motiv, som bär upp ett nytt lagstadgande, har räckvidd utöver de fall som lagrummet avser. Ju oftare *lagstiftaren* genomför en och samma lösning desto starkare framträder de allmänna motiven. Med tiden kan de sammanfattas i en allmän rättsprincip. Sålunda kan den av lagstiftaren upprepade skälighetsstandarden — SBL § 8 m.fl. — numera betraktas som en allmän avtalsrättslig princip.

Inom ramen för sin rättsutvecklande funktion bör *domstolarna* låta nya synpunkter och värderingar bli vägledande när detta är nödvändigt eller ändamålsenligt för att avtalsrätten skall följa med i den faktiska utvecklingen. På den vägen kan nya rättsliga grundsatser vinna terräng.

Även en konsekvent *avtalspraxis* kan framkalla nya rättsprinciper.

Oberoende av huru en ny rättsprincip uppkommer eller förändras gäller alltid att den, för att kunna tillerkännas relevans, måste vara förenlig med den gällande rättsordningen. Den bör passa in i avtalsrättens handlingsmönster.

V. *Skälighetsregeln* är en allmän avtalsrättslig princip. Dess innehåll kan kort anges på följande sätt: i rättsliga avgöranden, som gäller avtal eller avtalsstörningar, bör man undvika lösningar som är obilliga för någondera parten.

Termerna oskälig, obillig, otillbörlig användes ofta synonymt; det är svårt att se någon reell betydelseskillnad, obillig uppfattas likväl lätt som ett svagare uttryck än de övriga.

Uppmärksamheten koncentreras på två problem: vad avses md oskälighet (1) och på vilket sätt kan man undvika oskäliga lösningar (2)?

1) *Oskälighet* (obillighet, otillbörlighet) är inte ett abstrakt begrepp. Termen är en generell beteckning på reella situationer för vilka det utmärkande är att part genom ett avtal eller som en följd av en avtalsstörning påförs oproportionerligt betungande förpliktelser eller vidkännes andra olägenheter som han rimligen inte bör bära. Dessa situationer kan inte exakt anges. Skälighetsregeln är elastisk. Häri ligger dess styrka.

Allmänna synpunkter på skälighetsbedömning i rättstillämpningen, se bl.a. Brusiin, Tuomarin harkinta 68 ff, Taxell, JFT 1964 372 ff, Ole Lando, Domstolene og billighed. Nogle rettssammenlignende betragtninger (SvJT 1967 1—10).

Skälighetssynpunkterna har internationell räckvidd och deras relevans växlar med de nationella rättssystemen; se t.ex. den engelska rättens equity-system, Chitty I nr 1642 ff, Treitel 623 ff samt för tysk rätt BGB § 242 (Treu und Glauben), Esser (2. Aufl.) 99—112, Fikentscher 117—135; se även Germann 25, 216 f, 352.

Redogörelser för domarens prövningsrätt enligt några europeiska rättssystem ingår i »Ermessensfreiheit und Billigkeitsspielraum des Zivilrichters. Verhandlungen der Fachgruppe für Grundlagenforschung, 18.—21.9. 1963» (Arbeiten zur Rechtsvergleichung 24, Frankfurt 1964).

I det följande skall blott nämnas några situationer i vilka det kan bli fråga om oskälighet.

Främst tar skälighetsregeln sikte på de fall då part behöver skydd mot att utnyttjas av sin motpart. Visserligen har man att utgå från att den som slutit ett avtal, skall fullgöra det han åtagit sig även om avtalet är oförmånligt. Den jämvikt, som genom avtalet skapats mellan parternas rättigheter och förpliktelser, bör upprätthållas. Det finns gränser för vad part är skyldig att göra och vad motparten har rätt att kräva. Konsekvenserna av ett avtals fullgörande kan inte alltid förutses. Det faktiska läge, som råder vid fullgörelsetiden, kan avsevärt avvika från förhållandena vid avtalets ingående. Av sådana orsaker kan det te sig oskäligt att låta den ena parten, till uppenbart förfång för den andra, utnyttja den position som avtalet ger honom under ändrade förhållanden eller i situationer som inte förutsetts, se t.ex. SBL § 8. Även när avtalsbrott förekommit, är det angeläget att hindra part att utnyttja läget till förfång för den andra parten.

En avtalsbestämmelse eller en påföljd av en avtalsstörning kan vara alltför betungande för part utan att han utnyttjas av sin motpart. Sålunda kan det, när ett avtalsbrott orsakat skada, vara oskäligt att döma ut full ersättning oaktat en jämkning av ersättningsbeloppet betyder förlust för borgenären.

Skälighetsbedömningen beaktar främst ekonomiska faktorer. Man fäster huvudvikten vid den ekonomiska börda som lägges på gäldenären om han tvingas prestera — fullgöra avtalet, betala full ersättning etc. Prestationen kan vara oskälig antingen i relation till de förmåner, som avtalet ger i utbyte, eller till gäldenärens förmögenhetsställning.

Ibland tar skälighetsbedömningen sikte på andra omständigheter än ekonomiska. Ett avtal kan t.ex. innebära långt gående begränsningar av parts handlingsfrihet.

Skälighetsbedömningen är ofta ett led i strävandena att skydda den ekonomiskt eller socialt svagare parten i avtalet eller den som i förhållande till en sakkunnig motpart befinner sig i underläge. Skälighetssynpunkter kan även åberopas mot den part som ensidigt utformat avtalets bestämmelser (standardavtal etc.).

Vanligen är det motiverat och möjligt att beakta bägge parters intresse när frågan om skälighet aktualiseras. Åtgärder, som för den ena partens del eliminerar en oskälighet, kan lätt bli obilliga för den andra parten. Skälighetsbedömningen är väsentligen ett avvägningsproblem.

2) Den omständigheten att en avtalsbestämmelse, en påföljd av ett avtalsbrott etc., är oskälig ger ännu inte anvisning om *huru* situationen skall lösas. Andra faktorer griper in.

Det är inte möjligt att i detta sammanhang klarlägga vilka rättsliga verkningar som kan inträda om bestämmelser i ett avtal eller konsekvenserna av en avtalsstörning anses oskäliga. Följande situationer kan nämnas:

— avtalsvillkor, vilkas tillämpning skulle leda till uppenbar obillighet, kan jämkas eller helt lämnas utan avseende — AvtL §§ 36, 37, SBL § 8 etc.,

— avtalsersättning kan jämkas med beaktande av skälighetssynpunkter (s. 375 f),

— avtal kan i allmänhet inte hävas på grund av avtalsbrott som är blott ringa (s. 211),

— krav på avtalsprestation (naturaprestation) kan tillbakavisas om dess genomförande skulle vara oskäligt (s. 191).

Om man närmare skulle undersöka här angivna och andra fall, i vilka det finns plats för en skälighetsbedömning, kunde man konstatera att skälighetsregeln — beroende på de faktiska förhållandena — har olika inriktning och olika stark verkan. I det förstnämnda fallet — jämkning av avtalsvillkor — är skälighetsregeln klart dominerande. I de övriga fallen är den inte lika stark. I de två sistnämnda situationerna är den närmast att betrakta som en biomständighet vid sidan av andra faktorer av större betydelse.

Skälighetsregeln har här givits en vidsträckt omfattning. Den tar sikte på alla de fall i vilka billighetssynpunkter kan påverka avgörandena. Med denna innebörd användes regeln i det följande. Om man vill, kan man ge skälighetsregeln en inskränkt och mera konkret innebörd, t.ex. så, att den inkluderar blott jämkningsfallen: avtalsvillkor eller ersättningsbelopp kan jämkas om de är uppenbart obilliga.

Skälighetssynpunkterna har av lagen godtagits utanför jämkningsfallen; bl.a. HB 18: 5, AvbetKöpL § 2 m. 2, se även ABLFörsl. 1969 § 19 m. 2, motiv s. 76 f; Hakulinen 365 f, Kivimäki — Ylöstalo 254 f.

Bl.a. i följande domstolsavgöranden har avseende fästs vid vad som ansetts skäligt: *HD 1948 II 122* (skälig gottgörelse för utfört arbete och för kostnader), *HD 1943 II 168* (priset var skäligt), *HD 1943 II 192* (förmedlingsprovision nedsattes till skäligt belopp), *HD 1970 II 59* (skälig ersättning för utfört förmedlingsuppdrag); se även *HD 1965 II 51* (HovRs motivering).

Skälighetssynpunkterna kan även framträda vid tolkning av avtal; se bl.a. Kivimäki — Ylöstalo 254. — Betr. tolkning i relation till jämkning, Vahlén, Avtal och tolkning 246 f.

Synpunkter, som framhäver skälighet och billighet, har sedan gamla tider haft plats i rättsliga avgöranden. De har kommit till uttryck t.ex. i flera av domarreglerna. Den konsekvens, med vilken skälighetssynpunkterna inryckts i nyare avtalsrättslig lagstiftning, låter skälighetsregeln — klarare än någonsin tidigare — framstå som en allmän rättsprincip med giltighet utanför de områden och situationer för vilka den uttryckligen lagfästs.

VI. *Lojalitetsregeln* är ett uttryck för tanken att parterna i avtalsförhållanden inte ensidigt få driva sina intressen till förfång för varandra. Part är inom vissa gränser skyldig att beakta sin motparts rätt och intresse. Denna allmänt vägledande och förpliktande inställning betecknas i det följande med termen lojalitet.

Härom bl.a. Ussing 23 f.

I arbetsavtalsförhållanden gäller ett långtgående krav på lojalitet mellan arbetstagare och arbetsgivare, denna lojalitetsplikt framträder i en del stadganden i ArbAvtL (se §§ 13, 17 m. 3); se även Schmidt, Tjänsteavtalet 131 ff.

SjöL innehåller detaljerade föreskrifter om befälhavarens omsorg i fråga om fartyg, last och passagerare, denna vårdnadsplikt är även i viss mån uttryck för ett allmänt lojalitetskrav, se §§ 43, 49, 65, 171 m. 1.

Lojalitetskravet gör sig gällande i de flesta avtalsförhållanden. Det framträder särskilt starkt i avtal som förutsätter ett personligt förhållande mellan parterna eller företrädare för dem.

Utgångspunkten är att avtalet är en form av samverkan. De intressen, som avtalet representerar, bör inte uppfattas enbart såsom motstående och konkurrerande. Genom avtalsgemenskapen eftersträvar parterna att nå i avtalet fixerade eller förutsatta resultat. I en intressekonflikt får part inte obetingat ställa sin fördel framom medkontrahentens. Det måste i viss utsträckning ske en avvägning.

Lojalitetssynpunkten understryker förtroendeförhållandet mellan parterna.

Vid *avtalsstörningar* uppstår ibland den situationen att part inte alls eller endast med svårighet själv kan skydda sina intressen medan den andra parten med lätthet kan vidta erforderliga åtgärder — t.ex. ta hand om avtalsobjektet. Parts skyldighet att i sådana fall vidta skyddsåtgärder till förmån för medkontrahenten är ett uttryck för kravet på lojalitet.

Lojalitetskravet förutsätter även att part, när en avtalsstörning inträffat, underlåter att spekulera på sin motparts bekostnad.

Tanken att part bör visa lojalitet har i allmänhet inte direkt kommit till uttryck i lag. Den kan likväl anses ha en fast förankring i vår avtalsrätt. Lojaliteten är ett mycket starkt motiv, t.ex. när man har att reglera parts handlande efter det en avtalsstörning inträtt. Det finns tillräckliga förutsättningar att formulera en allmän avtalsrättslig princip — lojalitetsregeln — med möjlighet att bli tillämpad i olikartade avtalsrättsliga avgöranden.

Ofta framträder lojalitetsregeln i en informations- eller vårdplikt. I den förra innefattas en skyldighet för part att underrätta motparten om åtgärder som han ämnar vidta eller om andra förhållanden som kan gälla den senares rätt eller intresse. I vårdplikten ingår främst en skyldighet att ta hand om egendom som tillhör den andra parten, undantagsvis att på annat sätt vårda hans angelägenheter. De nämnda skyldigheterna blir framför allt aktuella vid avtalsbrott.

Här nämnes blott några *exempel* på situationer i vilka lojalitetsregeln har relevans med avseende på avtalsstörningar:

— part, som med anledning av ett avtalsbrott eller en annan avtalsstörning vill framställa ett krav eller göra en annan påföljd gällande, bör vanligen ge medkontrahenten ett meddelande inom viss kortare tid (reklamation, s. 470),

förvärvare, som avvisar gods såsom inte avtalsenligt, är ofta skyldig att omhänderta och vårda godset för överlåtarens räkning, eventuellt att sälja godset (s. 425 ff),

— vid ingående av kompensationsavtal bör part försöka uppnå villkor som är så förmånliga som möjligt med tanke på motparten i det ursprungliga avtalet (s. 354),

— krav på avtalsprestation (naturaprestation) får inte framskjutas på ett sätt som ger part möjlighet att spekulera på motpartens bekostnad (s. 478).

I de situationer, som här nämnts, sker bedömningen med beaktande av normer och fakta av olika slag. Lojalitetsregeln är blott en av de faktorer som påverkar avgörandet. Styrkan av denna påverkan bestämmes av olika omständigheter, främst därav till huru stor del avgörandet in casu är betingat av bindande normer (lag eller avtal).

Lojalitetsregeln drar inte alltid entydiga riktlinjer för avtalsrättsliga avgöranden. I situationer, som är ganska likartade, kan regeln ge olika utslag: t.ex. om en köpare avvisat felaktig vara men likväl omhändertagit den i stöd av sin allmänna vårdplikt, kan lojaliteten i ett fall kräva försäljning utan uppskov (godset förfares snabbt), i ett annat fall anstånd med försäljningen (prisstegring är förestående).

Såsom en kompletterande allmän norm (riktlinje) har lojalitetsregeln vidsträckt användning i avtalsförhållanden och särskilt vid avtalsstörningar.

Det är även möjligt att åsidosättandet av lojalitetskravet har den innebörd och den styrka att det i och för sig innebär ett *avtalsbrott*. Sålunda kan enligt ArbAvtL § 43 ett illojalt beteende från den ena partens sida ge motparten hävningsrätt.

Se även *HD 1964 II 11* (part ansågs ha varit skyldig att avhålla sig från vissa åtgärder som de facto kunde göra motpartens rätt värdelös).

2.7. Övriga normer

I. De i det föregående berörda för avtal gällande normerna — avtalsnormer, lagregler, kutymer, prejudikat, allmänna rättsprinciper — är allmänna i den meningen att de förekommer eller kan förekomma oberoende av avtalstyp. Till dem ansluter sig *särskilda* slag av handlingsnormer som vanligen har avseende blott på vissa kategorier av avtal. I det följande skall några av dem nämnas.

II. Ett avtal kan i vissa avseenden regleras av föreskrifter som *fastställts av offentlig myndighet*. Detta betyder en begränsning av avtalsfriheten. Staten eller andra offent-

ligrättsliga samfund reglerar vissa avtalsfrågor på ett för parterna bindande sätt. Syftet är dels att skydda den ena parten i avtalsförhållandet. Denne tillhör vanligen konsumentkretsen. Dels tillgodoser man samhällsekonomiska intressen, främst en strävan att hålla priser och kostnader på en skälig nivå. Avvikelser kan vanligen ske till förmån för den part vars intresse den offentliga regleringen strävar att tillgodose. I den meningen är regleringsföreskrifterna inte absoluta.

Priser och avgifter fastställes i stor utsträckning av myndighet. De bör följas vid ingående av avtal. De gäller även utan särskild överenskommelse. Ifall part betingar sig ett pris, som överstiger det fastställda, kan motparten nöja sig med att betala det reglerade priset, t.ex. läkemedelspriser, busstaxor och försäkringspremier.

Reglering av priser och avgifter har hos oss ofta skett i stöd av temporär undantagslagstiftning som givit regeringen regleringsfullmakter.

Om pris, som fastställts av myndighet, blott är ett normpris (riktpris), kan parterna överenskomma om ett högre pris. Om priset lämnats öppet i avtalet, skall normpriset vanligen betalas.

Till nu ifrågavarande grupp av normer kan man även hänföra arbetsplatsernas *arbetsreglementen*. De är bindande för de arbetsavtalsparter som berörs av dem. Sin rättsverkan får de därigenom att de fastställes av offentlig myndighet — social- och hälsovårdsministeriet — efter att ha uppgjorts av arbetsgivaren, som är skyldig att införskaffa utlåtande av arbetstagarna eller deras förtroendeman. Härom gäller L om arbetsreglementen 1.6. 1922, särskilt §§ 4—8 och 15.

Se Vuorio 375 ff.

Av myndighet fastställda *avtalsformulär* blir i praktiken ofta normgivande. Inom lagens gränser har parterna rätt att avvika från formulärets bestämmelser. Formulären har närmast blott service-syfte.

Se HyresL § 52, Godenhielm, Uusi huoneenvuokralaki 311 f.

III. Part kan inträda i ett avtalsförhållande för vilket det finns bestämmelser som av motparten fastställts att gälla alla likartade avtal inom hans verksamhetssfär. Sålunda kommer den, som träder i tjänst hos en arbetsgivare, att beröras av de *reglementen* — som inte är egentliga arbetsreglementen (II) — instruktioner och andra bestämmelser som gäller pensioner, ledigheter, sociala förmåner etc. Föreskrifterna kan även ha avseende på fullgörande av tjänsteåliggandena. Arbetsgivare har möjlighet att inom speciallagstiftningens ram reglera sådana frågor för sina anställda.

Reglementen etc. kompletterar det individuella arbetsavtalet ifall de inte särskilt undantagits. För att de skall gälla kräves inte någon hänvisning till dem. De är bin-

dande även om part, när han ingick avtalet, inte var medveten om deras existens eller innehåll.

Föreskrifter av det slag, som här nämnts, kan i många fall uppfattas som bestämmelser vilka kan anses avtalade (s. 35). Parterna har förutsatt att de gäller. Ibland kan de betraktas som allmänna avtalsvillkor vilka gäller utan särskild hänvisning (s. 40 ff).

Om ett reglemente etc. åvälver part väsentliga förpliktelser, som han inte förutsatte när avtalet ingicks, bör han ha möjlighet att frigöra sig från avtalet efter det han fått del av föreskrifterna.

IV. Luckor i ett avtals regelsystem kan fyllas genom att man tillämpar förfaranden som parterna *tidigare använt i liknande fall.*

Om ett tidigare avtal av samma slag som det aktuella avvecklats genom att ena parten fullgjort skyldigheter, om vilka inte överenskommits, ligger det nära att samma ordning skall gälla framdeles, ifall inte förbehåll göres. Ofta kan man anse att parterna förutsatt detta. Även om så inte är fallet, kan tidigare tillvägagångssätt anses normerande, särskilt när parterna står i fortgående affärsförbindelse med varandra.

Se även IntKöpL art. 9 m. 1.

Ibland kan part åberopa förfaranden eller regler som andra parter följt i liknande fall. Om priset på köpt vara lämnats öppet, är det naturligt att anse köparen skyldig att betala gängse pris. Om godsets kvalitet inte har bestämts, skall gäldenären prestera gods av normal (medelgod etc.) beskaffenhet. Man följer det som gäller i andra liknande avtal.

Se betr. köppris, som lämnats öppet, Godenhielm 36 ff, Hakulinen 66, Portin 18 ff och där åberopad litteratur; jfr SvKöpL § 5 (vad säljaren fordrar, där det ej kan anses oskäligt), se även § 6, samt IntKöpL art. 57 »the price generally charged by the seller at the time of the conclusion of the contract».

HD 1951 I 1 (gängse eller gångbart pris, »käypä hinta»), *1951 II 124* (gångbart värde). Se även SjöL § 124 (gångbar frakt).

HD 1940 II 174: provision bestämdes enligt vad vid hyresförmedling var sedvanligt.

V. Det förekommer att part är berättigad att fylla en lucka i avtalet genom att *ensidigt fixera* en handlingsnorm. Från ett köpavtal har t.ex. utelämnats bestämmelse om kvalitet eller mängd. Ibland kan man nå klarhet genom att utreda vad parterna kan anses ha avtalat — medelgod kvalitet, samma mängd som i ett tidigare avtal etc. I många fall måste avgörandet likväl träffas av den ena parten.

Se BGB § 315, Larenz I 83, 84 f.

I princip kan part inte ensidigt fastställa några avtalsvillkor. För att en avveckling av ett avtal skall kunna ske är det likväl ibland nödvändigt att ge part befogenhet att fylla en lycka. Alternativet vore att ett bindande avtal ej anses föreligga. Detta är oftast en sämre lösning.

Parts befogenhet att ge föreskrifter, som binder den andra parten, sträcker sig inte längre än till vad som är nödvändigt för att fylla luckan i avtalet. När föreskrifter ges, får part inte se blott till egen fördel. Han måste ta hänsyn även till den andra partens intressen. Lojalitetsregeln gäller.

Här skall inte utredas under vilka förutsättningar part har rätt att ensidigt ge bindande föreskrifter. Problemet är aktuellt bl.a. inom köprätten; se betr. konkreta situationer, G o d e n h i e l m 37 ff, SvKöpL §§ 5, 6, 13, 66. — Se även H a k u l i n e n 66 f och 69 f (alternativ obligation), U s s i n g 24 f.

Det finns avtalstyper till vilkas natur det hör att part ger den andra parten bindande direktiv. Främst kan man nämna arbetsavtal och ombudsavtal. Beträffande dessa avtal grundar sig befogenheten att ge direktiv och anvisningar på stadganden i lag.

Se ArbAvtL § 13, HB 18: 1 och 2 (indirekt).

Skälighetsregeln gäller såsom allmän riktlinje i de fall då part ensidigt äger utfylla en lucka i avtalsbestämmelserna.

Ofta kan parts bundenhet av bestämmelser, som motparten ensidigt fixerat, grundas på passivitet: part borde reagera om han inte vill att en av motparten meddelad föreskrift skall gälla. Man kan visserligen inte utgå från att part skall reagera för att inte bindas. Men passivitet kan, jämte andra omständigheter, leda till att även en ensidigt fastställd handlingsnorm kommer att gälla. Kravet på aktivitet skärpes när parterna står i affärsförhållande till varandra.

Se bl.a. K a r l g r e n, Passivitet 18, 22 ff.

Parterna kan ge *tredje man* i uppdrag att fylla en lucka i avtalet eller att fixera innebörden av en oklar avtalsbestämmelse.

Se H a k u l i n e n 67 f.

3. BEDÖMNINGSFAKTA

3.1. Innebörd

I det följande redogöres för några standardiserade bedömningsfakta (se s. 30) av större betydelse vid lösandet av problem som framkallas av avtalsstörningar. Urvalet är i viss mån godtyckligt. Väsentliga bedömningsfakta har utelämnats.

En för många avtalsstörningar så väsentlig omständighet som *god tro* — och dess motsats ond tro — har inte medtagits, närmast av den anledningen att lagen innehåller ett entydigt stadgande — AvtL § 39 — som kan tillämpas även utanför de fall som det direkt gäller.

Till bedömningsfakta, som här förbigås, hör även det i nordisk avtalsrättslig debatt tidvis flitigt använda begreppet *förutsättning*. I Finland har förutsättningsdoktrinen egentligen inte vunnit fotfäste. Det förefaller som om de problem, som har avseende på avtalsstörningar, för den inhemska rättens del kunde lösas utan en särskild förutsättningslära. Det finns därför knappast något reellt behov att precisera det mångskiftande begreppet förutsättning i rättslig mening. Detta hindrar likväl inte att man beaktar vissa för ett avtal relevanta förutsättningar — betingelser, bakgrundsfaktorer, motivationer — när avtalskonflikter skall lösas in casu. Förutsättningar kan sålunda få betydelse bl.a. när man skall avgöra om en avtalsstörning är för handen eller inte — om köpgodset t.ex. har de egenskaper som köparen förutsatt — vid tolkning av avtal — part har utgått från att ett använt uttryck har en viss innebörd — eller när det blir fråga om fortsatt bundenhet vid avtal på grund av ändrade förhållanden — t.ex. HyresL § 9 m. 3.

Betr. begreppet förutsättning hänvisas till Vahlén, Formkravet 210 ff, Avtal och tolkning 55 ff och där åberopad litteratur, Fr. Vinding Kruse, Centrale retsproblemer i nordisk fælleslovgivning 371 ff (TfR 1952 369—434) samt Ulf Holmbäck, Studier i förutsättningslärans terminologi (Stockholm 1970) 20 ff. — Se även Kivimäki — Ylöstalo 339 ff.

Förutsättningsläran har nedan (s. 219 f) berörts med avseende på hävning av avtal; där har den ståndpunkten intagits att man inte bör bygga på ett förutsättningsresonemang.

För bedömningen av avtalsstörningar kan det vara av betydelse att klarlägga och beakta *syftet* (ändamålet) med avtalet eller med enskilda avtalsvillkor. Det är här fråga om parts avsikt eller om det ändamål som parterna eller endera av dem vill se förverkligat genom avtalets fullgörande. När en person hyr en lägenhet, kan syftet t.ex. vara att använda lägenheten för viss affärsrörelse.

Syftet med ett avtal eller ett avtalsvillkor kan få betydelse bl.a. när avtalet skall tolkas eller när det är fråga om fortsatt avtalsbundenhet.

I bl.a. *HD 1951 II 43* (se kommentar i JFT 1959 224 ff) har parternas avsikt (avtalets syfte) ansetts vara relevant.

Inte heller de frågor, som gäller avtalets syfte, skall här särskilt utredas. Framställningen begränsas till spörsmålen om avtalsbalans, risker, relationen orsak-verkan, culpa, medhjälpares fel och försummelser samt prestationshinder.

3.2. Avtalsbalans

I avtalsförhållanden står parternas skyldigheter (prestationer) och rättigheter vanligen mot varandra: köpgods och pris, arbete och lön, nyttjanderätt och hyra etc. På ömse sidor är det fråga om ekonomiska värden. I ömsesidiga avtalsförhållanden eftersträvar man ofta en jämvikt mellan prestation och motprestation, mellan rättighet och skyldighet — de skall värdemässigt motsvara varandra. Ibland råder bristande ekonomisk jämvikt, t.ex. vid försäljning till underpris. Helt oberoende av om det objektivt sett förefinns värdejämvikt eller inte har avtalet fixerat en ekonomisk relation mellan prestation och motprestation. Denna genom avtalet bestämda värderelation kan kallas *avtalsbalans*. Ibland har man använt termen ekvivalensförhållande.

Om A till B för ett pris av 120 säljer en vara, vars inköpspris vid tiden för avtalets ingående är 100, kan avtalsbalansen betecknas med värderelationen 120: 100 (A får 120 och ger 100); för A uppkommer en vinst (här bortses från As ev. kostnader) uppgående till 20.

Avtalsbalansen kan komma att *rubbas* som en följd av omständigheter vilka inträffar efter avtalets ingående. Dessa kan ha sin grund i parts egna åtgärder — en säljare avlämnar t.ex. felaktigt gods vars värde är mindre än avtalet förutsätter. Ofta är rubbningen ett resultat av utifrån verkande faktorer — förändringar i priser, kostnader, penningvärde etc. kan förskjuta avtalsbalansen till nackdel för den ena parten. Detta länder ofta till den andra partens fördel.

Om i det anförda exemplet varans inköpspris (för A) efter avtalets ingående men före fullgörandet stiger till 130, är den nya värderelationen 120: 130, vilket innebär en avsevärd rubbning av avtalsbalansen (120: 100), avtalets fullgörande orsakar säljaren förlust (−10) i stället för beräknad vinst (+20).

Vid bedömningen av avtalsstörningar kan avtalsbalansen framträda i följande avseenden:

1) Rubbningar i avtalsbalansen kan vara av det slag att de över huvud *inte inverkar* på avtalets fullgörande. Det gäller att in casu dra en gräns för vad part måste finna sig i utan att kunna åberopa en värdeförskjutning till sin nackdel (toleransgräns).

HD 1952 I 16 (majoriteten i HD); refererat och kommenterat av Taxell, JFT 1959 230 ff.

2) Avtalsbalansen kan ha rubbats på ett sådant sätt och i sådan omfattning, att det framstår som naturligt och angeläget att helt eller delvis *befria part från bundenhet* av avtalet.

HD 1952 I 16 (minoriteten i HD).

3) När man utformar regler om påföljder av avtalsstörningar eller in casu har att ta ställning till verkningarna av en avtalsstörning, framträder en allmän strävan att för borgenärens del så vitt möjligt *återställa* den rubbade avtalsbalansen. Detta syfte förverkligas främst genom olika slag av ersättning. Klarast framträder det i kravet på vederlagsminskning, t.ex. prisnedsättning på grund av fel i avtalsobjektet (s. 413).

Det bör särskilt understrykas, att man inte har anledning att formulera någon teori om avtalsbalans och om följderna av rubbningar däri. En förändring av avtalsbalansen är endast en av de många faktorer vid vilka man har att fästa uppmärksamhet när följderna av avtalsstörningar bedömes. Härvid får man inte förbise att parterna genom avtalets ingående i många fall och i stor utsträckning tagit på sig risken av förändringar i avtalsbalansen.

I tysk doktrin har frågorna om Äquivalenz och Äquivalenzstörungen inkl. frågan om Opfergrenz (se s. 153) ägnats mycken tankemöda; de uppställda teorierna synes inte ha direkt intresse för bedömningen av avtalsstörningar enligt finländsk rätt, se bl.a. L a r e n z I 248 f.

3.3. R i s k e r

I. Varje avtal kan sägas innebära risker för parterna. Syftet med ett avtal är att part skall nå ett beräknat resultat. Omständigheter av olika slag kan orsaka att part inte alls eller blott till en del når sitt syfte. Risktagandet har inte givit åsyftat utbyte.

I detta sammanhang användes begreppet risk inte för att beteckna risker över huvud. Det har en mera begränsad innebörd: part *bär risken* när han står (ansvarar) för de menliga följderna av att en för avtalet eller dess fullgörande relevant händelse inträffar eller uteblir. Det är fråga om risken för följderna av störningar i avtalsförhållandet. Man har t.ex. att avgöra vilken av parterna som står för följderna av att avtalet inte kan fullgöras på grund av force majeure eller av att avtalsobjektet skadas genom åtgärd av tredje man.

Allmänna synpunkter på risker och riskfördelning i avtalsförhållanden, G o d e n h i e l m, Säljarens bundenhet 99 ff.

Termen risk användes i olika betydelser och man begagnar olika underbegrepp — vederlagsrisk, prestationsrisk etc.; se H a k u l i n e n 81 f, T o r e S a n d v i k, Entreprenørrisikoen (Oslo 1966) 100 f.

Av konstaterandet att den ena parten bär en risk kan man inte sluta sig till vilka påföljder som inträder om en med risken förenad händelse (t.ex. en strejk) inträffar. Riskfördelningen mellan parterna förklarar endast vilken av parterna som skall stå för de menliga konsekvenserna av den inträffade händelsen. Situationerna varierar. Ibland påverkas själva avtalsförhållandet inte av omständigheter, för vilka den ena parten bär risken. Avtalet och de skyldigheter, som det pålägger part, kan i alla avseenden förbli oförändrade — prisförhöjning på råmaterial påverkar normalt inte det kontraherade priset, tillverkaren bär risken för kostnadsökningar orsakade av höjda arbetslöner etc. I andra fall påverkas avtalsläget. Sålunda kan ändrade förhållanden befria gäldenären från avtalsbundenhet (s. 160).

Riskbärandet i här avsedd mening är blott en av många faktorer som kan påverka bedömningen av avtalsstörningar och deras påföljder.

Riskerna hänför sig vanligen till avtalets fullgörande. Det kan t.ex. inträffa en omständighet som gör det omöjligt för gäldenären att prestera. Riskfrågan kan ha relevans även för uppkomsten av avtalsbundenhet. Sålunda kan man ha att avgöra vem som bär risken för att en fullmäktig ingår avtal utanför fullmaktens gränser (AvtL § 10). I fråga om ändrade förhållanden, som kan påverka den fortsatta avtalsbundenheten, blir riskproblemet inte sällan aktuellt.

I avtalsförhållanden kan det bli fråga om bl.a. följande former av risker:

1) Part saknar ekonomiska resurser att fullgöra avtalet: part är insolvent eller han kan inte uppbringa det kapital som han behöver för att fullgöra sina prestationer. Också personliga resurser kan saknas, t.ex. erforderlig yrkeskunskap. Det har allmänt ansetts att part bär risken för att han har tillräckliga ekonomiska och personliga resurser (s. 306).

De facto kan risken komma att bäras av motparten — gäldenären kan bli ersättningsskyldig på grund av utebliven prestation men sakna medel att betala ersättningsbeloppet.

2) När någon såsom företrädare för eller medhjälpare till part medverkar vid ingående eller fullgörande av ett avtal, blir det fråga om parts ansvar för denna persons åtgärder och försummelser. Också detta kan betecknas som ett riskbärande (s. 106).

3) En avtalsstörning kan orsakas av en utanför avtalet stående tredje man — en säljare kan t.ex. inte fullgöra en leverans emedan han inte av tredje man erhållit kontraherad råvara. Den part, som i en sådan situation bär risken, kan möjligen i efterhand vältra över de ekonomiska verkningarna av avtalsstörningen på tredje man (ersättning).

4) Fullgörelse av avtal kan utebli till följd av att prestationen blivit omöjlig eller avsevärt försvårats. Riskfördelningen mellan parterna beror framför allt på orsaken till prestationshindret (s. 119).

5) Avtalsstörningar (främst avtalsbrott) orsakar lätt ekonomiska förluster. Vid av-

görandet av om part skall betala ersättning eller inte kan man fästa avseende vid vilken part som framom den andra bör anses stå för de ekonomiska följderna av störningen i avtalsförhållandet (s. 346).

6) Risken hänför sig ofta till avtalsobjektet. Det gäller att avgöra vilken av parterna som svarar för följderna av att avtalsobjektet förstöres eller skadas av våda. I dessa fall använder man vanligen termen *stå faran* för godset.

Se särskilt Rodhe § 31.

Detaljerade regler om riskfördelningen (faran) har utvecklats inom köprätten. Problemet förekommer även vid andra typer av avtal.

I det följande användes termen stå faran för godset (avtalsobjektet) i stället för uttrycket bära risken för avtalsobjektet. Det är visserligen fråga om en risk jämförbar med de i föregående punkter nämnda riskerna, men termen faran för godset har hävd särskilt inom köprätten.

7) För avtalets ingående relevanta fakta kan sedermera visa sig vara annorlunda än part trott eller förutsatt. Härvid uppkommer frågan vilken av parterna som ansvarar för följderna av att fakta avviker från det som avtalats eller förutsatts. Omständigheter, som var för handen vid avtalets ingående — t.ex. pris- och kostnadsnivån — kan efteråt rubbas eller ändras. Också i dessa fall blir det fråga om risker.

Se *HD 1928 II 162:* köpare av aktier ansågs bära risken för aktiernas värde, då säljaren inte påverkat köparens uppfattning om värdet, och då säljaren ej varit medveten om att aktierna var nästan värdelösa.

8) För part är det inte alltid tillfyllest att avtalet fullgöres riktigt. Av betydelse kan därutöver vara att det konkreta syfte, som avtalet skall förverkliga, verkligen uppnås — t.ex. att köpt sak kan användas för avsett ändamål. I det sammanhanget kan det även bli fråga om risken för avtalsobjektets farliga egenskaper.

Se *HD 1934 II 102:* köpare av kaférörelse ansågs bära risken för att han får tillstånd att utöva rörelsen; då erhållande av tillstånd ej gjorts till villkor för att köpet skulle bestå och då säljaren inte svikligt undanhållit köparen fakta, förblev köpet bestående trots uteblivet tillstånd.

Betr. avtalsobjektets farliga egenskaper s. 404 ff.

De anförda exemplen torde visa, att frågan om parts risk kan framträda i olika sammanhang och med olika innebörd. Det ges inte större utrymme för enhetliga bedömningar.

II. Det centrala spörsmålet är vilken av parterna som i en konkret situation bär risken — *riskfördelning.*

I allmänhet har man följt linjen att risken helt bärs av den ena parten. Endast

undantagsvis förekommer det att risken är parternas gemensamma. Detta kan sägas vara fallet när ett avtal jämkas till följd av ändrade förhållanden.

Ibland bärs risken av en tredje man, vanligen en försäkringsgivare. Härvid uppkommer frågan vilken av parterna som kan rikta anspråk mot tredje man.

Det är inte möjligt att genom allmänna regler precisera riskfördelningen mellan parterna. Endast undantagsvis kan man prägla en allmän sats, t.ex. att part svarar för att han har erforderliga ekonomiska resurser. Riskfördelningsproblemen måste lösas så, att man särskilt för sig analyserar olika avtalstyper och inom dem konkreta risksituationer. Varje försök att uppställa en allmän riskprincip — en generell regel för riskfördelningen mellan parterna — är dömt att misslyckas. Risksynpunkten är blott *en* av de faktorer som man har att beakta när avtalsstörningar bedömes.

Man kan likväl peka på några omständigheter som vanligen har betydelse för riskbedömningen in casu.

Riskfördelningen påverkas ofta av parts culpa. Det ligger nära att anta, att part, som handlar i strid med det som i avtalsförhållanden förväntas av honom, därmed tar på sig ansvaret för följderna av sitt handlande. Sålunda kan den part, som på basen av en otillräcklig undersökning lämnat felaktiga upplysningar om avtalsobjektet, bli ansvarig härför. I sådana situationer går risk- och culpasynpunkterna in i varandra.

Se *HD 1934 II 102* (refererat p. I).

Av betydelse för riskbedömningen är även relationen mellan prestation och vederlag. Den som betingat sig ett oproportionerligt högt vederlag, kan ofta anses ha tagit på sig risker utöver det normala, t.ex. med avseende på ändrade förhållanden (kostnadsstegringar etc.). Ett osedvanligt lågt vederlag kan möjligen utesluta vissa risker.

En borgenär måste ofta finna sig i mindre störningar när det gäller avtalets fullgörande. Han bär risken härför. Också här finns en toleransgräns.

Den av parterna, som vid avtalets ingående förutsett eller bort förutse viss händelse, som senare inträffar, bär ofta risken för densamma.

Se betr. force majeure s. 120 **f.**

Riskfördelningen kan regleras genom förbehåll i avtalet. En sådan klausul utformas vanligen så, att part fritar sig från ansvar för vissa fakta eller händelser, t.ex. för följderna av en eventuell strejk.

Ibland blir risksynpunkterna aktuella med avseende på ersättningsskyldigheten på grund av avtalsbrott. Svaret på frågan vilken av parterna som bär risken för viss händelse och dess följder kan påverka den helhetsbedömning som ibland måste göras för att fastslå om part är ersättningsskyldig eller inte (s. 346).

Risksynpunkterna kan ha relevans även för andra påföljder av avtalsbrott, t.ex.

hävning. Sålunda kan det ifrågasättas om en köpare kan häva köpet när godset visserligen svarar mot avtalets föreskrifter men likväl inte kan användas för avsett ändamål. Hävningsrätten påverkas av vilken part som kan anses bära risken för en sådan situation.

3.4. Orsak — verkan

Med avseende på avtalsstörningar och deras följder kan *relationen orsak — verkan* ha betydelse huvudsakligen i två avseenden:

1) Det är av vikt att utreda vilka *faktiska verkningar* som inträtt genom en avtalsstörning. In casu har man ofta att ta ställning till huruvida ett visst förhållande — vanligen en för borgenären oförmånlig omständighet — har framkallats av att en handlingsnorm har åsidosatts.

HD 1951 II 161: fel i gods ansågs ej ha orsakats av avtalsbrott, varför borgenärens ersättningsanspråk förkastades.

Framför allt blir det fråga om avtalsstörningens ekonomiska verkningar. Man har att avgöra om en ekonomisk förlust, som drabbat borgenären, är en följd av avtalsstörningen eller inte. Frågan blir aktuell när det in casu gäller att bestämma huru stor ersättning borgenären har anspråk på.

Även vid en bedömning av förutsättningarna för hävning kan det bli fråga om ett orsakssammanhang.

Se SjöL § 126 m. 1 in fine (dröjsmål beror av fel eller försummelse av bortfraktaren), Bengtsson 231 f.

Även om det kan påvisas att en avtalsstörning orsakat eller bidragit till att framkalla en för borgenären oförmånlig situation, är därmed ingalunda givet att man skall beakta detta när de rättsliga följderna in casu fixeras. Det kan bli nödvändigt att begränsa orsakskedjan och sålunda utesluta vissa krav. Den allmänna riktlinjen är att avseende fästes blott vid beräkneliga verkningar av en avtalsstörning. Gäldenärens ansvar begränsas till följder vilka framstår som typiska eller normala. Förhållandet har även uttryckts så, att man avskiljer dels alltför avlägsna verkningar, dels näraliggande men alltför oväntade följder. Även i avtalsförhållanden har en sådan begränsning gjorts med ledning av det adekvata orsakssammanhanget (adekvansteorin). Man kan likväl ifrågasätta om den traditionella adekvanssläran erbjuder en tillfredsställande lösning av orsaksproblemet när det gäller avtalsförhållanden. Den har närmast utformats för utomkontraktuellt skadeorsakande.

Rodhe § 28 vid not 11—26. — Det vidlyftiga adekvansproblemet skall inte dryftas; se härom bl.a. Saxén 19 ff, 161 ff.

HD 1934 II 298: A hade enligt uppdrag av B uppskattat mängden av skog på en fastighet som var till salu; B hade sedermera köpt fastigheten varvid priset åtminstone delvis hade bestämts på basen av As uppskattning, som senare visade sig överstiga den faktiska mängden med 80 %; A ansågs ej ansvarig för förlust som orsakats av att B i förlitan på uppskattningen betalat överpris för fastigheten.

Se även *HD 1963 II 80* (HD min.), *1962 II 77*.

2) Frågan om orsakssammanhanget kan även framträda när man har att avgöra om ett visst faktum föranlett att en handlingsnorm inte kunnat följas.

I första hand blir det fråga om fall av typen force majeure. Har en händelse, som normalt innefattar force majeure, verkligen orsakat ett absolut *prestationshinder*? Ett importförbud eller en naturkatastrof behöver icke nödvändigt leda till att ett avtal, som beröres därav, icke kan fullgöras. Det kan t.ex. vara möjligt att från annat håll uppbringa varor som kan användas för fullgörelse. Omöjlighet är beroende av de faktiska följderna av inträffade händelser.

Situationen är densamma i fråga om relativa prestationshinder. Man har att bedöma på vilket sätt och i vilken omfattning faktiska förhållanden verkligen påverkar fullgörandet av ett avtal.

Betr. prestationshinder s. 113.

3.5. Vållande (culpa)

I. En avtalsstörning framträder ofta i en handling eller en underlåtenhet som är *klandervärd*. Part borde ha förhållit sig annorlunda än han de facto gjort. Där detta är fallet, föreligger vållande eller culpa. Omdömet uttrycker ett ogillande.

Påståendet att en handling eller en underlåtenhet är klandervärd behöver inte innefatta en moralisk bedömning. Culpa kan föreligga utan att part handlat i strid med gängse moraluppfattning. Den kan t.ex. bero på bristande kunskap eller erfarenhet.

Vållandet måste alltid bedömas i relation till en faktisk avtalssituation. Ett handlande eller underlåtande av visst slag — t.ex. försenad betalning — utgör inte i och för sig culpa. Endast om detsamma i den föreliggande situationen är klandervärt, kan man tala om vållande.

Begreppet vållande (culpa), bl.a. Rodhe § 29 vid not 1, Ussing, Erstatningsret 18, Hakulinen 278 ff, Kivimäki—Ylöstalo 371 f.

I denna framställning användes vållande såsom ett överbegrepp. Det betecknar *vållande i vidsträckt mening* och inkluderar både uppsåt och vårdslöshet. Synonymt användes termen *culpa*. Denna förekommer i termerna culparegel och culpa-ansvar.

Terminologin i fråga om vållande och culpa är inte klar och konsekvent. Culpa användes ofta för att beteckna vårdslöshet till skillnad från dolus (uppsåt), även termen vållande har använts som synonym till vårdslöshet (1943 års PatentL § 74 m. 2). — Se betr. terminologin, Kivimäki — Ylöstalo 371: vållande är antingen uppsåt (dolus) eller vållande i inskränkt mening (culpa); Rodhe § 29 vid not 1 f, använder culpa och vårdslöshet såsom likabetydande och vållande såsom omfattande både uppsåt och vårdslöshet.

Inte sällan användes »skuld» för att beteckna vållande i vidsträckt mening; då termen är mångtydig, undvikes den i det följande.

Begreppet vållande-culpa rymmer inom sig många olikartade situationer. För att vara användbart som bedömningsfaktum vid avtalsstörningar måste dess innebörd och olika yttringsformer närmare preciseras. Också en standardisering är påkallad.

Vållandet användes som bedömningsgrund inom olika områden: straffrätten, skadeansvar utanför avtalsförhållanden etc. Här behandlas vållandet endast i relation till avtalsstörningar.

Vanligen får frågan om vållande aktualitet när det gäller *avtals fullgörande* — vållande in contractu. När part, som enligt avtalet har en förpliktelse, i fråga om denna handlat i strid med en för avtalet gällande handlingsnorm, aktualiseras vållandet. Man frågar om parts handlande eller underlåtande är klandervärt, om han borde ha förhållit sig annorlunda än han gjort. Vållande in contractu karakteriseras av att part inte med tillräcklig omsorg eftersträvat att fullgöra avtalet enligt dess innehåll.

Den handling eller underlåtenhet, som innebär vållande, kan direkt ansluta sig till avtalets fullgörande — part glömmer t.ex. att prestera i rätt tid. Det är också möjligt att vållandet endast indirekt hänför sig till fullgörelsen genom att framkalla ett läge som resulterar i att en handlingsnorm åsidosättes — part minskar t.ex. sin arbetsstyrka i den omfattning att han inte kan fullgöra en leverans på avtalad tid.

Vållande in contractu har främst betydelse med avseende på gäldenärens ersättningsskyldighet. Även vid andra påföljder av avtalsbrott, t.ex. hävning, kan vållandet få plats i bedömningen.

Jfr BGB §§ 276—278; där anges för vilka typer av culpa gäldenären svarar (vertreten) utan att rättsföljderna nämnes i detta sammanhang.

Genom förbehåll i avtalet kan part utesluta eller begränsa följderna av vållande (s. 455 ff).

Parts klandervärda förfarande kan framträda vid *ingående av avtal* — culpa in contrahendo. Part överträder handlingsnormer som har anknytning till avtalets tillkomst — han lämnar t.ex. vilseledande uppgifter under avtalsförhandlingarna eller han utnyttjar motpartens svaga position.

Avtalsstörningar, vid vilka det förekommit culpa in contrahendo, leder ofta till att avtalet blir ogiltigt. I andra fall kan vårdslösheten ha relevans för tolkningen av avtalet eller beaktas vid en jämkning av avtalsvillkoren.

Ibland är det motiverat att behandla culpa in contrahendo enligt reglerna om avtalsbrott. Den omständighet, som innefattar vållande vid avtalets ingående, kan föranleda samma påföljder som senare inträffade händelser. Man bedömer situationen på i huvudsak samma sätt som om det hade förelegat culpa in contractu. En säljare har t.ex. avlämnat felaktigt gods. Felet kan ha funnits vid avtalets ingående men förtigits av säljaren (culpa in contrahendo) eller det kan ha uppkommit senare genom säljarens vållande (culpa in contractu). Köparens anspråk på ersättning kan bedömas lika i bägge fallen.

Olika aspekter på culpa in contrahendo har behandlats av bl.a. Rodhe § 29 vid not 64—104, Ussing 155 f, Fikentscher 73 ff, Esser 372 ff.

Frågan om vållande vid avtals ingående har ofta förbisetts. Den har betydelse i många sammanhang. De flesta ogiltighetsstadganden i AvtL kap. 3 bygger på tanken om culpa in contrahendo: tvång, svek, ocker, ingående av avtal i strid med tro och heder, innebär att part förhållit sig annorlunda än han borde ha gjort. Att culpa-synpunkten skymts bort beror främst på att det i de ifrågavarande lagrummen skett en långt gående differentiering som inte lämnar plats för ett allmänt begrepp culpa in contrahendo. Grundtanken är likväl densamma.

II. Begreppet vållande är obestämt. Det utsäger att part borde ha förhållit sig annorlunda än han gjort. Hans förfarande är klandervärt. Detta kräver en närmare *precisering*.

Ibland anger *lagen* riktlinjer för parts handlande eller åvälver honom bestämda skyldigheter. Vållande föreligger när part handlar i strid härmed.

Se t.ex. HB 10:3 »pant bör väl giömas och vårdas, och ej utan ägarens lof och minne brukas», HyresL § 20 »omsorgsfullt vårda lägenheten med allt vad därtill hör», SjöL § 72 »Bortfraktaren skall hålla fartyget sjövärdigt, tillräckligt bemannat, provianterat och utrustat samt i övrigt i behörigt skick», ArbAvtL § 13.

Vållande kan bestämmas med ledning av *avtalets* bestämmelser. Parterna kan ha fixerat normer för sitt handlande eller part kan vara berättigad att ge medkontrahenten anvisningar om avtalets fullgörande.

Ofta ger varken lag eller avtal anvisning om vad som bör uppfattas som vållande. Den precisering, som i dessa fall är nödvändig, har skett genom en uppdelning av vållandet i uppsåt och vårdslöshet. Lagstiftaren har accepterat denna tudelning (t.ex. ArbAvtL § 51).

Inom vardera gruppen har det ytterligare skett en uppspjälkning eller gradering (IV).

Man kan även hänvisa till FörsAvtL §§ 4—10, vilka för försäkringsavtalets del reglerar situationer som är uttryck för culpa in contrahendo — åsidosättandet av parts upplysningsplikt; se även *HD 1951 II 158*.

När en avtalsstörning inte orsakats av vållande, kan man tala om *våda* (casus). De påföljder, som är betingade av vållande, inträder inte. Termen våda förekommer främst med avseende på skadeorsakande utanför avtalsförhållanden. Den användes inte i den följande framställningen.

Uppsåt (dolus) är för handen när part medvetet åsidosatt en handlingsnorm. Hans vilja har varit inriktad på att åstadkomma en bestämd avtalsstörning. Detta är fallet t.ex. när en säljare avlämnat gods, som han vet vara felaktigt, eller när en hyresvärd underlåtit att reparera lägenheten trots att han är medveten om dess brister.

För att man skall kunna tala om uppsåt är det inte nödvändigt att parts vilja klart är inriktad på att åstadkomma en avtalsstörning eller att syftet med hans handlande är detta (avsikt, avsiktligt handlande). Det kan vara tillfyllest att part, när han förhåller sig på ett bestämt sätt, räknar med att en avtalsstörning inträder.

Se Rodhe § 29 vid not 26—31.

I det, som benämnes *vårdslöshet*, framträder grundtanken i begreppet vållande: part borde ha förhållit sig annorlunda än han gjort (III).

I allmänhet är det inte nödvändigt att inom avtalsrätten dra en klar gräns mellan uppsåt och vårdslöshet. Såsom bedömningsfakta vid avtalsstörningar har de vanligen samma värde. I den mån en rättsföljd är beroende av culpa är det vanligen likgiltigt om det föreligger uppsåt eller vållande, t.ex. i fråga om ersättningsskyldighet.

Det ges exempel på att lagen uttryckligen likställer uppsåt och vårdslöshet med avseende på rättsverkningar av avtalsstörningar, se UpphovsL § 57 m. 2, VarumärkesL § 38 m. 2 och PatentL § 58 m. 1 »uppsåtligen eller av oaktsamhet», ArbAvtL § 51 »uppsåtligen eller av vårdslöshet».

Trots att en gränsdragning mellan uppsåt och vårdslöshet vanligen är onödig, kan det förekomma situationer i vilka det är av betydelse att påvisa existensen av uppsåt. I en helhetsbedömning av en avtalsstörning kan det ibland räknas part till nackdel att han handlat uppsåtligt. När det t.ex. väger mellan att ge part rättsskydd eller att förvägra honom detta, kan den omständigheten att motparten handlat uppsåtligt vara ett motiv för att godta ett rättsskyddsanspråk.

Jfr GrannelL § 13 (chikan), här är det likväl inte fråga om ett avtalsförhållande.

III. Vållandet framträder vanligen såsom *vårdslöshet*.

Man använder ibland termerna oaktsamhet — en lägre grad av vårdslöshet — och försumlighet eller försummelse — vårdslöshet som består i underlåtenhet.

Se även UpphovsL § 57 m. 2, VarumärkesL § 38 m. 2, PatentL § 58 m. 1, där oaktsamhet användes för att beteckna vårdslöshet i allmänhet.

Utmärkande för vårdslösheten är att part inte iakttagit den omsorg eller aktsamhet som man haft skäl att fordra av honom i den föreliggande situationen. Han har förhållit sig annorlunda än han bort göra utan att han dock med sin vilja omfattat avtalsstörningen. Uttryckt på ett annat sätt: part har avvikit från den aktsamhetsstandard som anses gälla för honom i en konkret situation.

I *lag* har vårdslöshet uttryckts på olika sätt:

I 1734 års L användes t.ex. »vangiömo eller vållande» (HB 12: 2), »försummelse eller vårdslöshet» (HB 15: 5). I nyare lagstiftning användes »vållande» som kan beteckna culpa i allmänhet (HyresL § 16 m. 2), »vårdslöshet» (FörsAvtL § 25 m. 1, ArbAvtL § 51 m. 1),»vårdslöshet eller försummelse» (HyresL § 20 m. 1), »oaktsamhet» (UpphovsL § 57 m. 2), »fel eller försummelse» (SjöL § 118).

I *rättspraxis* finner man inte någon konsekvent terminologi. Domstolarna har i sina motiveringar använt olika uttryck för att beteckna parts vårdslöshet. Följande fall kan nämnas som exempel:

Part har iakttagit den omsorg som skäligen kunde krävas av honom, *HD 1947 II 253*,
ej gjort sig skyldig till sådan oaktsamhet, att han enligt avtalet skulle bli ansvarig, *HD 1935 I 58*,
ej visat, att skadan orsakats av sådan olycka som låntagare ej skäligen kunnat förutse eller förhindra, *HD 1942 II 37*.

BGB § 276: »im Verkehr erforderliche Sorgfalt ausser acht lässt», Larenz I 220 f, Fikentscher 308, Esser 244 ff.
Enligt schweizisk rätt »Nichtanwendung der erforderlichen Sorgfalt»; BernerKomm. 496.

Det är meningslöst att genom en tolkning av termer och uttryck, som använts i lag eller praxis, försöka bestämma vad vårdslöshet egentligen är. Vill man ha en allmän definition, kommer man knappast längre än till följande konstaterande: vårdslöshet betyder att part handlat eller förhållit sig annorlunda än han bort göra, han har i den meningen uppträtt klandervärt.

På vilket sätt kan detta konstateras in casu?

Schematiskt förfar man på följande sätt: man jämför parts handlande eller underlåtande med den för honom gällande aktsamhetsstandarden.

Föreligger det en bristande överensstämmelse, är vårdslöshet för handen.

Se Rodhe § 29 vid not 13 ff.

Huru bestämmes denna *aktsamhetsstandard*?

Uppställandet av en standard betyder att det inte är fråga om en individuell bedömning. Man strävar att klarlägga vilken aktsamhet som skäligen kan fordras av personer inom den grupp som part tillhör. Huru fixeras denna grupp?

Man kommer inte långt med att hänvisa till vad en klok och förståndig person – bonus paterfamilias – skulle ha iakttagit. En uppdelning måste ske.

Parts grupptillhörighet bestämmes främst av den ställning som han intar genom sin verksamhet och sin placering i samhällslivet. Man frågar vilken omsorg och aktsamhet som skäligen kan krävas av en person i partens ställning. Det gäller varken ett maximi- eller ett minimikrav. Man eftersträvar en standard vilken framstår såsom skälig och måttlig.

Speciell uppmärksamhet fästes vid den verksamhet som part utövar och vari det ifrågavarande avtalet ingår som ett led. Gäller det en näringsidkare, har man att utröna vilka krav man rimligen bör ställa på en företagare i samma bransch och verksam under likartade förhållanden. Ju mera fordringarna på effektivitet och precision växer inom företagsvärlden, desto mera kommer man att kräva i fråga om aktsamhet när det gäller ingående eller fullgörande av avtal. Den företagare, som blivit efter i utvecklingen eller ger sig in i en verksamhet utan att besitta erforderliga förutsättningar, kan i regel inte hävda att den stränga aktsamhetsstandarden inte gäller honom. Gruppens och inte den enskildes situation är primärt vägledande när man bedömer om part handlat vårdslöst. I den meningen är culpabedömningen objektiv.

Se betr. dessa problem bl.a. Rodhe § 29 vid not 6–8 (den grad av aktsamhet som är typisk för en viss grupp av människor), Ussing, Erstatningsret 28 f, 68 ff, Kristen Andersen, Culpaansvaret under debatt (TfR 1965 117–126) 120: »hva man anser det faglig, sosialt eller menneskelig rimelig å kreve».

När handlingsregler fixeras genom avtal, kan detta innebära en precisering av den för part gällande aktsamhetsstandarden.

Man måste även beakta den *konkreta situationen* i vilken part handlat. Hans handlande skall jämföras med det handlingssätt som kan anses vanligt eller typiskt för en person med samma grupptillhörighet i en liknande situation.

Skärpt aktsamhet kräves när störningar i avtalets fullgörande kan föranleda exceptionella följder, t.ex. onormalt stor ekonomisk skada. I allmänhet fordrar man att part uppmärksamgjorts på eller annars är medveten om den särskilda risken.

Se Larenz I 221.

Standardiseringen av culpabedömningen innebär inte att parts *individuella* förhållanden helt lämnas ur räkningen.

Bl.a. Rodhe § 29 vid not 19 ff, Gomard 411 f.

Om part har *fackinsikter* eller erfarenheter, som en person i hans ställning i allmänhet inte har och som är av betydelse för avtalets fullgörande, ökar detta kravet på aktsamhet inom den sektor där de särskilda kvalifikationerna är relevanta. Det sagda

gäller även när part givit sig sken av att ha sådana särskilda kvalifikationer och han gjort det på ett sådant sätt, att den andra parten haft anledning att ta fasta därpå.

Se betr. krav på ersättning, s. 300 ff och där nämnda rättsfall.

Individuella förhållanden, som verkar hämmande på parts möjligheter att perfekt fullgöra avtalet, kan i vissa fall utesluta vårdslöshet. Man kan t.ex. peka på psykiska eller fysiska defekter som avsevärt försvårar avtalsenlig prestation. I regel utesluter de inte vårdslöshet. Undantagsvis kan de likväl tänkas göra det, ifall motparten är eller borde vara medveten om dem. Sålunda kan individuella defekter utesluta vårdslöshet med avseende på en icke fullgod arbetsprestation. Bristande ekonomiska resurser kan man däremot inte beakta annat än i speciella undantagsfall, t.ex. i en katastrofsituation i vilken part oförskyllt försatts.

Det föreligger vårdslöshet om part på grund av bristande kännedom om en för avtalet gällande handlingsnorm handlat i strid med denna. Det betraktas sålunda som klandervärt att part inte tagit reda på vad han har att göra eller att han glömt att fullgöra en skyldighet.

Se Ussing 118.

Vårdslöshet kan även bestå i *oskicklighet* och *okunnighet*. Om avtalets fullgörande förutsätter fackinsikter eller andra särskilda kvalifikationer, räknas det vanligen part till last att han saknar sådana.

Se *HD 1946 II 83:* genom oskicklighet vållat skada.

Gäldenären kan ha kalkylerat fel i fråga om sina och sina medhjälpares möjligheter att fullgöra avtalet. Också detta kan, beroende på omständigheterna, uppfattas som vållande.

Kravet på aktsamhet kan starkt variera beroende på avtalet — avtalstyp, avtalsbestämmelsernas utformning, avtalets ekonomiska värde, relationen mellan prestation och motprestation etc. Det är icke möjligt att generellt ange på vilket sätt och i vilken utsträckning sådana faktorer inverkar på aktsamhetskravet. Endast en detaljanalys kunde ge svar. I allmänhet ställes det större krav på parts aktsamhet när han får fullt vederlag för sin prestation än när han t.ex. fullgör en gåvoutfästelse.

Redan de omständigheter, som i det föregående antytts och som ingalunda är uttömmande, visar att bedömningen av om vårdslöshet förekommit eller inte måste bli osäker. Detta beror dels på att klart fixerade aktsamhetsstandarder inte kan uppställas, dels på svårigheten att in casu bedöma om en standard följts eller ej. När frågan i det enskilda fallet ställes på sin spets, blir resultatet beroende av huruvida domaren efter en allsidig prövning av relevanta fakta finner att part iakttagit den aktsamhet som domaren för sin del anser erforderlig i den föreliggande situationen.

Aktsamhetskravet kan närmare specificeras i avtalet, t.ex. så att part bör vidta bestämda säkerhetsåtgärder. Man har då att i första hand bedöma huruvida de avtalade aktsamhetsföreskrifterna iakttagits.

Se FörsAvtL § 51.

Undantagsvis kan det bli fråga om att kräva samma omsorg som i egna angelägenheter, aktsamhetsbedömningen är då helt subjektiv; man talar även om culpa in concreto. Detta är också ett sätt att standardisera vårdslösheten. På detta sätt har man uppfattat stadgandet i HB 12: 2, om stadgandet numera över huvud anses tillämpligt bör det gälla endast för vederlagsfri deposition; se Taxell, JFT 1961 206; Hannu Klami, KK 12: 2. Historiallisen säännöksen historiallista tulkintaa (DL 1967 300—319), anser att stadgandet inte är ett uttryck för culpa in concreto.

Se även Ussing 125, BGB § 277, Larenz I 231, Esser 250 ff.

Begreppet vårdslöshet kan, såsom här antytts, aldrig fixeras uttömmande. Det anger blott allmänna riktlinjer för en bedömning. Denna varierar avsevärt beroende på omständigheterna in casu.

IV. Det ligger i vållandets natur att det kan förekomma olika *grader* av culpa. Part kan ha handlat mera eller mindre klandervärt.

Så snart part överskridit den för honom gällande aktsamhetsstandarden föreligger vållande. Vanligen är det inte relevant huru mycket gränsen överskridits. De rättsföljder, som anknytes till ett vållande, inträder i och med att minimigränsen för vårdslöshet är nådd. Denna ståndpunkt framträder tydligt i den inom skadeståndsrätten allmänt accepterade culparegeln (s. 259).

Det förekommer likväl fall i vilka graden av vållande tillmätes betydelse.

Redan uppdelningen i uppsåt och vårdslöshet innebär en gradering. Man har i vissa fall gått längre.

Det avsiktliga handlandet — syftet har varit att åstadkomma en avtalsstörning — kan betraktas som en högre grad av *uppsåt*. Ett sådant kvalificerat uppsåt kan möjligen vidga parts ansvar.

Inom avtalsrätten fäster man ofta avseende vid huruvida part, när han överträtt en handlingsnorm, handlat *svikligt*. Svek är en speciell form av uppsåt. Härmed avses att part uppger ett osant eller förtiger ett sant sakförhållande. Det sker vanligen i en bestämd avsikt — att föra motparten bakom ljuset i avsikt att själv nå en fördel. Detta är t.ex. fallet när part, i syfte att tillföra sig en ekonomisk förmån, vid ingående av avtal medvetet förtiger viss egenskap hos avtalsobjektet eller försöker få sin motpart att tro att ett undermåligt avtalsobjekt fyller de villkor som avtalet anger.

Se AvtL § 30.

Man har ansett att den part, som handlar med svek i förhållande till sin motpart, inte kan vänta att denne å sin sida i allt skall följa gällande regler. Sålunda kan en

köpare framställa anspråk mot en säljare, som handlat med svek, trots att reklamation skett för sent (s. 473).

Se även KonossementL § 4 p. 5 sista stycket.

Likaså kan det vara motiverat att på grund av gäldenärens svek ge borgenären ett anspråk som ej annars skulle tillkomma honom.

Se SvKöpL § 43 m. 1.

Med svek kan man jämställa de fall då gäldenären uppenbarligen handlat i syfte att tillfoga borgenären förfång eller skada.

Inom begreppet *vårdslöshet* kan man göra en tudelning: grov vårdslöshet (culpa lata) och lindrig vårdslöshet (culpa levis).

Gränsen mellan olika grader av vårdslöshet är alltid osäker. Den kan bestämmas endast på grundvalen av en bedömning in casu. Allmänt kan sägas att vårdslösheten är *grov* när part uppenbarligen och i väsentlig grad avvikit från den för honom gällande aktsamhetsstandarden. Part har påtagligt och på ett oförsvarligt sätt förfarit i strid med en handlingsnorm. Ibland säger man att det föreligger grov vårdslöshet när man tvekar huruvida uppsåt är för handen. Gränsen mellan uppsåt och grov vårdslöshet är oklar. I andra fall bedömes vårdslösheten som grov t.ex. därför att stora värden står på spel eller riskerna starkt ökar så snart aktsamhetsgränsen överskrides. Av betydelse är härvid parts kännedom om de speciella riskerna.

Se Rodhe § 29 vid not 25. — Gomard 256 f: culpa lata har samma rättsverkan som dolus.

I några *lagstadganden* har rättsföljderna knutits till grov vårdslöshet:

FörsAvtL §§ 18 m. 2, 25, TrafikförsäkrL § 20 m. 1, LuftbefordrL § 25, SjömansL § 5 (se även *HD 1949 II 161*), JärnvTrafikS §§ 94, 96; betr. tillämpningen av JärnvTrafikS se bl.a. *HD 1958 II 112, 1948 II 474, 1946 II 296*. — Ibland har lagen närmare preciserat omständigheter, som föranleder påföljder, utan att använda termen grov vårdslöshet (eller uppsåt), se ArbAvtL § 43, SjömansL § 33, HyresL § 31.

När man graderar vårdslösheten, är en tudelning i grov och lindrig vårdslöshet knappast ändamålsenlig. En riktigare lösning är att inom det vida område, som vårdslösheten representerar, skilja ut de två ytterligheterna, å ena sidan grov vårdslöshet, å andra sidan ringa vårdslöshet. Dessa gränsar inte till varandra utan skiljs åt av den breda skala där vårdslösheten är varken grov eller ringa.

En sådan gradering gör det möjligt att fästa speciell uppmärksamhet vid ytterlighetsfallen.

Grov vårdslöshet har den innebörd som ovan angivits.

Med *ringa* (lindrig) vårdslöshet avses att part blott i oväsentlig grad avvikit från den för honom gällande aktsamhetsstandarden. Det föreligger oaktsamhet men denna är mindre påtaglig.

I några lagstadganden har man utnyttjat begreppet ringa vårdslöshet.

AndelsL § 162 m. 1, PatentL § 58 m. 1, VarumärkesL § 38 m. 2, ÄB 18: 7 m. 1, 19: 19.

Graderingen av vårdslösheten är inte beroende av vilka faktiska följder som kan inträda. Sålunda kan ringa vårdslöshet vara för handen oaktat den skada, som den orsakat, är stor.

Det ankommer på lag och praxis att avgöra när och på vilket sätt förekomsten av grov eller ringa vårdslöshet inverkar på bedömningen av avtalsstörningar. Det ifrågakommer en påverkan huvudsakligen i två riktningar.

För det första kan ett anspråk, som har samband med en avtalsstörning, göras beroende av att det föreligger grov vårdslöshet.

Se bl.a. FörsAvtL § 25, *HD 1941 I 4.*

För det andra kan påföljder av avtalsstörningar uteslutas eller begränsas om gäldenären utvisat blott ringa vårdslöshet. Detta sker framför allt i form av jämkning av ersättning (s. 374).

En gradering av vårdslösheten kan även ha betydelse då på den ena sidan i ett avtalsförhållande förekommer flera personer som på olika sätt medverkat till en avtalsstörning. Normalt har detta inte betydelse i förhållande till motparten utan endast i medparternas inbördes relation (i fråga om regressrätt).

V. Även den part, som enligt avtalet har rätt till en prestation — *borgenären* — kan förfara klandervärt. Är det anledning att i bedömningen av avtalsstörningar fästa avseende vid hans vållande?

Anledning härtill kan förekomma bl.a. i följande situationer:

Borgenären underlåter att fullgöra en honom enligt avtalet tillkommande borgenärsförpliktelse eller fullgör den felaktigt. Exempel: köparen avhämtar inte godset eller arbetsgivaren ger arbetstagaren felaktiga instruktioner.

När en avtalsstörning förekommit, fordras det ofta en aktivitet från borgenärens sida. Sålunda kan det ankomma på honom att ge gäldenären ett meddelande (reklamation) eller att vidta åtgärder som begränsar risken för skada (vårdplikt).

Vid ingående av avtal kan borgenären ha givit bristfälliga eller felaktiga upplysningar om fakta som är relevanta för att gäldenären skall kunna bedöma om och på vilka villkor han skall ingå avtal (culpa in contrahendo). Borgenärens förfarande kan ha varit klandervärt. Borgenären borde ha förhållit sig annorlunda. Vållande föreligger.

I många fall har borgenärens handlande eller underlåtande en viss rättslig verkan

utan hänsyn till om vållande är för handen eller inte. Om borgenären t.ex. försummar att reklamera, vilket kan leda till att han inte kan åberopa en avtalsstörning, inträder rättsföljden utan att det behöver utredas om försummelsen innebär ett vållande. Detsamma gäller om borgenären underlåter att ta emot erbjuden prestation.

Borgenärens vållande är irrelevant så länge följderna drabbar endast honom själv, t.ex. om han underlåter att från säljarens skog avhämta stock som han köpt eller om resultatet av arbetstagarens arbete blir dåligt emedan felaktiga instruktioner givits.

Det är främst i tre fall som borgenärs vållande kan ha betydelse för bedömandet av avtalsstörningar.

1) Borgenärens förfarande kan ha orsakat gäldenären kostnader eller annan skada eller förfång av annat slag. Borgenären kan bli ersättningsskyldig.

Exempel: borgenären försummar att vårda gods som tillhör gäldenären, genom att underlåta att avhämta gods orsakar borgenären kostnader för uppbevaringen eller borgenärens försummelse att enligt avtalet ge gäldenären detaljritningar för en byggnad föranleder stagnation i arbetet. — Se SvKöpL § 36.

2) Vilken av parterna, borgenären eller gäldenären, skall svara för följderna av en avtalsstörning?

Frågan belyses av *HD 1928 II 145:* enligt entreprenadavtal skulle A uppföra en byggnad åt B; byggnadsarbetet fördröjdes, B krävde avtalsvite; då B så väsentligen ändrat förutsättningarna för arbetets utförande, att det ej kunde fastslås i vilken mån dröjsmålet kunde tillräknas A, ogillades Bs talan.

Situationer av detta slag löses ofta på annat sätt än genom en culpabedömning. Man har t.ex. att avgöra vilken av parterna som står risken för att avtalet inte går i lås. Det är inte nödvändigt att ta med vållandet i bedömningen.

I andra fall kan man inte se bort från vållandet. Ifall den ena parten handlat vårdslöst och den andra inte begått något fel, ligger det nära att vältra ansvaret på den som handlat klandervärt. Om klandret faller på borgenären, kan resultatet bli att han får stå för följderna av avtalsstörningen och att han sålunda inte har något påföljdskrav mot gäldernären.

Om bägge parter har fel, är det inte alltid riktigt att vältra hela ansvaret för avtalsstörningen på den ena parten. En fördelning borde kunna ske. Graden av vållande — hos gäldenären och hos borgenären — är en av de faktorer som är relevanta för fördelningen. Frågan blir aktuell med avseende på ersättningsansvaret. Gäldenärens ersättningsskyldighet kan mildras enligt reglerna om borgenärens (den skadelidandes) medverkan.

3) Vållande hos borgenären kan reducera eller utesluta den huvudfordran som han har enligt avtalet.

Denna lösning förekommer inom försäkringsrätten. När försäkringsfall inträffat, kan försäkringsgivarens skyldighet att betala avtalat försäkringsbelopp minskas eller uteslutas till följd av försäkringstagarens (försäkringshavarens) vållande.

Se FörsAvtL §§ 6, 7 (åsidosättande av upplysningsplikt), § 18 (försäkringshavaren har själv framkallat försäkringsfallet), § 51 (åsidosättande av säkerhetsföreskrifter).
Se även *HD 1948 II 44.*

I de fall då borgenärens vållande är relevant sker bedömningen enligt i stort sett samma grunder som beträffande gäldenärens vållande. För borgenären gäller en enligt vanliga regler fixerad aktsamhetsstandard.

Borgenärens större kvalifikationer (strängare aktsamhetsstandard) kan ibland minska den aktsamhet som gäldenären är skyldig att iaktta: om borgenären besitter större sakkunskap, är det möjligt att gäldenären inte förfar oaktsamt om han låter bli att kontrollera förhållanden som bäst bedömes med de insikter och erfarenheter som borgenären besitter.

För borgenärens del kan det även bli fråga om ansvar för medhjälpares fel eller försummelse.

VI. Part kan vara en *kollektiv* enhet, t.ex. ett företag i bolagsform. Huru bedömes vållandet i detta fall?

En juridisk person handlar i rättsligt avseende genom sina organ eller andra företrädare. Härav följer att ett vållande hos den juridiska personen endast kan framträda i ett vållande hos någon som företräder den.

Såsom allmänt schema gäller att ett handlande av ett *organ* bedömes som den juridiska personens handlande och därmed även som dess vållande. Åtgärder av andra företrädare bedömes enligt reglerna om medhjälpares fel eller försummelser. I avtalsrättsliga förhållanden är denna distinktion ofta irrelevant (s. 110 f).

Se Kivimäki—Ylöstalo 139, Rodhe § 29 vid not 41, Esser 262 f, von Büren 400 f.

När man har att avgöra om ett handlande av ett organ skall betraktas som vållande hos den juridiska personen, är aktsamhetsstandarden inte de enskilda organmedlemmarnas. Visserligen kan man inte helt se bort från deras grupptillhörighet och personliga kvalifikationer. Den primära måttstocken är likväl en annan: vilka krav anser man sig kunna och böra ställa på ett samfund eller en organisation av det slag, den omfattning och med den verksamhet som utmärker den ifrågavarande juridiska personen? Av betydelse är inte minst vad man fordrar med avseende på organiserandet av verksamheten, förberedelserna för fattande av beslut, möjligheterna att bedöma de förhållanden under vilka avtalet skall fullgöras etc. Standarden bestämmes av vad

en rationell ordning i dessa avseenden förutsätter beträffande organisationer (samfund etc.) som till typ, storlek och verksamhet motsvarar den vars vållande det in casu gäller.

Ett företags interna förhållanden — organisation av verksamheten, ansvarsfördelning, kontroll etc. — är omständigheter som i allmänhet inte rör tredje man. Man kan utgå från att de fungerar effektivt. En annan sak är att aktsamhetsstandarden kan påverkas av interna förhållanden när det gäller ett organs ansvar mot den juridiska personen. Frågan faller utanför det ämne, som behandlas här, se bl.a. T a x e l l, Ansvar och ansvarsfördelning 55 ff och där nämnd litteratur.

Det som nu senast sagts om juridiska personer, kan även i stor utsträckning tillämpas i fråga om enskild näringsidkare, vars rörelse är av den natur och omfattning att det föreligger en faktisk företagsorganisation. Vid bedömningen av avtalsstörningar, som har samband med företagsverksamheten, träder ägarens person i bakgrunden och aktsamhetsstandarden bestämmes med ledning av företagets förhållanden. Företagets juridiska konstruktion är inte i första hand relevant.

Vållande hos en *legal ställföreträdare* — förmyndare, god man, konkursförvaltare etc. — har i princip samma rättsverkningar som parts eget vållande.

Se U s s i n g 117, BGB § 278.

Aktsamhetsstandarden är företrädarens egen och inte huvudmannens. Detta är naturligt då han handlar självständigt och har i lag fixerade eller förutsatta uppgifter.

Part ansvarar även för följderna av sin *fullmäktigs* vållande.

Två alternativa lösningar är tänkbara.

Den ena innebär att fullmäktigs vållande betrakas såsom huvudmannens eget. Aktsamhetsstandarden är huvudmannens. Denne kan inte försätta sig i en förmånligare position genom att anlita en fullmäktig med lägre aktsamhetsstandard. Om fullmäktigen är fackman eller annars har speciella kvalifikationer, bör man vid bedömandet av vållande likväl ta hänsyn härtill. Man har att följa den strängare aktsamhetsstandarden.

Den andra lösningen innebär att huvudmannen svarar för fullmäktigens fel eller försummelse på samma sätt som part svarar för medhjälpare (s. 111).

Det torde i praktiken vara irrelevant vilket alternativ man väljer. In casu bör man beakta, att borgenärens rättsskydd inte får minskas till följd av att gäldenären anlitat en fullmäktig vid ingående eller fullgörande av avtal.

VII. Frågan om vållande såsom bedömningsfaktum vid avtalsstörningar erbjuder i många avseenden stora svårigheter. Det är ofta vanskligt att avgöra om ett vållande

in casu är för handen eller inte. Det finns inte heller riktlinjer som klart anger i vilka fall och på vilket sätt vållandet har betydelse.

En utväg ur svårigheterna kunde vara att överge vållandet och i stället grunda vissa påföljder av avtalsstörningar på gäldenärens *garanti* — uttrycklig eller underförstådd. Man skulle utgå från att gäldenären genom att ingå avtalet garanterat att det kommer att fullgöras enligt sitt innehåll.

Denna lösning innebure att gäldenärens ansvar vore objektivt och strikt — man skulle inte ta hänsyn till de faktorer, dels av subjektiv art, som vållandebedömningen grundar sig på. När gäldenären garanterat ett resultat, ansvarar han för att det nås.

Även enligt en sådan ordning vore man tvungen att göra undantag. Särskilda omständigheter, t.ex. force majeure, borde befria gäldenären.

I nordisk doktrin har det inte saknats företrädare för garantisynpunkterna, ehuru de inte renodlats; se bl.a. A l m é n § 23 vid not 23 ff.

Det är möjligt för en gäldenär att ikläda sig en garanti och därigenom ta på sig ett ansvar som är strängare eller fixerat på annat sätt än normalt (s. 462). Men det är helt verklighetsfrämmande att i princip bygga gäldenärens ansvar för avtalsstörningar på en tyst garantiutfästelse. En sådan är i de flesta fall en fiktion utan varje verklighetsunderlag. Den rättsliga bedömningen får inte operera med fiktioner, den måste bygga på fakta.

En annan sak är att vållandet inte får ges ett för stort spelrum som bedömningsfaktum. Man kan inom olika sektorer skönja en fortgående objektivering av förutsättningarna för avtalsstörningarnas rättsföljder. Men detta är något helt annat än att utgå från parts garanti.

Några »objektiveringstendenser» må nämnas. Culpabedömningen ser i stor utsträckning bort från de subjektiva faktorerna i och med standardiseringen av aktsamhetskravet. Bevisregeln i fråga om vållande innebär ett avsevärt avsteg från culpaprincipen. Beträffande vissa prestationer och vissa slag av avtalsstörningar har man i fråga om gäldenärens ersättningsansvar avstått från att kräva culpa och godtagit ett strikt ansvar.

Betr. dessa problem s. 293 ff.

3.6. M e d h j ä l p a r e s f e l o c h f ö r s u m m e l s e r

I. En avtalsstörning kan ha berott på att en person, som part anlitat som sin medhjälpare, handlat i strid med en handlingsnorm. I praxis och doktrin är man benägen att jämställa detta med parts eget handlande eller underlåtande. Man säger att part ansvarar för sina medhjälpare eller att han har ansvar för deras handlande och underlåtenhet, vållande eller fel och försummelser.

I det följande användes termen *ansvar för medhjälpares fel och/eller försummelse* närmast av den anledningen att uttrycket fel eller försummelse förekommer i ett flertal lagstadganden. Att i stället begagna uttrycket medhjälpares vållande vore inte riktigt då ett fel eller en försummelse inte nödvändigt behöver uppfattas som culpa (II). Termen fel eller försummelse är neutral i den meningen att den inte i och för sig fäster avseende vid subjektiva moment i det händelseförlopp som resulterar i en avtalsstörning. Fel eller försummelse kan ha förekommit oaktat medhjälparen är ursäktad för sitt handlande eller underlåtande.

Termen fel eller försummelse förekommer i SjöL §§ 11, 118 m.fl., LuftbefordrL § 20 samt i Förslag till L om arbetsgivares och arbetstagares skadeståndsansvar i vissa fall § 1. (skadeståndskommitténs betänkande). — Jfr HyresL § 20 »vårdslöshet eller försummelse».

Det är knappast möjligt och inte heller nödvändigt att exakt bestämma vad som menas med medhjälpares fel eller försummelse. Väsentligt är att man ställer medhjälparens handlande eller underlåtenhet i relation till det han har att göra med avseende på ingående eller fullgörande av ett avtal. Fel är ett handlande i strid med det som i överensstämmelse härmed kräves av medhjälparen. Försummelse är en motsvarande underlåtenhet. För att ha relevans bör felet eller försummelsen ha föranlett eller påverkat en avtalsstörning.

Medhjälpares fel och försummelser innefattar vanligen culpa. Men alltid är det inte så. Fel, som medhjälparen begått, kan vara ursäktligt när man mäter dem enligt den för honom gällande aktsamhetsstandarden. Detsamma gäller en försummelse. Vanligen har termen försummelse likväl en klang av något klandervärt.

I vanligt språkbruk, också i domstolarnas, torde ordet försummelse beteckna en vårdslös underlåtenhet, alltså culpa, medan ordet fel inte nödvändigt behöver innefatta något klandervärt ehuru även det vanligen inkluderar culpa.

Man bör inte heller identifiera fel och försummelse med själva avtalsbrottet — dröjsmål, fel i avtalsobjektet etc. Medhjälparens fel eller försummelse representerar verkligheten bakom avtalsbrottet.

Part kan normalt anlita medhjälpare när avtal ingås och när avtal fullgöres samt över huvud i alla de situationer då avtalsförhållandet kräver eller förutsätter en aktivitet från parts sida. I samtliga fall kan det bli fråga om parts ansvar för medhjälparens fel och försummelser.

Exempel: medhjälpare ger motparten oriktiga uppgifter under avtalsförhandlingarna (*HD 1951 I 11*) eller medhjälpare, som har säljarens uppdrag att avlämna godset, underlåter detta och framkallar därigenom dröjsmål.

När man säger att part ansvarar för medhjälpares fel och försummelser, menar man att den avtalsstörning, som en medhjälpare föranlett, bedömes på samma sätt som

om parten själv skulle ha åsidosatt den handlingsnorm som medhjälparen har överträtt. Ur påföljdssynpunkt är det i princip irrelevant vem som överträtt en handlingsnorm, parten eller medhjälparen. Parts ansvar består däri att han bär följderna av det som hans medhjälpare gjort eller underlåtit.

Parts ansvar för medhjälpare är inte begränsat till någon eller några bestämda påföljder. Alla de rättsliga verkningar, som avtalsstörningar kan framkalla, är i princip möjliga på basen av medhjälpares fel och försummelser på samma sätt som om parten själv hade orsakat avtalsstörningen. Ett avtal kan sålunda bli ogiltigt när parts medhjälpare handlat svikligt eller i strid med tro och heder, ett avtal kan hävas när säljarens medhjälpare avlämnat felaktigt gods, gäldenären är skyldig att betala uppskovsränta när medhjälparen försummat betalning på förfallodagen etc.

Se t.ex. *HD 1951 I 11* (prisnedsättning).

Frågan om medhjälpares fel eller försummelser och följderna därav har främst dryftats med avseende på gäldenärens ersättningsskyldighet vid avtalsbrott (s. 330).

Fel och försummelser hos *borgenärens medhjälpare* kan ha konsekvenser med avseende på påföljder av avtalsstörningar. Sålunda kan försenad reklamation, som berott på medhjälpare, beröva borgenären möjlighet att framställa anspråk. Även i den meningen finns ett ansvar för medhjälpare.

Allmänt kan sägas att frågan om medhjälpares fel och försummelser kan aktualiseras i alla de fall då orsakerna till avtalsstörningar har relevans för påföljderna. Främst ställer man medhjälpares fel och försummelser i relation till parts vållande. Sålunda har medhjälpares fel och försummelser vanligen inte betydelse då avtal häves — det är tillräckligt att avtalsbrott förekommit (s. 206) — varemot de ofta påverkar bedömningen av gäldenärens ersättningsansvar (s. 330).

II. Medhjälpares fel och försummelser kan framträda på olika sätt och i överensstämmelse härmed föranleda i viss mån olika bedömningar.

1) Medhjälpares fel eller försummelse kan ibland ses som *parts eget vållande*. Part kan ha förfarit oöverlagt eller oförsiktigt eller på annat sätt vårdslöst när han valt medhjälpare, han kan ha försummat nödig övervakning, han kan ha givit ofullständiga, oklara eller felaktiga direktiv eller han kan ha försummat nödiga försiktighets- och säkerhetsåtgärder på den arbetsplats där medhjälparen är verksam. Om parts åtgärder eller underlåtenhet i något sådant avseende kan tillräknas honom såsom uppsåt, vårdslöshet eller oaktsamhet, knyts rättsföljden direkt till parts egen culpa. Medhjälparens fel eller försummelse lägges inte till grund för påföljderna av avtalsstörningen. Hans förfarande betecknar blott det faktum genom vilket gäldenärens eget vållande framträder. I den meningen saknar medhjälparens fel eller försummelse självständig rättslig betydelse.

Se t.ex. *HD 1951 II 104* (ref. s. 335).

2) Situationen är en annan när medhjälparens fel eller försummelse inte framträder såsom vållande hos parten-huvudmannen utan enbart som *medhjälparens vållande.* Ingenting kan läggas huvudmannen-parten till last på basen av en culpabedömning. Däremot framträder medhjälparens handlande eller underlåtenhet som uppsåt eller vårdslöshet.

Avgörandet av om medhjälpares fel eller försummelse innefattar vållande sker i princip på samma sätt som när man bedömer om culpa är för handen hos parten själv. Den aktsamhetsstandard, som användes, behöver likväl inte vara densamma. Den bestämmes av medhjälparens grupptillhörighet. Detta kan betyda att medhjälparens vållande bedömes enligt en mildare skala än huvudmannen-partens. Bygger man avgörandet på existensen av vållande, kan resultatet bli att part inte har ansvar för en avtalsstörning trots att han skulle ha blivit ansvarig om han själv och inte medhjälparen hade handlat i en likadan situation.

Den inkonsekvens, som ligger i detta, skulle eventuellt kunna rättas till på det sättet att medhjälparens fel eller försummelse bedömdes enligt den aktsamhetsstandard som gäller för parten. Gäldenären skulle ansvara som om felet eller försummelsen hade berott på honom själv och inte på medhjälparen (se s. 338 f).

Parts ansvar för medhjälpares fel och försummelser har med avseende på ersättning allmänt uppfattats som ett ansvar för medhjälparens vållande (se s. 335).

Ibland har domstol grundat parts ansvar (ersättningsskyldighet) på såväl borgenärens som medhjälparens vållande.

HD 1941 II 26 (farlig egenskap hos köpgods, se ref. s. 408).

3) Det är möjligt att en viss medhjälpares fel och försummelser *inte* kan tillräknas honom såsom *vållande.* En handlingsnorm har åsidosatts utan att detta med hänsyn till omständigheterna kan anses vara klandervärt. Medhjälparens förfarande är ursäktligt. Culpabedömningen ger negativt utslag. Kvar står endast det faktum att det som medhjälparen gjort eller underlåtit, framträder såsom fel eller försummelse i relation till ett bestämt avtal eller dess fullgörande.

4) Det förekommer att fel och försummelser, som föranlett avtalsstörningar, inte kan bindas vid någon eller några bestämda medhjälpare. De framträder i den verksamhet — t.ex. företagsverksamhet — som part utövar genom sina medhjälpare.

I dessa fall är en egentlig culpabedömning utesluten. En sådan förutsätter nämligen att man ställer en bestämd persons handlande eller underlåtenhet i relation till den aktsamhetsstandard som gäller för honom. Man har i sådana fall använt uttrycket anonym culpa: felet eller försummelsen uppfattas såsom culpa trots att man inte kan utpeka den eller de personer som förhållit sig klandervärt.

Det ligger en riktig tanke i detta: part bör rimligen ansvara för det mesta av det som göres eller underlåtes inom den verksamhet som han utövar. Men det är inte nödvändigt att föra in vållandet i argumenteringen. Fel eller försummelse kan föreligga utan påvisbar culpa. Det är av mindre betydelse vem som inte fullgjort sina åligganden. Det väsentliga är *att* det förekommit fel eller försummelser inom ramen för den verksamhet till vilken avtalet ansluter sig. I stället för att använda termen anonym culpa kan man tala om *anonyma fel och försummelser*. Detta överensstämmer med den allmänna tendensen att »objektivera» företagsverksamheten genom att frigöra de rättsliga bedömningarna från de enskilda medverkande personernas insatser och subjektiva förhållanden (se även s. 303 ff).

Det som här sagts, ger vid handen att det standardiserade bedömningsfaktum, som benämnts medhjälpares fel och/eller försummelse, inrymmer olika situationer: part har själv culpa, en medhjälpare har vållande, viss medhjälpare är utan culpa eller det föreligger anonyma fel eller försummelser. Det är inte givet att alla dessa situationer bör likställas med parts eget handlande eller underlåtande. Förhållandena varierar med olika påföljder och med förutsättningarna för dem. En allmän riktlinje för bedömningen bör vara att motpartens rättsskydd inte får försvagas eller försvåras som en följd av att part använder medhjälpare när han ingår eller uppfyller avtal.

Beträffande gäldenärs ersättningsskyldighet på grund av medhjälpares fel eller försummelse hänvisas till den utförligare framställningen s. 330 ff.

III. *Vem* är medhjälpare?

Medhjälpare är den som biträder part när avtal ingås eller fullgöres. Arten och omfattningen av medhjälpares medverkan varierar mycket. Det är inte nödvändigt att medhjälparen fått ett direkt uppdrag. Oftast handlar han i stöd av de allmänna uppgifter han har såsom anställd i parts tjänst. Medhjälpare är även den som part uttryckligt eller konkludent tillåter att medverka.

Se SjöL § 11, Godenhielm 75, Kivimäki—Ylöstalo 376 f, Hellner 88, Rodhe § 29 vid not 33—35, Ussing 114 f.

BGB § 278: gäldenären ansvarar för personer »deren er sich zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bedient»; Larenz I 233 ff, Esser 253 ff, Fikentscher 309 ff.

SchwOR Art. 101 I: »Wer die Erfüllung einer Schuldpflicht ... durch eine Hilfsperson, wie Hausgenossen, Arbeiter oder Angestellte, vornehmen lässt ...»; von Büren 394 ff, BernerKomm. 517.

Medhjälpare är vanligen *osjälvständiga:* personer som mottar direktiv från parten och som är underkastade hans fortlöpande kontroll. Direktiv och övervakning behöver inte vara direkta. Mellan part och hans medhjälpare kan finnas ett eller flera led. Ansvaret påverkas inte därav.

En medhjälpare står vanligen i arbetsförhållande till parten (se ArbAvtL § 1 m. 1).

Även personer i ledande ställning i parts tjänst betraktas som medhjälpare. Detsamma gäller personer som tillfälligt utför uppdrag utan att ett egentligt arbetsförhållande är för handen. Om uppdraget utföres mot eller utan vederlag är i och för sig betydelselöst.

I *rättspraxis* har gäldenären gjorts ansvarig för bl.a. följande medhjälpares fel eller försummelse: person anställd i bilverkstad (*HD 1960 II 62*), fastighetsförvaltare (*HD 1949 II 22*), gårdskarl (*HD 1958 II 21*), övervakare med uppgift att dirigera bilar som körde fyllnadsjord (*HD 1964 II 120*, ref. s. 000), lokpersonal (*HD 1958 II 112*), tamburvaktmästare i restaurang (*HD 1946 II 230*), hotellportier (*HD 1950 II 419*).

Om en medhjälpare med eller utan partens tillåtelse i sin tur anlitar en medhjälpare, som gör sig skyldig till fel eller försummelse, är part i regel ansvarig.

En medhjälpare i gäldenärens tjänst kan arbeta under borgenärens ledning och uppsikt. Ansvaret för fel och försummelser av medhjälpare drabbar i detta fall borgenären.

Se *HD 1967 II 76.*

Medhjälpare kan ha *fullmakt* — för ingående av avtal, mottagande av prestation etc. Fullmakten är ofta en ställningsfullmakt. I princip bedömes fullmäktigens fel eller försummelse på samma sätt som parten—huvudmannens eget handlande eller underlåtande. Parts ansvar för fullmäktige kan därför vara strängare än ansvaret för andra medhjälpares fel eller försummelser.

Se bl.a. *HD 1951 I 11.*
Fel eller försummelse av företrädare för juridisk person, s. 104 **f.**

Part kan anlita *självständiga* medhjälpare. Dessa underlyder inte part på ett sådant sätt att de skulle stå under hans ledning eller uppsikt även om han kan ge dem anvisningar. Det är vanligen fråga om självständiga företagare — part anlitar för avtalet en advokat, frakförare, underentreprenör etc. Ofta ansvarar part även för självständiga medhjälpares fel och försummelser. Det är likväl inte möjligt att betrakta alla självständiga medhjälpare på samma sätt.

Betr. ersättningsansvar, s. 333.

När en part behörigen överfört en avtalsförpliktelse på en annan person med sådan verkan att denne blir direkt förpliktad i förhållande till motparten, ansvarar den ursprungliga parten inte för den andras fel eller försummelser. Endast om part själv har vållande, t.ex. culpa in eligendo, räknas detta honom till last.

I sådana fall talar man ofta om *substitut*; se Rodhe § 29 vid not 33—39, Esser 261 f, von Büren 397 f (SchwOR Art. 399 II).

IV. *Vilka fel eller försummelser* av medhjälpare har betydelse för parts ansvar?

Om medhjälparens fel eller försummelse har direkt samband med avtalets ingående eller med dess fullgörande, är det givet att parts ansvar påverkas.

Också annan medverkan kan vara relevant.

Det har sagts att medhjälpares fel och försummelser »i tjänsten» eller »i arbetet» är relevanta. Det bör m.a.o. finnas ett faktiskt samband mellan den åtgärd, som innebär eller föranleder en avtalsstörning, och medhjälparens uppgifter i förhållandet till parten-huvudmannen. Är medhjälparen arbetstagare, fordras det sålunda att hans fel eller försummelse har samband med hans arbetsförhållande.

Se SjöL § 11 m. 1 »i tjänsten». — Enligt förslaget till L om arbetsgivares och arbetstagares skadeståndsansvar i vissa fall, § 1, beror arbetsgivarens ansvar (utomkontraktuellt) av arbetstagarens fel eller försummelser »i arbetet»; se Skadeståndskommitténs betänkande, motiveringen s. 32.

Se även Kivimäki — Ylöstalo 376 f, Rodhe § 29 vid not 44—51, Ussing 116, Erstatningsret 94, Esser 256 ff (i anslutning till BGB § 278), Berner Komm. 518 f (SchwOR Art. 101).

Denna ståndpunkt bygger på resonemang som gäller principalansvar utanför avtalsförhållanden. I den mån en arbetsgivare över huvud är ansvarig för skada, som en anställd orsakat tredje man, grundas ansvarigheten på det förhållandet att den anställda utför arbete för principalens räkning och att den senare därför bör stå för skador som orsakats i utövandet av hans verksamhet. I avtalsförhållanden är läget ett annat. Man fäster inte avseende vid parten-huvudmannens verksamhet i dess helhet utan endast till den del därav som har ett samband med det konkreta avtalet. Ansvaret för medhjälpare tar endast sikte på fel och försummelser i denna del av parten—huvudmannens verksamhet. Ofta är det en vid krets av medhjälpare som man har att ta hänsyn till. Relevanta är inte bara fel och försummelser hos de medhjälpare, som har ett direkt uppdrag att fullgöra det ifrågavarande avtalet, utan även hos övriga personer som är knutna till den verksamhet vari avtalet utgör ett led.

Betr. ersättningsansvar s. 341.

Selvig, 7, använder termerna driftsherreansvar såsom en form av virksomhetsansvar (utanför avtalsförhållanden) och kontraktshjelperansvar; om det sistnämnda uttalar han (85) att avtalspart har ansvar endast »hvis det er utvist feil eller forsømmelse under et arbeide som inngår i oppfyllelsen av vedkommende parts kontraktsmessige forpliktelser».

Jfr ett aktiebolags ansvar för sina företrädare; Taxell, Ansvar och ansvarsfördelning 36 ff. — Se även Ussing, Erstatningsret 95.

Den omständigheten att en medhjälpare uppsåtligen handlar i strid med sina åligganden eller gör sig skyldig till en straffbar handling utesluter inte att huvudmannenparten blir ansvarig för medhjälparens fel.

Om en medhjälpare ingått avtal med tredje man under sådana omständigheter att

huvudmannen inte blivit bunden — anställd har t.ex. överskridit sin ställningsfullmakt — är huvudmannen inte ansvarig för fel och försummelser inom ramen för det ogiltiga avtalet (se AvtL § 25).

3.7. Prestationshinder

I. Innan avtal skall fullgöras kan omständigheter inträffa som hindrar prestation eller av gäldenären betraktas som hinder för fullgörelse.

Prestationshinder, som kan vara av många olika slag, spelar en stor roll vid bedömningen av påföljderna av avtalsstörningar. Det har visat sig ändamålsenligt att systematisera viktigare prestationshinder för att underlätta enhetliga bedömningar.

De egentliga prestationshindren omfattar situationer i vilka det är uteslutet för gäldenären att fullgöra avtalet enligt dess innehåll. Man talar om *absolut* prestationshinder eller omöjlighet (II). Vanligen kan gäldenären inte alls fullgöra. Ibland kan prestation visserligen ske men endast på annan tid eller plats eller med annat innehåll än avtalet föreskriver.

En särskild grupp bland de absoluta prestationshindren bildar *force majeure-fallen* (IV).

Till prestationshinder i vidsträckt mening kan man även hänföra de fall då fullgörelse visserligen är möjlig men densamma skulle kräva oproportionerligt stora ansträngningar eller uppoffringar. Ett sådant prestationshinder är *relativt* (VI).

Påföljderna av prestationshinder varierar mycket. Allmänna riktlinjer kan dras blott i begränsad omfattning. Bedömningarna påverkas av många olika faktorer inte minst av prestationshindrens orsaker.

Principiellt är två huvudlinjer tänkbara.

Enligt den *ena* bortfaller parternas bundenhet av avtalet. Prestationshindret leder till att part inte kan framställa något krav grundat på själva avtalet, inte ens ett ersättningsanspråk. Den *andra* lösningen innebär att borgenären till följd av hindret inte kan ställa krav på avtalsprestation (in natura), medan däremot andra anspråk grundade på avtalet kan ifrågakomma.

I denna framställning har det senare alternativet godtagits som regel: avtalsbundenheten består oaktat prestationshindret. Borgenären kan visserligen inte kräva naturafullgörelse men andra på avtalet grundade eventuella krav står öppna. Denna lösning bygger på tanken att man bör undvika en schematisk lösning — befrielse från avtalsbundenhet. Borgenärens behov av rättsskydd kunde bli obeaktat om ett prestationshinder alltid skulle utesluta eller reducera gäldenärens avtalsbundenhet. Prestationshindret — vare sig det är absolut eller relativt — är blott *ett* av de bedömningsfakta, som man har anledning att uppmärksamma vid avtalsstörningar, låt vara att det absoluta hindret ofta dominerar. Alternativet frihet från avtalsbundenhet skul-

le kunna leda till orimliga eller svårbemästrade situationer, t.ex. när gäldenären själv framkallat omöjligheten, i vilket fall borgenären bör kunna grunda sitt ersättningskrav på själva avtalet (positivt avtalsintresse). Den här omfattade ståndpunkten betyder att omöjlighetsfallen (inkl. force majeure) i det följande uppfattas som avtalsbrott och inte som rubbningar i avtalsbundenheten.

Det sagda utesluter inte att den situation, som ett prestationshinder framkallat, de facto innebär detsamma som om avtalsbundenheten skulle ha upphört — t.ex. när prestationen omöjliggjorts till följd av force majeure, i vilket fall ersättningsanspråk normalt inte kan framställas (s. 320). Å andra sidan kan omständigheter, som anses konstituera ett relativt prestationshinder, t.ex. starka förskjutningar i penningvärdet, motivera befrielse från avtalsbundenhet (s. 160 f). En sådan lösning grundas likväl inte enbart på prestationshindret utan på andra bedömningsfakta och överväganden — förskjutningar i avtalsbalansen, svårigheterna att förverkliga parternas avsikt eller avtalets syfte etc.

I det föregående har närmast avsetts omöjlighet som uppkommit efter avtalets ingående. *Ursprunglig* omöjlighet — prestationshindret förelåg redan vid avtalets ingående — måste i många fall bedömas annorlunda. Sålunda kan den föranleda att avtalsbundenhet inte alls uppkommer, t.ex. i överensstämmelse med reglerna om villfarelse.

Också i andra fall kan det tänkas att avtalsbundenheten upplöses av prestationshinder. Man får således inte helt utesluta denna möjlighet, om särskilda skäl talar hänför. Men såsom huvudlinje bör gälla att prestationshindren såsom sådana inte befriar från avtalsbundenhet.

Prestationshindren har ett nära samband med frågan om parternas *risker:* vem står för de menliga följderna av att avtalet inte kan fullgöras? Bedömningen varierar från fall till fall främst beroende på orsakerna till hindret. Exakta regler kan inte ges. Ofta blir avgörandet beroende av vem som med beaktande av de faktiska omständigheterna prövas vara närmare att bära följderna av ett prestationshinder.

Se t.ex. *HD 1942 I 16* (ref s. 123).

Fakta, som konstituerar prestationshinder, kan även ha anknytning till parts *culpa:* det kan betraktas som vårdslöst att ingå avtal när part förutser att prestationshinder kommer att inträda.

I det följande skall uppmärksamheten huvudsakligen inriktas på de absoluta prestationshindren.

II. *Omöjlighet* betyder att avtalet *inte kan* fullgöras. Prestationshindret gäller vanligen parts huvudförpliktelse, t.ex. leveransskyldighet. Undantagsvis hänför sig omöjligheten till en biförpliktelse — part kan t.ex. till följd av avbrott i kommunikatio-

nerna inte sända medkontrahenten ett meddelande — eller till en borgenärsförpliktelse — borgenären är t.ex. på grund av sjukdom hindrad att ta emot prestation.

Det beror av de konkreta förhållandena om en prestation kan fullgöras eller inte. Ofta är omöjligheten uppenbar, t.ex. när ett specificerat avtalsobjekt förstörts. I andra fall är gränsen mellan omöjligt och möjligt inte skarp. Situationen kan t.ex. vara sådan att prestation kan ske om mycket stora uppoffringar görs. Vad kan man i det avseendet kräva av part?

Till egentlig omöjlighet har man i allmänhet hänfört även de fall då det visserligen inte är helt uteslutet att fullgöra avtalet, men en fullgörelse skulle kräva ansträngningar och uppoffringar, som helt ligger utanför det som kan anses förnuftigt och rimligt, t.ex. bärgning av gods i sjunket fartyg till kostnader som mångfalt överstiger godsets värde.

Se SjöL § 128, där såsom omöjlighet betecknas den omständigheten att fartyget inte är iståndsättligt, vari innefattas jämväl det fall att skadat fartyg »icke är värt att iståndsättas» (§ 7).

IntKöpL art. 74: »- - - circumstances which, according to the intention of the parties at the time of the conclusion of the contract, he was not bound to take into account or to avoid or to overcome».

Det är ofta vanskligt att ange var gränsen går. Om man anser att ett relativt prestationshinder i viss utsträckning kan ha samma verkningar som omöjlighet (VI), är det knappast heller nödvändigt att försöka fixera en skarp gräns mellan absoluta och relativa prestationshinder.

Omöjlighet är för handen oberoende av prestationshindrets *orsaker*. Dessa har däremot betydelse för omöjlighetens rättsverkningar (III).

Det förekommer olika *typer* av omöjlighet.

Betr. begreppet omöjlighet och olika slag av omöjlighet i nordisk doktrin hänvisas bl.a. till Vihma 59 ff, Godenhielm 61 f, Säljarens bundenhet 38 ff, Rodhe § 30, Hellner 90 ff, Ussing 52 ff, 131 ff, Ramberg 143 ff.

Omöjlighet framträder vanligen däri att det för gäldenären är *fysiskt* omöjligt att fullgöra en förpliktelse. De faktiska omständigheterna avgör om detta är fallet eller inte: avtalsobjektet har förstörts eller skadats så att det inte kan repareras, en arbetstagare har genom sjukdom eller olycksfall förlorat sin arbetsförmåga, eldsvåda i fabrik hindrar tillverkning etc.

Omöjlighet kan uppkomma genom ett *rättsligt* förbud att fullgöra avtalet eller vidta vissa åtgärder som är nödvändiga för fullgörelse. Förbudet kan ingå i lag eller annan författning (t.ex. importförbud) eller grunda sig på beslut av myndighet (t.ex. förbud att transportera gods från besmittat område eller beslag). För dessa situationer har man ibland använt termen laglig omöjlighet.

Rodhe § 30 vid not 7.

Om den lagliga omöjligheten har sagts att prestation i vissa fall kan ske, men att gäldenären inte får prestera. Denna distinktion är betydelselös. Ett lagligt förbud är alltid ett absolut prestationshinder ifall inte tillstånd att prestera kan utverkas av vederbörande myndighet.

Omöjligheten är *objektiv* när prestation är utesluten inte bara för gäldenären utan för varje annan person. Detta är bl.a. fallet om avtalsobjektet förstörts (och ett annat inte kan sättas i dess ställe) eller om prestationen hindras av ett rättsligt förbud.

SvKöpL § 24, som i mycket kommit att dominera den nordiska debatten om omöjlighet, använder formuleringen »möjligheten att fullgöra avtalet må anses utesluten i följd av omständighet ... såsom förstörelse av allt gods av det slag eller det parti köpet avser». — Se även SjöL § 131 m. 2.

Subjektiv omöjlighet är för handen när gäldenären inte kan prestera men det vore möjligt för en annan person att fullgöra avtalet. Detta är t.ex. fallet om en arbetstagare förlorat sin arbetsförmåga eller en tillverkares maskiner förstörts.

I stället för termen subjektiv omöjlighet användes ibland relativ omöjlighet, varvid den objektiva omöjligheten benämnes absolut; Vihma 61 f.

I undantagsfall kan laglig omöjlighet vara subjektiv, t.ex. när avtalet ingår som led i en verksamhet som endast får utövas av den som fått koncession.

Man kan ifrågasätta om det är motiverat att från varandra skarpt avgränsa objektiv och subjektiv omöjlighet. Det centrala i begreppet omöjlighet är att en viss gäldenär inte kan fullgöra en bestämd avtalsprestation. Omöjligheten bedömes i praktiken med hänsyn till det konkreta avtalet och de personer som är parter däri utan att det, åtminstone inte primärt, är relevant om det i en motsvarande situation skulle föreligga omöjlighet i ett likadant avtal mellan andra parter. För borgenären ter det sig betydelselöst om prestationshindret beror på gäldenärens personliga förhållanden eller på omständigheter som gäller envar.

Godenhielm, Säljarens bundenhet 65: det kan inte dras en skarp gräns mellan objektiv och subjektiv omöjlighet, de utgör inte varandras motsatser utan är »ytterlägen på en skala, mellan vilka en kontinuerlig följd av olika situationer kan tänkas».

En uppdelning i objektiv och subjektiv omöjlighet är motiverad endast om detta kan medföra klarhet eller annars vara till fördel när man bedömer avtalsstörningar och deras verkningar.

I fråga om avtal som kan fullgöras av ett större antal personer — t.ex. återförsäljning av massproducerade märkesvaror eller vanliga arbetsavtal — är en omöjlighet vanligen subjektiv. Normalt betyder detta att gäldenären ansvarar för omöjlighetens

följder. Påföljderna kan likväl inte enbart bestämmas med utgångspunkt i att prestationshindret är subjektivt. Av betydelse är även omöjlighetens orsaker, d.v.s. om hindret framkallats av gäldenären eller någon för vilken han ansvarar eller av omständigheter utanför gäldenärens kontroll.

Läget är ett annat med avseende på specificerade avtalsprestationer, i synnerhet när dessa är bundna vid särskilda förutsättningar såsom exklusiva fackinsikter, monopolställning eller ensamrätt till patent. Om t.ex. brand förstör den fabrik, där den speciella produkten tillverkas, är prestationen praktiskt taget utesluten inte endast för gäldenären utan för varje annan person. Omöjligheten är samtidigt både objektiv och subjektiv. Påföljderna av prestationshindret kan inte bestämmas utgående från omöjlighetens beskaffenhet av objektiv eller subjektiv.

Det sagda ger en antydan om att uppdelningen i objektiv och subjektiv omöjlighet har ett ganska tvivelaktigt värde om man med ledning av densamma tror sig kunna bestämma de rättsliga verkningarna av ett prestationshinder. Systematiskt kan uppdelningen likväl vara ägnad att skapa klarhet.

Betr. distinktionen objektiv — subjektiv omöjlighet, se bl.a. Godenhielm, Säljarens bundenhet 41 ff, 61 ff, Vihma 62 ff.

Ibland har gränsen mellan objektiv och subjektiv omöjlighet dragits på ett annat sätt: omöjligheten är objektiv, när den befriar gäldenären från skadeståndsskyldighet, när så inte är fallet, är den subjektiv.

Se Godenhielm, Säljarens bundenhet 41. — Jfr nedan s. 318 f, där den ståndpunkten intagits, att objektiv omöjlighet inte nödvändigt befriar gäldenären från ersättningsskyldighet, avseende bör fästas vid omöjlighetens orsaker.

Den *tyska* rätten skiljer mellan två typer av omöjlighet (Unmöglichkeit), subjektiv (Unvermögen), för vilken gäldenären ansvarar (BGB §§ 280—292) och objektiv, för vilken han inte ansvarar (BGB § 275); Esser 202 ff, Larenz I 77 ff, 237 ff, 254 ff. — Samma ståndpunkt intar *schweizisk* rätt, SchwOR Art. 20, 97 och 99, Berner Komm. 105 ff, 461 ff, 617 ff, von Büren 120 f, 386 f, 390.

Se även Jan Hellner, The influence of the German doctrine of impossibility on Swedish Sales Law (Ius Privatum Gentium, Festschrift für Max Rheinstein, 1969, 705—720).

Omöjlighet tillmätes inte rättslig betydelse om borgenären erbjuder sig att övervinna den och detta är tillåtet och möjligt för honom samt borgenären betalar kostnaderna härför.

Se *HD 1931 I 12.*

Ibland har man använt termen *ekonomisk* omöjlighet. Denna har en dubbel innebörd.

För det första kan man avse en del fall i vilka möjligheterna att fullgöra avtalet avsevärt försvårats — relativt prestationshinder (VI). Det är inte fråga om en omöjlighet i egentlig mening.

För det andra kan man i begreppet ekonomisk omöjlighet inbegripa fall då part saknar ekonomiska resurser att fullgöra avtalet. För gäldenären kan detta hinder vara absolut i den meningen att han inte kan övervinna det. Det har likväl ansetts att part själv bär risken för att han har ekonomiska resurser att fullgöra ingångna avtal. Anledningen till att gäldenären saknar ekonomiska möjligheter att prestera tillmätes inte betydelse.

Se betr. ersättningsskyldighet s. 306.

Det är anledning att helt utmönstra begreppet och termen ekonomisk omöjlighet.

Se även Rodhe § 30 vid not 6. Annorl. Kivimäki – Ylöstalo 375.

Det prestationshinder, som konstituerar omöjlighet, kan ha inträtt efter det avtalet ingicks: *efterföljande* omöjlighet. Den andra formen är *ursprunglig* omöjlighet: prestationshindret förelåg redan när avtalet kom till.

Omöjligheten kan vara *övergående*. Om det hinder, som föranlett omöjlighet att fullgöra, upphört, träder de ursprungliga handlingsnormerna i regel ånyo i funktion. Så är t.ex. fallet när ett av myndighet utfärdat förbud upphävts. En återgång till det tidigare gällande läget kan likväl vara uteslutet på den grund att borgenären redan gjort en påföljd gällande med anledning av omöjligheten, t.ex. hävt avtalet, eller att en uppgörelse mellan parterna skett.

HD 1952 II 41: avverkning hade kunnat ske sedan ett av jordinlösningsnämnd givet avverkningsförbud hade upphört, köparen ålades betala även för icke avverkad virkesmängd.
HD 1944 II 181: köparen hade inom skälig tid efter det hindret upphört meddelat säljaren att han står fast vid köpet, avtalet ansågs fortfarande gälla.
HD 1943 II 301: sytning utgick ej för den tid gäldenären inte hade kunnat besitta den belastade fastigheten (var belägen på det efter vinterkriget avträdda området).

Omöjlighet bör bedömas med ledning av den tidpunkt då prestation skall ske. Ifall omöjlighet uppkommit efter det dröjsmål inträtt för gäldenären, kan denne inte åberopa omöjligheten till sin förmån.

Partiell omöjlighet är för handen när hindret gäller blott en del av en prestation eller när endast vissa förpliktelser är uteslutna.

III. Vilka är de *rättsliga följderna* av omöjlighet?

Frågan kan inte besvaras generellt. Omöjlighet är — såsom tidigare (I) framhållits — blott en av de bedömningsgrunder som kan ha relevans när verkningarna av avtalsstörningar bedömes. Omöjlighet är ingalunda alltid ett faktum till vilket man kunde anknyta bestämda rättsverkningar.

Se betr. detta problem bl.a. Godenhielm, Säljarens bundenhet 53 f, 60 f, 75, han framhåller dels att »säljarens obligation utsläckes», dels att omöjlighet inte har någon självständig funktion utan är en »terminus technicus» för rationalisering av bedömningen. — Jfr tysk rätt s. 117.

Det är framför allt *orsakerna* till omöjligheten som har betydelse för rättsverkningarna.

Dessa orsaker kan vara mycket olika. De kan bestå i yttre omständigheter, som inte har anknytning till parterna eller någondera av dem (avtalsobjektet har förstörts av våda), vara av typen force majeure (naturkatastrof), framkallas av gäldenären (säljaren har förstört köpgodset) eller av borgenären (hyreslägenheten har förstörts till följd av att hyresgästen vårdslöst handskats med eld) eller framkallas av tredje man (strejk). Det låter sig inte göra att uttömmande ange vilka faktorer som kan betinga omöjlighet och vilka rättsverkningar som omöjligheten kan ge upphov åt.

Endast i ett avseende är följderna av omöjlighet desamma oberoende av orsaken: gäldenären kan inte åläggas att fullgöra (s. 196). Men detta betyder ingalunda att gäldenären befrias från sin bundenhet av avtalet. Hans prestationsskyldighet kan t.ex. omvandlas till en skyldighet att betala ersättning (s. 318). Ibland blir gäldenären skyldig att prestera ett surrogat (s. 432). Prestationsskyldigheten kan även tänkas bli framskjuten (övergående omöjlighet). Omöjlighet kan även leda till att avtalet förfaller (s. 418).

Betr. hävning se s. 206.

Det anses allmänt att objektiv omöjlighet befriar gäldenären från ersättningsskyldighet; se särskilt Rodhe § 48 vid not 52. — Såsom ovan (s. 116) framhållits är det ibland vanskligt att åtskilja objektiv och subjektiv omöjlighet; man bör därför inte formulera en allmän regel om befrielse från ersättningsskyldighet när omöjligheten är objektiv (s. 318 ff).

Det som nu senast sagts har närmast avseende på efterföljande omöjlighet.

Ursprunglig omöjlighet kan inverka på avtalsbundenheten. Det kan härvid bli fråga om avtalets ogiltighet. Av betydelse för bedömningen är bl.a. om parterna eller någon av dem haft kännedom om omöjligheten när avtalet ingicks.

IV. Såsom *force majeure* (vis major) betecknas prestationshinder som orsakats av övermäktig tilldragelse. Sådana tilldragelser är bl.a. krig, naturkatastrofer och rättsliga förbud.

När force majeure uppkommit, är prestationen *omöjlig*. Det föreligger ett oöverstigligt hinder. Vanligen är omöjligheten objektiv. I undantagsfall är omöjligheten blott subjektiv.

Exempel: importförbud kan göra det omöjligt för en säljare att leverera medan en annan säljare, som i sitt lager inom landet har gods av det slag, som leveransen avser, kunde fullgöra ett likadant avtal.

Det som konstituerar omöjlighet av typen force majeure är prestationshindrets *orsak*. Denna skall vara en *övermäktig tilldragelse*, en utifrån kommande sällan inträffande händelse av osedvanlig art. Det ligger utanför parts möjligheter att hindra att händelsen inträffar, den befinner sig utom hans kontroll. Det är fråga om händelser av den exceptionella art att man normalt inte har anledning att räkna med dem när man ingår avtal. Att en part de facto förutsett en sådan händelse fråntar den inte dess karaktär av force majeure.

I inhemsk lagstiftning finns några stadganden om prestationshinder av typen force majeure. I VäxelL § 54 och CheckL § 48, i vilka termen force majeure användes, talas om »lagbud eller annat oövervinnerligt hinder»; SjöL § 131: »omständighet, som ej bort av befraktaren vid avtalets ingående tagas i beräkning, såsom utförselförbud, införselförbud eller annan åtgärd av myndighet»; SBL § 7: »lagbud, avbrott i den allmänna samfärdseln eller liknande oöverstigligt hinder, som ej bort av gäldenären tagas i beräkning». — Termen »övermäktig tilldragelse» användes bl.a. i JärnvAnsvL § 1, L ang. elektr. anläggningar § 11 m. 1, WarrantF § 8, GrannelL § 7.

De händelser, som uppfattas såsom force majeure, kan bestå i *faktiska* tilldragelser: krig, ockupation, revolution, naturhändelser etc. Det kan också vara fråga om *rättsliga* åtgärder: importförbud, beslag etc.

Se t.ex. V i h m a 118 ff.

Händelser av de slag, som här nämnts, betyder inte utan vidare force majeure in casu. Sådan föreligger blott om händelsen de facto *orsakat* ett absolut prestationshinder. Ett krig eller en naturkatastrof kan sålunda inte utan vidare åberopas av gäldenären. Force majeure är av betydelse endast om händelsen i fråga verkligen gjort det omöjligt för gäldenären att prestera (oövervinnerligt hinder). Man presumerar likväl att force majeure är för handen så snart avtalets fullgörande faller inom den ifrågavarande händelsens, t.ex. importförbudets, verkningskrets.

Utmärkande för de händelser, som betecknas som force majeure, är att de är av den art att gäldenären *inte bort ta* dem i *beräkning* när avtalet ingicks. De är extraordinära på ett sådant sätt att en gäldenär inte kan anses ha inkluderat dem i de risker som han tar när han ingår avtal.

Se SBL § 7 m. 2.

Det kan likväl inträffa att en händelse av typen force majeure *förutses* eller åtminstone kan förutses av part då han ingår avtalet: ett krigsutbrott eller ett importförbud väntas. Då följderna av force majeure i ett enskilt fall skall bestämmas, har det ansetts relevant att klarlägga huruvida part, när han ingick avtalet, haft kännedom om sådana omständigheter att han bort räkna med ett bestämt prestationshinder. Om han gjort detta, anses han ha handlat vårdslöst. Detta har ansetts kunna leda till att

den befrielse från en påföljd, som normalt följer av force majeure, inte kommer honom till godo. Det är visserligen fråga om force majeure, men dess typiska rättsverkan inträder inte.

Se Rodhe § 29 vid not 70, Almén § 24 vid not 32 ff, von Büren 403: den som räknat med force majeure har spekulerat och därigenom påtagit sig risken. — Betr. ersättningsskyldighet s. 322.

Se *HD 1947 II 142:* Genom avtal i maj 1944 hade A till B överlåtit ett parti metallskrot att föras till Tyskland för uppsmältning och framställning av lagermetall, B skulle efter 3 månader leverera motsvarande mängd lagermetall; till följd av krigstillståndet mellan Finland och Tyskland i september 1944 hade lagermetallen blivit kvar i Tyskland; A krävde ersättning. HD konstaterade, att avtalet ingåtts under pågående världskrig och att den omständigheten att leveransen hindrats av krigsutbrottet mellan Finland och Tyskland ej befriade B från ersättningsskyldighet. Min. (2): det hade inträtt omöjlighet, som inte varit förutsebar, varför ersättningstalan borde ogillas.

Man kan ifrågasätta om det är lyckligt att fästa vikt vid om gäldenären i en konkret situation räknat med sannolikheten att ett prestationshinder av typen force majeure skall uppkomma. När gäldenären ingått avtalet, förmodas han ha utgått från att avtalet kan fullgöras. Han har inte utan vidare påtagit sig ansvar för utebliven prestation till följd av händelser som till sin typ är oberäkneliga. En naturligare lösning vore att, om force majeure sedermera verkligen inträffar, pröva om parts handlande under föreliggande omständigheter kan innefatta culpa in contrahendo, vilket kan påföra gäldenären ersättningsskyldighet, vanligen i form av ansvar för negativt avtalsintresse.

Se Hellner 95 f.

Force majeure är ett slag av kvalificerad omöjlighet. Kvalifikationen består däri att omöjligheten orsakats av en övermäktig tilldragelse.

Det föreligger inte någon logisk nödvändighet att skilja ut force majeure-fallen till en särskild grupp. När detta likväl skett, har man tillgodosett ett praktiskt behov nämligen att fixera en grupp situationer i vilka gäldenären i regel inte betraktas som ansvarig för störningen i avtalsförhållandet. Force majeure har framför allt betydelse för gäldenärens ersättningsskyldighet. Den tesen har allmänt omfattats att force majeure befriar gäldenären från ersättningsskyldighet vid utebliven eller försenad prestation även när ansvaret är strikt. Detsamma gäller inte alltid andra typer av omöjlighet.

Nedan s. 320. — Se t.ex. *HD 1943 II 160* (ref. s. 123).
Force majeure kan även leda till att frister förlänges, VäxelL § 54, CheckL § 48.

Inte sällan leder force majeure till att avtalet förfaller. Denna situation har inte jämställts med befrielse från avtalsbundenhet utan har uppfattats som en påföljd av avtalsbrott (s. 418 f).

Se t.ex. *HD 1947 II 241* (ref. s. 123).
Genom force majeure-klausuler kan verkningarna av övermäktiga händelser regleras på olika sätt, nedan s. 460.

Frågan om förhållandet mellan force majeure och omöjlighet har diskuterats framför allt i anslutning till SvKöpL § 24, som vid sidan av force majeure-fallen anger en befrielsegrund som innefattar objektiv omöjlighet (utan att vara vis major): »förstörelse av allt gods av det slag eller det parti köpet avser». Även SjöL § 131 anger en liknande grund (inte force majeure): »undergång av allt gods av det slag avtalet avser»; denna befrielsegrund pekar inte på orsaken till prestationshindret, det är således ej fråga om force majeure.

Se främst Rodhe § 30 vid not 40—47, samt Hellner 91, jfr Almén § 24 vid not 15 ff; se även Vihma 290 ff.

V. Vilka *händelser* konstituerar force majeure?
Det är inte möjligt att uttömmande ange alla de händelser som kan inordnas under force majeure. Begreppet är i viss mån obestämt. Generellt har det fixerats så, att det omfattar övermäktiga tilldragelser (oöverstigliga hinder) av det slag att de inte bort tagas i beräkning vid avtalets ingående. Händelserna kan vara faktiska tilldragelser eller rättsliga åtgärder.
Inom denna ram finns ett visst utrymme för prövning. Med tiden har det utvecklats ganska bestämda uppfattningar om vilka grupper av händelser som inkluderas i force majeure och vilka som faller utanför. De viktigaste skall i det följande anges.
Inom de olika grupperna kan det vara svårt att dra bestämda gränser, t.ex. vilka naturhinder som utgör force majeure och vilka inte. Allmänt kan sägas att som force majeure inte blott betraktas själva huvudhändelsen, t.ex. krig eller naturkatastrof, utan ofta även dess olika följdföreteelser, såsom mobilisering, transporthinder etc.
I det följande belyses viktigare force majeure situationer med ledning av inhemsk rättspraxis, denna ger likväl inte någon klar eller fullständig bild.

Betr. rättspraxis se även Godenhielm, Säljarens bundenhet 47 ff.

Följande händelser kan konstituera force majeure:

1) *Krig* och vissa av dess följdföreteelser anses utgöra force majeure. Detsamma gäller revolutioner, uppror och andra våldsamma konflikter som framkallar allvarliga rubbningar av samhällsfunktionerna.
I följande avgöranden har force majeure ansetts föreligga:

HD 1950 II 400: avverkningsrätt kunde inte utnyttjas då fastigheten var belägen på det område som sedermera överlåts genom vapenstilleståndet (1944), övermäktig händelse förelåg. — Se även *HD 1947 II 3.*

HD 1947 II 241: avtal (reparation av fartyg) ansågs ha förfallit till följd av gäldenärens inkallelse i militärtjänst under krigstid; ersättningskrav grundat på utebliven prestation ogillades. — Se även *HD 1942 II 131.*

HD 1943 II 160: gods, som överlämnats till transport med järnväg, hade förstörts vid luftbombardemang, ersättningstalan ogillades.

HD 1924 D I 17: stöld i magasin förövad av soldater under krigstid (tyska soldater i april 1918) ansågs vara övermäktig händelse. — Jfr *HD 1922 D II 143:* stöld förövad av soldater ansågs ej frita järnvägen från skyldighet att ersätta det försvunna godset då krigsoroligheterna upphört och järnvägen inte ombesörjt bevakning.

HD 1923 D II 300: uppfyllelse av avtal om leverans av maskin hade blivit omöjlig till följd av inbördeskriget, ersättningstalan förkastades.

I några avgöranden har händelser, som har samband med krigsförhållanden, inte uppfattats som force majeure eller har händelserna, även om de i princip kunde betecknas som force majeure, inte påverkat avtalsförpliktelserna.

HD 1948 II 319: köpare av avverkningsrätt hade till följd av hinder orsakat av krigstillstånd (brist på arbetskraft åberopades) inte utfört avverkningen inom avtalad tid; köparens krav på återbetalning av erlagt pris ogillades (övermäktigt hinder hade inte visats vara för handen). — Min. (1) ansåg att övermäktigt hinder förelegat.

HD 1947 II 13: B hade såsom resande för A mottagit beställningar, vilka A inte kunnat fullgöra på grund av råvarubrist orsakad av kriget; råvarubristen befriade inte A från att betala provision till B. — Så även *HD 1945 II 190.*

HD 1943 I 26: A hade för ett år hyrt en lägenhet att användas som bostad och för läkarmottagning, innan A flyttat in hade han inkallats i militärtjänst (oktober 1939); A ansågs skyldig att betala hyra; Min. (2) ansåg att A varit berättigad att uppsäga avtalet.

HD 1943 II 242: A hade 30.11. 1939 förbundit sig att under 1940 leverera ved åt B; leveransen hade uteblivit, B krävde avtalsvite; då det inte visats att uppfyllelsen till följd av vinterkriget försvårats i så hög grad att A kunde anses ha blivit fri från sin förpliktelse, utdömdes vitet.

HD 1942 I 16: A hade i augusti 1939 på avbetalning köpt en motorcykel, som i oktober rekvirerats av staten i stöd av L om krigstillstånd, A ansågs ej ha blivit fri från sin betalningsskyldighet. — I detta avgörande förelåg otvivelaktigt en händelse av typen force majeure, men risken ansågs böra bäras av köparen.

2) *Naturhinder* — otjänlig väderlek, snö- eller vattenbrist, ishinder, storm etc. — kan i våra förhållanden i regel inte anses utgöra force majeure. Endast i exceptionella situationer kan undantag göras. Större naturkatastrofer (jordbävning etc.) är force majeure.

HD 1950 II 77: (leverans av ved) transporthinder till följd av ofördelaktiga väderleksförhållanden ansågs inte vara force majeure. — Jfr *HD 1933 II 273:* (skogsavverkningskontrakt) säljaren hade åtagit sig att släpa stockarna till strand, detta ansågs till följd av snöbrist och mild väderlek ha blivit omöjligt att utföra till skäliga kostnader, varför ansvar för underlåtenhet ej förelåg. — Med nuvarande tekniska hjälpmedel föreligger inte omöjlighet.

3) *Beslut* eller *åtgärder av offentlig myndighet*, genom vilka prestation hindras, utgör force majeure. Det kan vara fråga om generella förbud — lagbud, regleringar av olika slag — eller enskilda åtgärder — konfiskation, utmätning etc.

HD 1961 II 12: hyresnämnd förbjöd rivning av hus; *HD 1952 II 41:* jordinlösningsnämnd förbjöd avverkning av skog; se även *HD 1950 II 62.*
HD 1951 II 121: (exportförbud), *HD 1947 II 348* (folkförsörjningsministeriets beslag), *HD 1925 D II 114.*

Till denna kategori kan även hänföras de fall då viss åtgärd kräver *tillstånd* av myndighet och sådant tillstånd inte ges.

HD 1951 II 32: A hade förbundit sig att åt B leverera ett parti klädnypor, då leveransen uteblivit, hade B hävt avtalet; B krävde ersättning för utebliven handelsvinst, talan ogillades då A ej fått licens på råvara.
HD 1950 II 51, 114, 304: (förvägrat byggnadstillstånd).
HD 1944 II 132: tomt, som stad sålt, skulle enligt avtalet bebyggas inom viss tid, avtalsvite hade stipulerats; då köparen inte ens påstått sig ha försökt uppfylla sin byggnadsskyldighet eller anskaffa tillstånd till inköp av byggnadsförnödenheter och då andra under samma tid kunnat utföra byggnadsarbeten, utdömdes avtalsvite; min. (1) ansåg att övermäktigt hinder förelegat. — Se även *HD 1944 II 247.*

Bland händelser, som i regel *inte* anses utgöra force majeure, kan främst nämnas strejk, lockout och andra *kollektiva kampåtgärder.* Undantag kan, beroende på omständigheterna, göras för kampåtgärder av den art och omfattning att de normala förhållandena allvarligt störs, t.ex. en generalstrejk.

Se Vihma 141 ff, Kivimäki—Ylöstalo 375, Godenhielm 84 f, Hellner 95.

Prestationshinder, som framkallats av *brottsliga handlingar*, t.ex. stöld av avtalsobjektet, hänförs normalt *inte* till force majeure.

Med avseende på avtal om *järnvägstransport* har det diskuterats om stöld kan innebära force majeure. Enligt § 87 i JärnvTrafikS ansvarar järnvägen för gods som anförtrotts till transport. Ansvaret är strikt men undantag göres bl.a. för »övermäktig tilldragelse» (m. 2). Denna term synes i praxis ha givits en mera vidsträckt innebörd än det gängse begreppet force majeure, bl.a. har stöld genom inbrott betraktats som övermäktig händelse.
HD 1950 II 170: gods inlämnat för transport med järnväg hade stulits från järnvägens låsta magasin; det ansågs att järnvägen iakttagit skälig omsorg och att skadan uppkommit av övermäktig händelse; min. (1) utdömde ersättning. — I samma riktning *HD 1944 II 189.* — Jfr *HD 1952 II 30:* då järnvägen ej visat att från dess sida vidtagits nödiga åtgärder mot stöld oaktat stölder tidigare förekommit med korta mellanrum, kunde stöld av gods inte betraktas som övermäktig händelse; ersättningstalan godkändes. — I samma riktning *HD 1951 II 136.*

Frågan har med ledning av rättspraxis behandlats av Leif Sevon, Sydfruktlast stulen. Force majeure i järnvägstransporträtten (JFT 1967 377—388).

Brand, som hindrar prestation, anses inte utgöra force majeure. Om eldsvåda är en följd av t.ex. uppror eller kravaller, är den bakomliggande orsaken avgörande — force majeure kan sålunda vara för handen.

HD 1922 D I 37: till transport inlämnat gods hade förstörts vid eldsvåda som uppstått genom att annat gods, vilket inlämnats under oriktig benämning, hade fattat eld; järnvägen ansågs ersättningsskyldig (före JärnvTrafikS 1929).

Jfr GrannelL § 7: »brand eller annan övermäktig tilldragelse»; här är det likväl inte fråga om någon ordinär påföljd av avtalsstörning.

Brist på råvara har ej ansetts befria tillverkare från ersättningsskyldighet och sålunda inte uppfattats som force majeure. Bedömningen kan bli en annan om bristen är en direkt följd av t.ex. krig.

Se *HD 1946 II 292* (avtalsvite utdömdes).

Inflation samt kostnads- och prisstegringar bör inte hänföras till force majeure, inte ens om de orsakats av t.ex. krig. De ekonomiska problem som här möter bör behandlas enligt andra riktlinjer. Det kan bli fråga om befrielse från avtalsbundenhet, jämkning etc.

Se s. 148 ff.

I det föregående åberopad rättspraxis styrker uppfattningen att man inte klart kan avskilja de händelser som konstituerar force majeure. Oklarhet råder särskilt med avseende på följdföreteelser av övermäktiga händelser. Bedömningen har främst att beakta de faktiska verkningarna. Avtalets innehåll och ändamål kan även ha betydelse. En händelse kan i relation till ett avtal betraktas som force majeure men inte med avseende på ett annat avtal.

Som exempel kan nämnas mobilisering. För en arbetstagare, som inkallats i militärtjänst, föreligger force majeure (se *HD 1947 II 241*, ref. s. 123), men knappast för en leverantör som åberopar att inkallelsen orsakat brist på arbetskraft, se *HD 1943 II 242* (ref. s. 123), som likväl ej uttryckligen nämner brist på arbetskraft; olikheterna betingas närmast av mobiliseringens faktiska verkningar.

Rättspraxis pekar även på det förhållandet att händelser, som generellt sett utgör force majeure, ingalunda in casu behöver utgöra övermäktigt hinder. Det måste ske en konkret bedömning av huruvida en inträffad händelse av typen force majeure verkligen orsakat ett prestationshinder (omöjlighet).

Genom föreskrifter i avtal kan begreppet force majeure närmare bestämmas — även med avvikelse från det som ovan sagts. Likaså kan påföljderna av force majeure preciseras. Sådana *force majeure-klausuler* är allmänna och genom dem vidgas vanligen kretsen av de händelser som utgör force majeure (s. 461).

VI. *Relativt prestationshinder* är för handen när fullgörelse visserligen kan ske men härför skulle krävas oproportionerligt stora ansträngningar eller uppoffringar. Omöjlighet föreligger inte. Avtalet kan fullgöras. Frågan är blott om ett relativt hinder skall beaktas med avseende på påföljderna av avtalsstörningar.

Vanligen har det relativa prestationshindret en ekonomisk aspekt. Det har inträffat omständigheter, som påverkar avtalets ekonomiska resultat, t.ex. starkt höjda priser och löner. Härigenom kan en väsentlig disproportion ha uppkommit i avtalsbalansen.

Prestationshindret kan undantagsvis vara annat än ekonomiskt, t.ex. när gäldenären åtagit sig ett arbete, som kräver hans personliga insats, och han därefter drabbas av en sjukdom som avsevärt försvårar eller fördröjer utförandet.

Betr. frågor som rör här avsedda relativa prestationshinder för vilka i finsk litteratur används termen »liikavaikeus», se bl.a. Godenhielm, Säljarens bundenhet 72 f, Vihma 302 ff, Heikonen — Aaltonen 196 f, Hellner 97 ff.

Utgångspunkten för bedömandet av de relativa prestationshindren är att vardera parten bär *risken* för att han kan fullgöra sina avtalsprestationer. Han kan inte sig till fördel åberopa att prestationen blivit ekonomiskt mera betungande eller annars avsevärt försvårats.

Det är likväl inte möjligt att helt se bort från de faktorer som orsakat prestationssvårigheterna. Redan skälighetssynpunkten kräver att part inte är skyldig att fullgöra huru betungande förpliktelser som helst. Någonstans går en »offergräns».

Det är lönlöst att generellt försöka precisera var offergränsen går eller att ange allmänna kriterier enligt vilka man in casu har att dra en sådan gräns. Den riktiga lösningen är att man in casu beaktar ett relativt prestationshinder såsom ett bland många bedömningsfakta — riskfördelning, avtalsbalans, skälighet etc. Det finns i nordisk rätt knappast något reellt behov att företa en standardisering som skulle resultera i ett avgränsat begrepp relativt prestationshinder. Det är tillfyllest att man framhåller att det på det område, som gränsar till absolut omöjlighet, förekommer situationer som kan utgöra rättsligt relevanta prestationshinder. Man bör dock avstå från att uppställa ett med absolut omöjlighet jämbördigt begrepp relativt prestationshinder.

Problematiken belyses av *HD 1952 I 16*, där fråga var om ett till tiden obegränsat avtal om leverans av elström till i avtalet angivet fast pris; se referat och kommentar i JFT 1959 230 ff (Taxell).

Om man fattar begreppet relativt prestationshinder på detta sätt, är det meningslöst att försöka precisera dess följder. Det är tillräckligt att i detta sammanhang konstatera, att man in casu kan komma till samma resultat som om omöjlighet vore för handen. Detta är väsentligt redan av den anledningen att gränsen mellan absoluta och relativa prestationshinder inte alltid är klar.

Se *HD 1933 II 273* (ref. s. 123): omöjligt att utföra prestation till skäliga kostnader, gäldenären ansågs ej ansvarig.

Se även SjöL § 128 jfr med § 7.

KAPITEL III

Rubbningar i avtalsbundenheten

1. ALLMÄNT

Ett avtal binder parterna. De skall fullgöra det som avtalet åvälver dem (prestation) samtidigt som de har anspråk på de förmåner som följer av avtalet. Denna bundenhet — eller riktigare uttryckt de rättigheter och förpliktelser som följer därav — regleras av de handlingsnormer som gäller för det konkreta avtalet.

Allmänt om avtalsbundenhet s. 3.

Avtalsbundenheten kan rubbas som en följd av särskilda faktorer. Det kan inträffa omständigheter som gör det motiverat att helt eller delvis befria part från att fullgöra avtalet. En sådan omständighet kan ha förelegat vid avtalets tillkomst — ursprunglig rubbning — eller den kan ha uppkommit senare — efterföljande rubbning. Det förekommer även att en »störande» faktor förelegat redan vid avtalets ingående ehuru dess verkan framträtt först senare. Sålunda kan en jämkning av en avtalsklausul, t.ex. enligt SBL § 8, ifrågakomma som en följd av omständigheter vilka förelåg redan när avtalet tillkom men vilkas verkningar skönjes först när fullgörelse skall ske. Det är ingen anledning att hänföra dessa fall till en särskild grupp. De kan, beroende på omständigheterna, uppfattas antingen som ursprungliga eller som efterföljande avtalsrubbningar. Skillnaden mellan dessa två typer av avtalsrubbningar är sålunda relativ.

Utmärkande för de situationer, som här betecknats såsom rubbningar i avtalsbundenheten, är att part strävar att *frigöra sig från sin bundenhet* vid avtalet i dess helhet eller vid en enskild bestämmelse däri eller att *mildra* (reducera) denna bundenhet. Denna strävan hos en part motiveras av att det för honom framstår som en olägenhet att fullgöra avtalet eller att underordna sig en viss avtalsbestämmelse. Parts anspråk på rättsskydd inriktas på att helt eller delvis upplösa avtalsbundenheten.

Den befrielse från avtalsbundenhet, som här avses, kan sålunda ha olika omfattning:

— avtalsbundenheten upplöses totalt (för bägge parter),

— bundenheten vid viss avtalsbestämmelse upphör (denna försättes ur kraft),

— viss avtalsbestämmelse modifieras till förmån för den part som har att fullgöra en prestation (jämkning eller annan reducering).

I de två sistnämnda fallen är avtalet bindande men det sker en reducering eller förändring av de förpliktelser som avtalet anger. Detta uppfattas i det följande som en partiell upplösning av avtalsbundenheten.

När det i det föregående talats om befrielse från eller upplösning av avtalsbundenheten inkluderas även de fall då parterna inte alls blivit bundna, oaktat avtal ingåtts (t.ex. avtals ogiltighet).

Befrielse från avtalsbundenhet kan föranledas av olika omständigheter, vilka framstår som störningar i avtalsförhållandet. Man kan nämna följande situationer:

1) Parterna eller någondera parten har i *samband med avtalets tillkomst åsidosatt en handlingsnorm.* Dels är det fråga om normer som reglerar avtalets ingående eller har samband därmed — stadganden om avtalsmekanismen, fullmakt etc. Dels kan den åsidosatta normen ange gränser för parternas möjligheter att genom avtal reglera sina inbördes förhållanden — t.ex. absoluta lagstadganden som förbjuder avtalsklausuler av visst innehåll.

De fall då den åsidosatta handlingsnormen avser avtalets fullgörande, hänföres inte hit utan till avtalsbrotten.

2) Rubbningar, som påverkar avtalsbundenheten, framträder i *omständigheter som ligger utanför avtalet* och parternas verkningskrets. Det är t.ex. fråga om inverkan på avtalsförhållandet av starka förskjutningar i penningvärdet eller i kostnadsnivån.

Vanligen har de för avtalsbundenheten relevanta omständigheterna uppkommit först efter avtalets ingående.

Frågan om parts befrielse från avtalsbundenhet aktualiseras i många fall förrän tiden för prestation är inne. Sålunda kan den part, som vill åberopa att avtalet är ogiltigt, få detta fastslaget oberoende av motpartens anspråk på fullgörelse. I andra situationer sammankopplas avtalsbundenheten med ett avtalsbrott, d.v.s. först efter det en handlingsnorm, som gäller avtalets fullgörande, har åsidosatts. Som svar på parts krav i stöd av avtalet invänder motparten att han inte är bunden av avtalet. Sålunda kan en köpares krav att få godset mötas av säljarens invändning att köpet är ogiltigt. Ger man säljaren rätt, betyder det att avtalsbundenhet inte förefinnes. Har köparen rätt, är det fråga om ett avtalsbrott från säljarens sida.

I den följande framställningen, som blott uppdrar några grundlinjer för bedömningen av rubbningar i avtalsbundenheten, följes den tidigare nämnda tudelningen:

1) *Ursprungliga* avtalsrubbningar: avtalsbundenhet har aldrig uppkommit. Ett avtal är t.ex. ogiltigt. Parts anspråk på befrielse från avtalsbundenhet i en situation, som framträder såsom ett avtalsförhållande, ges den formen att parten hävdar att han inte blivit bunden av avtalet. Han åberopar omständigheter som var för handen före eller vid avtalets ingående. Påföljden av rubbningen i avtalsförhållandet framträder däri att bundenhet aldrig har uppkommit.

I varaktiga avtalsförhållanden — t.ex. hyresförhållanden — kan ett godkänt krav på att avtalsbundenhet inte uppkommit de facto innebära att bundenheten upphör

först efter det kravet godkänts. I sådana fall kan avtalet ha tillämpats trots att bundenhet rättsligt sett inte inträtt.

2) *Efterföljande* rubbningar i avtalsförhållandet: ett bindande avtal har uppkommit genom avtalets ingående, men bundenheten upphör sederma. Påföljden av den inträffade rubbningen består i att avtalsbundenheten upplöses. Parts anspråk på befrielse från avtalsbundenheten tar sikte på framtiden. Prestationer, som skett tidigare, anses härflyta ur ett rättsligt bindande avtalsförhållande.

Det sagda ger vid handen att de situationer, som här betecknats såsom rubbningar av avtalsbundenheten, företer stora olikheter. Ibland kan de olika typerna inte klart skiljas från varandra. Även gränsen mot avtalsbrotten kan in casu vara diffus. En klar och konsekvent systematisering är svår att genomföra även av den orsaken att de olika fallen lätt går in under varandra. Huvudsyftet med den följande framställningen är att — med undvikande av ställningstaganden i egentliga sakfrågor —på basen av en tudelning i ursprungliga (2.) och efterföljande (3.) avtalsrubbningar ge en *allmän översikt* av de avtalsstörningar som inte hänförts till kategorin avtalsbrott.

2. URSPRUNGLIGA RUBBNINGAR

2.1. Allmänna synpunkter

I. Part kan åberopa att han till följd av omständigheter, som gäller ingående av avtal eller som har samband därmed, inte är bunden av avtalet och således inte är skyldig att fullgöra dess förpliktelser. Anspråket på befrielse från avtalsbundenheten kan gälla avtalet i dess helhet eller enskild bestämmelse däri.

De fall, som nu avses, kan indelas i tre kategorier:

— ett avtal har inte kommit till stånd av orsak att de regler, som gäller för ingående av avtal (eller viss avtalstyp), inte har följts,

— en mellanman (fullmäktig etc.), som anlitats vid ingående av avtal, har inte iakttagit de regler som gäller för hans handlande, eller

— ett avtals normala verkningar inträder inte, emedan det föreligger en s.k. ogiltighetsgrund (de egentliga ogiltighetsfallen).

Man kan ifrågasätta om det är riktigt att tala om avtalsstörningar och om rubbningar i avtalsbundenheten när ett bindande avtalsförhållande inte föreligger och inte heller varit för handen. Hithörande frågor avser förutsättningarna för uppkomsten av bindande avtal och egentligen inte befrielse från avtalsbundenhet.

Mot detta kan invändas, att det åtminstone skenbart föreligger ett avtalsförhållande. Partskonflikten består däri att den ena parten åberopar ett bindande avtal medan den andra parten hävdar att avtalsbundenhet inte har uppkommit. Den förre upp-

fattar sin situation som part i ett avtal. Om den »störande» faktorn, t.ex. formfel eller tvång, inte skulle ha förekommit, skulle ett vanligt avtalsförhållande existera. Det normala mönstret har rubbats med påföljd att avtalsbundenheten uteblivit.

Det är viktigt att de fall, som här betecknats som ursprungliga avtalsrubbningar, kan bedömas ur samma allmänna utgångspunkter som avtalsstörningar i allmänhet. De rättspolitiska synpunkterna är väsentligt desamma: parts behov av rättsskydd samt rättssäkerheten.

I konkreta fall är det ofta svårt att avgöra om det är fråga om en ursprunglig avtalsrubbning eller ett avtalsbrott. En och samma situation kan ibland uppfattas olika. När t.ex. avtalsobjektet har ett fel, kan man ibland välja mellan två alternativ: avtalet är ogiltigt på grund av svek (oriktiga uppgifter om avtalsobjektets beskaffenhet) eller det föreligger ett avtalsbrott (avtalet häves på grund av fel i avtalsobjektet). Med tanke på borgenärens rättsskydd är det knappast motiverat att strikt hålla fast vid den ena av två tänkbara lösningar. Borgenären bör i princip ha möjlighet att välja mellan olika alternativ.

Betr. den ofta oklara gränsen mellan ogiltighet och hävning, se bl.a. *HD 1932 II 316:* B hade köpt en fastighet av A och övertagit ansvaret för ett inteckningslån, A hade före köpet försäkrat att de årliga betalningarna på lånet (ränta + amortering) uppgick till 9 % senare framgick det att enbart räntan var 8,5 %; då priset sålunda väsentligen översteg det avtalade, förklarades köpet ogiltigt. — Man kunde även konstruera fallet såsom hävning på grund av fel i avtalsobjektet.

Se även Godenhielm 96.

När den bristande bundenheten gäller endast en del av ett avtal, t.ex. partiell ogiltighet, möter det inte några betänkligheter att tala om en avtalsstörning.

De nämnda synpunkterna motiverar att man i en systematisk översikt av avtalsstörningarna tar med även de ursprungliga avtalsrubbningarna. Det är ändamålsenligt att ge begreppet avtalsstörning denna vida innebörd.

II. Ett avtalsförhållande kan störas av att parterna hävdar olika uppfattning om vilken av två eller flera alternativa handlingsnormer som skall gälla eller vilken innebörd eller betydelse en viss handlingsnorm skall ges.

I det förra fallet är det fråga om en *konkurrens* mellan normer som kan tänkas bli tillämpade i det konkreta fallet. Det gäller t.ex. att avgöra om en avtalsbestämmelse strider mot en absolut lagregel, i vilket fall den bör vika för lagen, eller om en sedvänja skall ha företräde framom dispositiv lag.

Det senare fallet har främst avseende på *tolkningsfrågor:* lagstadganden eller avtalsbestämmelser är oklara eller ofullständiga och parterna har olika åsikt om deras innebörd eller rättsverkningar. Ibland gäller det att utreda innebörden och räckvidden av en kutym eller existensen och tillämpligheten av en allmän rättsprincip.

Dessa fall kan förete likheter med de situationer som berörts i det föregående. Den konflikt, som de ger uttryck åt, kan bli föremål för domstols prövning. Domstol har att avgöra huru »störningen» skall elimineras. Härvid är även rättskydds- och rättssäkerhetssynpunkter relevanta.

Det förefaller likväl ändamålsenligt att inte nu tala om egentliga avtalsstörningar. Frågor rörande konkurrens mellan olika handlingsnormer samt spörsmål som angår tolkning av lag eller avtal måste i väsentliga punkter lösas enligt andra linjer än de som gäller för t.ex. avtals ogiltighet och avtalsbrott. De hör i systematiskt avseende till avtalsrättens normproblematik (s. 31 ff). Därför kommer de inte att beaktas i det följande.

2.2. Brister i avtalsmekanismen

I. Med *avtalsmekanism* avses de sätt eller förfaranden genom vilka avtalsförhållanden uppkommer. För denna mekanism gäller särskilda regler. Dessa normer är antingen generella — gäller avtal i allmänhet (AvtL kap. 1) — eller speciella — avsedda för vissa typer av avtal (t.ex. JB 1: 2).

Avtalsmekanismens regler ingår i stor utsträckning i lag. Dessa regler är likväl inte uttömmande. Det förekommer — ehuru inte särskilt ofta — att de blivande parterna kommer överens om det sätt på vilket visst eller vissa avtal skall ingås, t.ex. överenskommelse om skriftlig form. Sådana avtalade procedurregler kan avvika från eller uppställas på sidan om lagens stadganden om ingående av avtal — ifall inte absoluta lagstadganden hindrar detta. Ibland kan man anse att ett förfarande, som parterna tidigare använt, skall gälla även framtida avtal. I vissa fall regleras avtalsmekanismen av kutymer.

Se AvtL § 1 m. 2.

Lagens stadganden om ingående av avtal tar i första hand sikte på *rättssäkerheten.* Det är för bägge parter viktigt att veta under vilka förutsättningar avtalsbundenhet uppkommer. Även ur allmän synpunkt är det betydelsefullt att det finns fasta regler. Omsättningens krav blir härigenom tillgodosedda.

Specialstadganden om ingående av avtal har ytterligare poängterat rättssäkerhetssynpunkten, vanligen i allmänt intresse — t.ex. JB 1: 2. Samtidigt kan man i dessa regler skönja en strävan att skydda parterna — dels mot oöverlagda dispositioner, dels genom att framtvinga ett klart fixerande av avtalsvillkoren.

Säkerhetssynpunkterna tillgodoser indirekt kontrahents behov av *rättsskydd.* Ifall gällande normer iakttagits, är part skyddad mot andra partens eventuella anspråk på att inte vara bunden. Skyddet har ibland utsträckts till situationer i vilka en för

avtalsmekanismen gällande regel har åsidosatts. Detta förstärkta skydd gäller godtroende kontrahent — t.ex. AvtL § 4 m. 2.

Rättssäkerhetssynpunkterna kan sägas dominera AvtLs avtalsmekanism — kap.1. Där ges schematiska regler, som blott i begränsad omfattning tillåter en prövning in casu. Centrala kriterier för avtalsbundenhet är dels överensstämmelse mellan anbud och svar, dels iakttagande av angivna tidsfrister.

Beträffande AvtL kap. 1 må följande framhållas.

1) Vissa avtal faller utanför stadgandenas tillämpningsområde, främst de formbundna avtalen. För dem gäller skärpta krav.

2) De stadganden, som reglerar avtalsmekanismen, är dispositiva. Rättssäkerheten har inte hävdats så starkt att man skulle ha genomfört en tvingande reglering. Parterna kan själva bestämma på vilket sätt de sluter ett avtal, t.ex. i skriftlig form. Härvid har man att fästa avseende inte blott vid det som uttryckligen överenskommits utan även vid det som må anses avtalat (se s. 35).

3) Stadgandena i AvtL kap. 1 kan inte anses vara uttömmande. Avtal kan komma till stånd med avvikelse från eller på sidan om det schema som de ifrågavarande stadgandena uppställer. Avtal, som är resultat av förhandlingar mellan parterna, följer sålunda sällan det schema med bindande anbud och motanbud som AvtL förutsätter. När i avtal skall ingå allmänna avtalsvillkor, följer förfarandet för avtalsslut oftast ett från lagen avvikande mönster (se s. 39 ff). Därtill kommer att konkreta åtgärder och situationer ibland konstituerar bindande avtalsförhållanden utan att det är fråga om anbud eller svar i egentlig mening — man kunde i sådana fall tala om de facto avtal.

Se bl.a. Folke Schmidt, Bör de nordiska avtalslagarna revideras? (24 NJM Förhandl. bil. 7) 11 f, samt hans kommentar till IntAvtL § 6 m. 2, enligt vilket stadgande accept av anbud kan ske genom realhandlingar, »Den internationella avtalslagen och dess förlagor» (TfR 1966 417—465) 435 ff, 464.

T.ex. *HD 1950 II 244:* mottagande av vara och betalning av frakt etc. ansågs ha konstituerat skyldighet att betala priset; i samma riktning *HD 1949 II 45.* — *HD 1932 II 42:* underlåtenhet att svara på brev innehållande beställningsförteckning, som A (säljare) i stöd av förda förhandlingar tillställt B, ansågs betyda att B godkänt det leveransavtal som framgick av förteckningen; se även *HD 1947 II 136.*

Jfr *HD 1949 II 180, 1943 II 89* (kläder stulits vid nöjestillställning resp. från damfrisersalong), skyldighet att ersätta förlust ansågs ej föreligga, då ett åtagande att ansvara inte förelåg (depositionsavtal hade således ej uppkommit).

Ibland kräves samtycke av tredje man eller av offentlig myndighet för att avtalsbundenhet definitivt skall uppkomma.

T.ex. ÄL §§ 38, 39 jfr § 40, FörmL §§ 39—41.

HD 1954 II 89: fastighetsköp förföll då säljarens förmyndare dröjde med att söka rättens godkännande. — Se även *HD 1943 II 167.*

Se även s. 142.

För att ett avtal skall vara fullbordat kräves ibland åtgärder utöver dem som den allmänna avtalsmekanismen förutsätter — t.ex. överlämnande av sak som handfången pant. Uteblir den ifrågavarande åtgärden, kan ett avtal visserligen sägas ha uppkommit, men det medför inte fulla rättsverkningar; avtalet är inte fullbordat.

Se härom Taxell, Panträtt i skuldebrev 55 ff, Erkki Havansi, Tunteeko Suomen oikeus n.s. reaalisopimuksia? (LM 1969 379—416).

Även stadgandena om inteckning har relevans i detta sammanhang; inteckning kan vara dels en förutsättning för att ett rättsförhållande skall uppkomma (panträtt), dels en åtgärd som stärker rättsskyddet mot tredje man (t.ex. inteckning av nyttjanderätt).

De för avtals ingående gällande bestämmelserna tillämpas även på ändring och komplettering av existerande avtal.

Se t.ex. *HD 1940 II 353.*

II. De synpunkter, som här framhållits med avseende på avtalsmekanismen, ger vägledning när man har att bestämma *påföljderna* av att en för avtals ingående gällande norm har åsidosatts.

Rättssäkerhetssynpunkten är den primära. I överensstämmelse härmed är det naturligt att avtalsbundenheten uteblir om lagens mönster inte följts. Detta gäller bägge parter. Hänsyn tas inte till vem som åsidosatt en av avtalsmekanismens normer. Lösningen är schematisk. Det finns inte plats för en konkret rättsskyddbedömning. Man kan säga att av rättssäkerhetshänsyn betingade schematiska regler för ingående av avtal har som konsekvens en likaså schematisk bedömning av de situationer i vilka reglerna åsidosatts.

Detsamma gäller när den åsidosatta normen har sin grund i överenskommelse, kutym eller praxis. En annan sak är att dessa normer kan vara mera obestämda än motsvarande lagregler och därför tillåter en viss prövning av huruvida en överträdelse är för handen eller ej.

När avtalsmekanismen inte fungerat, uteblir bundenheten helt och hållet. Avtal har inte kommit till stånd. Undantagsvis kan viss bestämmelse i avtalet betraktas såsom inte bindande medan avtalet i övrigt gäller — t.ex. när enskilda bestämmelser i allmänna avtalsvillkor inte binder (se s. 43). Det är även möjligt att gällande handlingsnormer följts i fråga om en del av avtalet men åsidosatts beträffande en annan del. Bundenheten uteblir partiellt medan avtalet i övrigt kan bestå. Problemet kan illustreras med de vid fastighetsköp ibland förekommande muntliga biavtalen, vilka i princip är ogiltiga.

Se betr. problematiken om »svart köpeskilling», Zitting — Rautiala 259 ff och där anförda rättsfall.

Avtalsbundenheten är i princip beroende av att avtalsmekanismens regler iakttagits till alla delar. Även mindre avvikelser föranleder att avtal inte kommit till stånd. Rättspraxis rörande överlåtelse av fast egendom ger en god illustration härav. Undantagsvis kan man likväl se bort från mindre avvikelser. Sålunda kan avtal anses ha blivit ingånget oaktat anbudstagarens accept inte kan betraktas som helt »ren» (AvtL § 6).

Se betr. ren accept Kivimäki — Ylöstalo 213, Arnholm II 74 f, Ussing, Aftaler 67 f, samt betr. tillämpningen av formstadgandena gällande fastighetsköp, Zitting — Rautiala 233 ff.

Specialregler om ingående av avtal kan stipulera andra påföljder än bristande bundenhet. Som exempel kan nämnas HyresL § 3, som begränsar hyrestiden när avtalet ingåtts muntligt.

I några fall bör lagens regler om ingående av avtal uppfattas som rekommendationer (anvisningar) givna främst för att säkra bevis över avtalets innehåll. Reglernas åsidosättande påverkar inte avtalsbundenheten. Hit hör bl.a. HB 10: 1 och 15: 1.

I princip kan en brist i avtalsbundenheten göras gällande av vardera parten. Avtalsmekanismen gäller båda parter lika. Det är inte fråga om regler som skyddar blott den ena parten.

Fastighetsöverlåtelse kan på grund av formfel klandras även av förvärvaren trots att ordalydelsen i LagfL § 20 ger vid handen att klandertalan kan väckas endast av överlåtaren; bägge parter bör behandlas lika och vardera kan ha intresse av att kunna åberopa formfelet; se Wrede — Caselius 157.

Denna principiella ståndpunkt kan likväl inte alltid upprätthållas. Sålunda är det knappast tänkbart att den, vars antagande svar till följd av dröjsmål vid frambefordrandet kommit anbudsgivaren till handa efter acceptfristens utgång, skall kunna åberopa detta för att undvika avtalsbundenhet. Frågorna måste lösas in casu.

Fel, som förekommit vid ingående av avtal, kan i stor utsträckning elimineras genom efterföljande åtgärder eller genom passivitet. Normalt bör bristande avtalsbundenhet göras gällande genom särskilda åtgärder — genom invändning, klander etc. Bundenheten upplöses inte automatiskt, inte ens i de fall då ett absolut lagstadgande åsidosatts — se LagfL § 20.

Se s. 143 f.

I speciella undantagsfall bör det vara möjligt att anse åsidosättandet av en formföreskrift irrelevant om det med hänsyn till de faktiska förhållandena vore uppenbart oskäligt att anse avtalet vara icke-bindande. Man bör sålunda in casu kunna se bort från mindre formfel.

Se betr. detta problem Matti Ylöstalo, Formkrav och billighet (JFT 1961 297—304) 304, P. J. Muukkonen, Kiinteistönkaupan muotovirheeseen vetoamisen kohtuuttomuudesta erään oikeustapauksen valossa (DL 1962 1—14) 12 f, Muotosäännökset 209 ff.

2.3. Brister i mellanmans uppträdande

I. Med mellanman avses den som ingår avtal för en annan persons — huvudmannens — räkning. Om gällande regler följes med avseende på mellanmannen och hans verksamhet, uppstår avtalsbundenhet för huvudmannen. Själv står mellanmannen på sidan om avtalsförhållandet.

Det primära syftet med ett mellanmansförhållande är att för huvudmannen möjliggöra eller underlätta ingående av avtal. De normer, vilka reglerar frågor rörande mellanmansförhållanden, har sålunda sin grund i parten-huvudmannens intresse. I fråga om mellanmän, vilkas ställning inte beror på parts egna dispositioner — förmyndare, konkursförvaltare etc. — kan andra intressen tillkomma, ofta allmänna intressen.

Även *risksynpunkterna* har en viss relevans för bedömningen av mellanmansförhållandena. Huvudmannen tar på sig risken för att mellanmannen tillgodoser hans rätt och intresse. Följderna av att mellanmannen handlar i strid härmed drabbar i regel huvudmannen. Medkontrahenten har å sin sida en viss risk: han har att med avseende på mellanmannens ställning ta hänsyn till omständigheter som han har möjlighet att få vetskap om — att en viss person verkligen är mellanman samt gränserna för dennes behörighet.

Det är väsentligt att mellanmansreglerna utformas så att de gagnar *rättssäkerheten.* Man bör därför eftersträva en ordning som klart anger under vilka betingelser huvudmannen blir bunden. Härför behövs regler dels om vem som är eller kan vara mellanman, dels om de gränser inom vilka mellanmannen kan binda sin huvudman.

Vid sidan härav framträder *rättsskyddssynpunkterna.* Huvudmannen har behov av skydd mot sådana dispositioner av mellanmannen vilka åsidosätter hans rätt eller intresse. Häremot står tredje mans — medkontrahentens — rättsskyddsbehov. Hans intresse kräver att avtalsbundenhet inträder när mellanmannen handlat för sin huvudmans räkning. Medkontrahentens ställning får inte bli sämre eller svagare på den grund att en mellanman fungerar i avtalsmekanismen. Här kan det uppstå konflikter mellan huvudmannens och hans medkontrahents anspråk på skydd.

Den *rättsliga grunden* för mellanmäns ställning och uppgifter varierar beroende på vilken typ av företrädarskap det är fråga om. En mellanman kan grunda sin ställning direkt på ett lagstadgande (lagbestämd förmyndare), på ett enligt lag givet förordnande av offentlig myndighet (förordnad förmyndare, god man, konkursförvaltare etc.) eller på parts egna dispositioner (fullmäktig, kommissionär, bulvan etc.).

För de flesta mellanmansförhållanden finns det stadganden i lag. Dessa är likväl

inte i alla stycken uttömmande. Det kan förekomma giltiga mellanmansförhållanden av annat slag eller annan typ än lagen anger.

T.ex. en s.k. toleransfullmakt. — Se även *HD 1943 II 168:* A hade ingått ett avtal för B, detta måste anses ha skett med Bs samtycke.

Trots olikheter i fråga om grunden för mellanmännens ställning är den allmänna problematiken i princip densamma. I fråga om enskildheter förekommer däremot väsentliga olikheter.

När ställningen som mellanman beror av huvudmannen, kan denne — vanligen inom ramen för ett avtal med mellanmannen — ge närmare instruktioner om huru långt och på vilka villkor mellanmannen har rätt att binda huvudmannen, d.v.s. ange mellanmannens befogenheter.

Till mellanmän i vidsträckt mening kunde man räkna medhjälpare av olika slag — bud, mäklare etc. I det följande beaktas dessa likväl inte. Närmast berörs blott de fall då mellanmannen grundar sin ställning på huvudmannens dispositioner.

Betr. olika typer av mellanmän, se bl.a. T i b e r g, Mellanmansrätt 14 ff.

I detta avsnitt, i vilket det är fråga om ursprungliga rubbningar i avtalsbundenheten, beaktas endast de mellanmän, som *ingår avtal* för sina huvudmän. Uppmärksamhet ägnas således inte sådana mellanmän som har till uppgift att fullgöra eller medverka vid fullgörandet av avtal (se s. 341 f). De allmänna principerna för mellanmän och deras verksamhet är likväl i stort sett desamma oberoende av inriktningen eller omfattningen av deras uppgifter.

Liknande problem som med avseende på mellanmän uppkommer när avtal ingås av företrädare för rättsliga organisationer — *juridiska personer* — t.ex. av firmatecknare i aktiebolag eller andelslag. Visserligen är det inte fråga om mellanmän i egentlig mening — företrädaren handhar uppgifter inom organisationens förvaltande verksamhet till vilken bl.a. hör ingående av avtal. I fråga om den juridiska personens avtalsbundenhet tillämpas regler som i många stycken motsvarar dem som gäller fullmäktige. Företrädare för juridiska personer uppmärksammas inte i det följande.

Se bl.a. T a x e l l, Aktiebolagsstyrelsens kompetens att rättshandla 61 ff.

II. Gränserna för mellanmannens *behörighet* — förmågan att företräda huvudmannen vid ingående av avtal — bestämmes av grunden för ställningen som mellanman — lag, fullmakt etc. Dessa gränser är normalt skönjbara för medkontrahenten. Därför har han intet anspråk på skydd mot mellanmannens dispositioner som faller utanför behörighetsgränsen. Medkontrahenten handlar på egen risk om han förlitar sig på sådana mellanmannens åtgärder som överskrider behörigheten. Han kan inte åberopa bristande kännedom om behörighetens omfång.

När mellanmannens ställning grundar sig på parts dispositioner — främst fullmaktsförhållandet — kan huvudmannen bestämma de förutsättningar under vilka avtal får slutas. Härvid föreligger möjligheten att mellanmannen åsidosätter huvudmannens direktiv — överträder sin *befogenhet*. I det läget uppkommer en intressekonflikt: huvudmannen är intresserad av att inte bli bunden i strid med sina direktiv, medkontrahenten litar på att mellanmannens åtgärder är bindande. Konflikten löses i princip så att huvudmannen bär risken för det som mellanmannen gör eller underlåter. Avtalsbundenhet uppkommer oaktat huvudmannens direktiv har åsidosatts. Detta gäller likväl inte om medkontrahenten är i ond tro — han visste eller borde ha vetat att direktiven åsidosattes. Ondtroende medkontrahent kan i princip inte göra anspråk på rättsskydd.

Huvudmannens krav på skydd mot mellanmannens felaktiga handlande — i den utsträckning detta skyddsbehov respekteras — förverkligas så, att huvudmannen inte blir bunden av det ingångna avtalet. Denna påföljd — bristande bundenhet — inträder vanligen inte automatiskt. I princip kan huvudmannen själv avgöra om påföljden skall inträda eller inte. Detta har konsekvenser i tre olika avseenden.

1) Det ges särskilda regler om den aktivitet som huvudmannen bör ådagalägga för att hindra att avtalsbundenhet inträder — invändning, klander etc.

Härom närmare s. 143 f.

2) Om huvudmannen förhåller sig passiv eller i efterhand godkänner mellanmannens åtgärder, elimineras verkningarna av de felaktigheter som förekommit. Detta betyder att avtalsbundenhet inträder i vanlig ordning. Avtalsförhållandet betraktas såsom från början bindande.

Detta gäller likväl endast om huvudmannen kan disponera över avtalsbundenheten. En fullmaktsgivare kan i allmänhet göra detta. Vid legalt ställföreträdarskap är denna möjlighet ofta utesluten, ett fel kan inte i efterhand rättas (t.ex. om god man gått utanför sitt förordnande, d.v.s. överskridit sin behörighet).

3) Medkontrahenten kan i regel inte åberopa de fel, som förekommit, och sålunda inte göra gällande att avtalsbundenheten uteblivit. Skyddsreglerna gäller i princip endast för huvudmannen inte för medkontrahenten. Denne har normalt intet behov av rättskydd. Medkontrahentens rättsskyddsbehov är inriktat mot att avtal som ingås av mellanman binder huvudmannen (I).

Se s. 144.

När mellanmansregler åsidosatts med påföljd att ett bindande avtal inte uppkommit, kan det likväl för huvudmannen inträda en bundenhet i den meningen att han i förhållande till medkontrahenten är skyldig att utge den nytta som kan ha tillförts honom, se HB 18: 3.

När huvudmannen blir bunden, oaktat fel förekommit i mellanmannens handlande, kan detta föranleda påföljder i den interna relationen huvudman—mellanman, t.ex. ersättningsskyldighet för mellanmannen.

Mellanmannen står utanför det uppkomna avtalsförhållandet. Detta är bindande i förhållandet mellan parterna. Mellanmannens åtgärder med avseende på avtalets ingående medför inte någon bundenhet för honom.

Detsamma gäller om avtalsbundenhet inte inträder för huvudmannens del till följd av mellanmannens felaktiga förfarande. Mellanmannen blir inte bunden i huvudmannens ställe. Han står under alla förutsättningar utanför avtalsförhållandet. De speciella förhållanden, som gäller med avseende på växlar och checkar, har ansetts motivera ett undantag från denna princip (VäxelL § 8, CheckL § 11).

Jfr även de specialfall som regleras i ABL § 14 och AndelsL § 14.

2.4. Ogiltighet

I. Ogiltighet är för handen när ett avtal inte medför rättsverkningar enligt sitt innehåll. I AvtL kap. 3 uttryckes detta med att avtalet (rättshandlingen) inte är gällande. Sagt på ett annat sätt: parterna är inte bundna vid avtalet, avtalsförhållandet är overksamt. Detta betyder att part inte kan framställa några anspråk grundade på avtalet.

Det förekommer att ogiltigheten är partiell — hänför sig till endast en del av avtalet. I övrigt är avtalsförhållandet verksamt. En särskild fråga i det sammanhanget är om avtalsförhållandet i dess helhet kan bli overksamt trots att ogiltigheten berör endast delar av avtalet.

Se t.ex. frågan om »hävning» av fastighetsköp på den grund att utfästelse om »svart köpeskilling» inte är bindande; i allmänhet har avtalet i övrigt ansetts gälla, medan biavtalet underkänts, se dock *HD 1964 II 23*; Zitting — Rautiala 263.

II. Ogiltighet förutsätter alltid en särskild omständighet som utesluter avtalsbundenhet — en *ogiltighetsgrund*.

Kartan över ogiltighetsgrunderna är brokig. Systematiseringen kan ske på olika sätt. Schematiskt kan man indela ogiltighetsgrunderna i tre grupper beroende på om de har avseende på

— parts person (omyndighet, otillräknelighet etc.),
— sättet för avtalets tillkomst (tvång, svek etc.), eller
— avtalets innehåll (stridande mot lag eller god sed etc.).

Det är inte möjligt att exakt och uttömmande ange de olika fakta som kan orsaka ogiltighet. De flesta men ingalunda alla nämnes eller förutsättes i lagen. Stadgandena i AvtL kap. 3 har central betydelse. De är inte avsedda att vara uttömmande. Deras egentliga syfte kan sägas vara dubbelt. För det första reglerar de ogiltighetssituationer beträffande vilka oklarhet rått och vilka kräver en legal reglering för att erfor-

derlig säkerhet skall råda. För det andra ger de uttryck åt allmänna principer och riktlinjer av relevans för bedömningen av olika ogiltighetssituationer — även utanför avtalslagen. I det avseendet kan man främst nämna skyddet av godtroende part samt beaktandet av vad som är skäligt (billigt).

Det är vanskligt att avgöra i vilken omfattning man kan fixera ogiltighetsgrunder utöver de i lagen nämnda. I en del fall är situationen klar: för att en skyddsregel skall fullgöra sin funktion måste en ogiltighetssanktion finnas, t.ex. skyddet av otillräkneliga personer. I andra fall kan det vara tvivelaktigt huruvida man kan uppställa några ogiltighetsregler. Det sägs t.ex. att avtal, som strider mot lag, är ogiltiga. Så formulerad är regeln uppenbarligen för vid. Avgörandet in casu beror på huru långt man bör utsträcka verkningarna av att lagen överträtts. Skall man anse ett avtal i strid med lag ogiltigt eller skall man nöja sig med de påföljder som lagen uttryckligen anger? Svaret är beroende av ett flertal olika omständigheter som inte redovisas i detta sammanhang.

Ett avtal, som förpliktar part att utföra en i lag förbjuden handling, t.ex. tillverkning av alkohol, är ogiltigt. Däremot kan ett avtal inte anses vara ogiltigt enbart av den orsaken att det utgör ett led i kringgående av skattelag.

Ibland är en ogiltighetsregel exakt i den meningen att den inte tillåter en prövning in casu. Ett avtal, som ingåtts av en omyndig person, är sålunda ogiltigt utan hänsyn till om den omyndige insett avtalets betydelse och rättsföljder eller ej och oberoende av om han skulle ha möjlighet att svara för avtalets fullgörande eller inte. Här gäller en schematisk regel.

I andra fall, och de utgör flertalet, är ogiltighetsreglerna så obestämda och elastiska att det blir beroende av en bedömning in casu huruvida ogiltighet är för handen eller ej. De flesta ogiltighetsregler i AvtL kap. 3 är av denna typ. Lagen anger de kriterier, enligt vilka man in casu har att bedöma om ogiltighet är för handen eller inte. Detta gäller t.ex. stadgandena om tvång (§§ 28, 29), ocker (§ 31) och avtal i strid med tro och heder (§ 33).

III. Ogiltighetsreglerna och deras tillämpning bör alltid ses mot bakgrunden av *rättspolitiska* synpunkter.

Det förekommer ogiltighetsgrunder som betingas av ett allmänt intresse. Ogiltighet kan sålunda inträda när avtalet strider mot god sed eller när ett absolut formkrav inte iakttagits. I sådana fall kan ogiltigheten i princip åberopas av vardera parten.

I de flesta fall har ogiltighetsreglerna uppställts i syfte att skydda enskild part. Ofta uttrycks tanken så, att avtalet inte är gällande i förhållande till den part, mot vilken den åtgärd, som konstituerar ogiltighet, riktar sig, t.ex. svek (AvtL § 30) eller ocker (§ 31). I andra fall saknas sådana formuleringar. Ofta kan man likväl sluta sig till att ogiltighetsreglernas syfte är att skydda enskild part, t.ex. omyndig medkontrahent

eller annan part med handlingsdefekt. Ogiltigheten kan i princip göras gällande blott av den part för vilken skyddsregeln gäller. Man utgår från att den andra parten inte har ett behov av skydd och att han därför inte bör kunna åberopa ogiltigheten.

Se närmare s. 144.

IV. De ogiltighetsregler som har avseende på sättet för avtals tillkomst — eller åtminstone en del av dem — kan uppfattas såsom specialfall av *culpa in contrahendo* — vållande vid slutande av avtal (s. 94). Part har överträtt någon av de handlingsnormer som reglerar avtals ingående. Exempel härpå utgör svikligt förledande (AvtL § 30) som kan innebära ett grovt åsidosättande av parts upplysningsplikt. Också parts handlande i strid med tro och heder (§ 33) kan i många fall ses som culpa in contrahendo.

Det saknas dock anledning att bygga upp ogiltighetsreglerna på en allmän princip om ogiltighet som en följd av culpa in contrahendo. Man bör eftersträva att så långt det är möjligt precisera innehållet i och räckvidden av de olika ogiltighetsgrunderna och inte låta avgörandena bli beroende av en obestämd culpabedömning. Detta utesluter likväl inte att man vid tillämpningen av särskilda ogiltighetsregler beaktar parts culpa, t.ex. vid avgörande av om parts handlande strider mot tro och heder.

För försäkringsavtal finns en särskild reglering av culpa in contrahendo i stadgandena om försäkringstagarens upplysningsplikt. Åsidosättandet av upplysningsplikten, på det sätt och i den omfattning som lagen anger, leder till att försäkringsgivarens ansvarighet uteblir eller begränsas (FörsAvtL §§ 4, 6, 7). Det är fråga om total eller partiell ogiltighet.

V. Ett avtals normala verkningar kan utebli eller begränsas på den grund att avtalsobjektet tillhör en *tredje man* eller denne har viss rätt till densamma (t.ex. nyttjanderätt eller panträtt). I sådana fall talar man vanligen om rättsliga fel i avtalsobjektet.

Betr. rättsliga fel och rådighetsfel, s. 307.
Se härom bl.a. U s s i n g, Aftaler 263 ff.

I här avsedda situationer kan man i viss utsträckning tillämpa ogiltighetsregler. Den som sålt gods som han vet tillhöra annan, kan ha gjort sig skyldig till svikligt förledande (AvtL § 30) med påföljd att avtalet är ogiltigt. Även AvtL § 33 kan tänkas bli tillämpad.

Det är likväl inte nödvändigt att åberopa någon i lag reglerad ogiltighetsgrund.

Se t.ex. *HD 1932 I 116:* säljare av jordområde var inte ensam ägare till området, köparens krav på ogiltigförklarande av köpet godkändes.

I andra fall uppfattar man situationen som avtalsbrott — gäldenären har till följd av det hinder, som tredje mans rätt utgör, inte förmått fullgöra sin prestation enligt avtalet. Borgenären kan göra en påföljd gällande: hävning och eventuellt krav på ersättning.

Se s. 219, 309 ff.

Det är knappast ändamålsenligt att bedöma alla nu ifrågavarande fall enligt ogiltighetsregler. I vissa situationer är det naturligt att anse att avtalsbundenheten uteblivit. I andra fall är ogiltighetskonstruktionen däremot inte särskilt bra. Det lämpligaste är att inte generellt godta en enda lösning för de situationer i vilka avtalsstörningar beror på tredje mans rätt till avtalsobjektet. Systematiskt behöver de inte inordnas under den ena eller den andra huvudtypen av avtalsstörningar. Olika principiella lösningar är möjliga.

Ibland fordrar ett avtal samtycke av tredje man. Sålunda kräver lagen i vissa fall samtycke av make (ÄL §§ 38, 39) eller av samägare (L om vissa samäganderättsförhållanden 25.4. 1958 §§ 4, 5). Samtycket utgör en förutsättning för att avtalets rättsverkningar skall inträda. Uteblir samtycket, är avtalet inte bindande. Detta kan uppfattas som en form av ogiltighet.

Om make eller samägare inte har skäl att vägra samtycke kan domstols tillstånd ersätta samtycke; ÄL § 40, SamägL § 5. — Enligt ÄL §§ 38, 39 elimineras verkningarna av uteblivet samtycke om den make, vars samtycke erfordras, underlåter att väcka talan inom viss tid.

I några fall kräver lagen samtycke (tillstånd) av offentlig myndighet (FörmL §§ 39, 40 — förmyndarnämnd eller domstol — UtlInskrL § 1 etc.). Utan samtycke uteblir avtalsbundenheten.

Vardera parten kan sägas ha intresse av att samtycke ges. Anhållan till offentlig myndighet bör därför kunna göras av vilkendera parten som helst. Endast så kan behovet av rättsskydd tillgodoses. Detsamma bör i princip gälla även de fall då offentlig myndighets tillstånd kan ersätta tredje mans samtycke.

Se Juridiska föreningens i Finland diskussionsfråga 10/1966: »Är den som köpt minderårig tillhörig fast egendom behörig att söka rättens godkännande av köpet?»; diskussionsreferat i JFT 1968 119 f (de flesta gav ett jakande svar) samt i anslutning därtill med motiveringar för ett nekande svar, Gunnar Nyberg h, Om rättens tillstånd till föryttring av omyndigs fastighet (JFT 1969 10—28); Martti Rautiala, Holhousoikeus (Helsinki 1952) 128 f.

Jfr *HD 1965 II 13:* fastighet tillhörande omyndig person hade sålts, köparen ansågs ej berättigad att förelägga frågan om köpets godkännande förmyndardomstolen för avgörande. — Min (1) ansåg att köparen hade sådan rätt. — Se kommentar till detta avgörande i LM 1965 940 f och där åberopade oenhetliga ståndpunkter i litteratur och rättspraxis.

Se *HD 1961 II 4*, betr. tillämpningen av ÄL § 38; avgörandet ger likväl inte besked om köparens rätt att utverka domstols samtycke till överlåtelse av fastighet när säljarens make har giftorätt.

2.5. Gemensamma synpunkter

I. De fall, som nämnes i föregående punkter, företer stora likheter. Gemensamt för dem alla är att avtalet inte är gällande. Parterna har inte blivit bundna av avtalet vars rättsverkningar sålunda uteblivit. Part kan inte grunda något krav på avtalet.

Det är inte möjligt att dra skarpa gränser mellan de olika grupperna. Om man vill, kan man inordna de olika fallen i samma kategori: avtals ogiltighet.

T.ex. stadgandet om förklaringsmisstag i AvtL § 32 kan anses ha ett lika nära samband med avtalsmekanismen som med de egentliga ogiltighetsreglerna.

Den uppdelning, som gjorts i det föregående, är närmast föranledd av AvtLs indelning av hithörande stadganden i tre kapitel. Denna indelning är motiverad mera av praktiska än av principiella omständigheter. Man bör dock inte helt förbise, att de olika grupperna principiellt kan förete avsevärda skiljaktigheter.

I det följande behandlas några omständigheter som helt eller delvis är gemensamma för de tre grupperna ursprungliga avtalsrubbningar.

Likheten mellan de olika grupperna framträder i första hand i den rättspolitiska bakgrunden. I de olika situationerna gäller det att på ett lämpligt sätt avväga rättssäkerhets- och rättsskyddssynpunkter. Dessa kan, beroende på de konkreta situationerna, ha olika inriktning och styrka. Sålunda blir kravet på rättssäkerhet dominerande i fråga om avtalsmekanismen, medan rättsskyddssynpunkterna vanligen träder i förgrunden i ogiltighetsreglerna. Någon schematisk gradering kan man likväl inte göra. Avvägningen blir olika beroende på de olika reglerna och deras tillämpning. I det avseendet hänvisas till den föregående framställningen.

II. För att part inte skall anses bunden vid ett ingånget avtal kräves normalt viss aktivitet från hans sida i förhållande till medkontrahenten. Vilka *rättsskyddsmedel* står härvid till hans förfogande?

1) Den enklaste lösningen är att part när motparten åberopar avtalet — t.ex. kräver prestation — *invänder* att han inte är bunden. Parten hänvisar till en omständighet som enligt hans mening utesluter bundenhet — brist i avtalsmekanismen, mellanmannens felaktiga förfarande eller en konkret ogiltighetsgrund. Om motparten godtar invändningen — uttryckligen eller konkludent — avstår han för sin del från att hålla fast vid avtalet. Därmed förfaller dess rättsliga verkningar. Ytterligare åtgärder behövs inte. Genom invändningen har parten uppnått rättsskydd.

Om motparten inte godtar borgenärens invändning om utebliven bundenhet, blir den yttersta konsekvensen att han vid domstol fullföljer sitt krav på prestation. Det ankommer då på domstol att pröva om invändningen att part inte är bunden är riktig eller inte.

2) Part är ingalunda tvungen att invänta medkontrahentens krav på prestation för att kunna göra gällande att avtalet inte binder honom. Han kan *meddela* sin motpart att han inte anser sig bunden. Om denne inte opponerar sig mot ett sådant meddelande, kan detta uppfattas som om han genom sin passivitet godtagit uppfattningen om utebliven bundenhet.

Part har också möjlighet att väcka negativ fastställelsetalan med yrkande att domstol konstaterar, att ett bindande avtalsförhållande inte är för handen.

3) I några ogiltighetsfall föreskriver lagen att den part, som vill åberopa bristande bundenhet, bör göra detta i form av *klander* — talan vid domstol att avtalet skall förklaras vara ogiltigt. För klandertalan anger lagen tidsfrister — se LagfL §§ 20, 21, ÄL §§ 38 m. 2, 39 m. 2. Om klandertalan inte väckes inom den bestämda tiden, betraktas avtalet såsom från början bindande.

III. Det är ofta en öppen fråga huruvida bägge parter var för sig kan åberopa brist på bundenhet eller om endast den ena parten kan göra det. Förhållandena är i det avseendet mycket olika.

En allmän riktlinje kan dras: bristande bundenhet kan åberopas av den part till vars skydd den åsidosatta normen gäller. Detta överensstämmer med tanken att rättsskydd bör ges den som har ett faktiskt behov därav. Fullmaktsgivaren, men inte ondtroende tredje man (medkontrahent), kan åberopa att fullmäktigen överskridit sin befogenhet (AvtL § 11 m. 1), endast den som tvingats att ingå ett avtal kan hävda att han inte är bunden, däremot inte den som utövat tvånget (AvtL §§ 28, 29), etc.

I de fall då en åsidosatt norm motiveras av allmän hänsyn kan vardera parten göra gällande att han inte är bunden — t.ex. när absoluta formföreskrifter inte följts eller när ett avtal strider mot god sed.

Enligt LagfL § 20 kan formfel vid fastighetsöverlåtelse göras gällande av överlåtaren genom klander; detta får dock inte anses hindra förvärvaren att kräva avtalets ogiltigförklarande på grund av formfel; se s. 135.

Allmänt kan sägas att man inte bör vara restriktiv eller formalistisk när det gäller att avgöra om en part får åberopa bristande bundenhet eller ej. Om lagen inte ger klart besked i annan riktning, bör man ge den part, som in casu kan anses ha ett godtagbart behov av att frigöra sig från avtalsbundenhet, möjlighet att åberopa att en avtalsrubbning skett. Detta bör gälla oaktat den åsidosatta normen företrädesvis tar sikte på att skydda den andra parten. Det faktiska rättsskyddsbehovet bör vara den primära faktorn.

Ibland ankommer det på legala ställföreträdare att få avtal förklarade overksamma, t.ex. avtal som ingåtts av omyndig eller av konkursgäldenär (KonkS § 47).

Undantagsvis kan domstol eller annan myndighet ex officio fästa avseende vid fel

eller brist i avtal. Främst är det fråga om de fall då absoluta lagregler åsidosatts eller tredje mans rätt kränkts.

Lagfart beviljas inte om överlåtelsehandlingen är behäftad med synligt fel; ett aktiebolag etc. registreras inte om bolagsavtalet är felaktigt.

IV. Omständigheter, som föranlett bristande bundenhet, kan ofta *elimineras i efterhand*. Om detta sker, anses avtalet vara gällande från början — som om ett fel ej alls hade förekommit.

Olika omständigheter kan verka helande på avtalet.

1) Part *godkänner* avtalet: fullmaktsgivaren godkänner fullmäktigens åtgärder, genom vilka denne överskridit sin behörighet eller befogenhet, den som tvingats ingå ett avtal godkänner detta sedan tvånget upphört etc.

Godkännandet kan vara uttryckligt eller konkludent. Passivitet kan, beroende på de faktiska omständigheterna, ibland uppfattas som godkännande.

Brister i avtalsbundenheten kan inte elimineras genom godkännande i de fall då de betingas av intressen över vilka part inte kan förfoga. Detta är fallet när tvingande formföreskrifter (JB 1: 2) åsidosatts — endast ett nytt till formen riktigt avtal kan åstadkomma rättsverkan — eller när avtalet till innehållet strider mot absoluta lagstadganden eller mot god sed. Denna ordning motiveras dels av allmänna intressen (t.ex. UtlInskrL § 13), dels av ett behov av förstärkt skydd för vissa personer — omyndig eller svagare part i avtalsförhållandet.

Se bl.a. Arnholm II 345 ff.

2) *Underlåten reklamation.* I några fall har lagen ålagt part reklamationsskyldighet — AvtL §§ 4 m. 2, 6 m. 2, 28 m. 2 etc. Sker reklamation inom angiven frist — utan oskäligt uppehåll — har bundenhet inte inträtt. Försummas reklamation eller ges meddelandet för sent, har bundenhet uppkommit trots den förefintliga bristen.

Se även FörsAvtL § 8.

3) När reklamationsregler inte givits, kan man anta att part, som inte vill vara bunden, i princip inte behöver vidta några åtgärder innan medkontrahenten gör avtalet gällande. Han kan invänta en situation som kräver ett ställningstagande från hans sida, t.ex. medkontrahentens anspråk på prestation.

Det är likväl uppenbart att parts *passivitet* har stor betydelse i detta sammanhang. Huvudregeln är visserligen att »den som tiger samtycker icke» (Karlgren). Men den är behäftad med långt gående undantag. Det har med skäl sagts att det föreligger en tendens att tillerkänna passiviteten ökat inflytande i avtalsförhållanden. Ofta är situa-

tionen sådan att parts passivitet inte ensam kan avgöra om avtalsbundenhet är för handen. Den är likväl en »förstärkande» faktor.

Se bl.a. Karlgren, Passivitet 8 ff, Arnholm I 281 ff.

När avtal ingås av obehörig mellanman, kan huvudmannens passivitet lätt leda till bundenhet. Detta är särskilt fallet när huvudmannen tidigare utan invändningar tolererat ett likadant förfarande av en representant.

Genom passiviteten kan ett bindande fullmaktsförhållande uppkomma — toleransfullmakt; se betr. detta problem Grönfors, Ställningsfullmakt 338 ff.

Beroende på de faktiska omständigheterna kan parts passivitet uppfattas som ett konkludent godkännande.

Passiviteten kan ha relevans även när man inte däri inlägger ett godkännande. Det allmänna lojalitetskravet förutsätter ibland att part gör klart för sin medkontrahent att han inte är bunden. Detta är motiverat särskilt i de fall då medkontrahenten kan tänkas sakna vetskap om den omständighet som utesluter bundenhet. Också spekulationssynpunkten bör beaktas: det är knappast riktigt att låta part vänta och se om det framdeles är förmånligt för honom att åberopa bristande bundenhet. Särskilt i handelsförhållanden har man skäl att vara sträng när det gäller sådana situationer.

I många fall har lagen uttryckligen reglerat passivitetsverkningarna — bl.a. i AvtL §§ 4 m. 2, 6 m. 2.

Se härom Karlgren, Passivitet 39 ff, Arnholm I 287 f.

Den oklarhet, som uppkommer genom parts passivitet, kan avlägsnas genom att medkontrahenten frågar honom om han anser avtalet binda eller inte. Underlåtenhet att ge svar på en sådan förfrågan kan leda till att avtalet anses gälla. Generellt kan detta likväl inte antas. Avgörandet måste ske på basen av omständigheterna in casu.

4) Part kan ha haft *nytta* av ett icke bindande avtal genom att dess förmåner kommit honom till godo. Även om avtalet inte blir bindande enligt sitt innehåll, kan det för part uppstå en bundenhet i den meningen att han är skyldig att utge vederlag i den utsträckning som han haft fördel av avtalet (HB 18: 3).

5) *Faktiska omständigheter*, som inträffat efter avtalets ingående, kan i speciella fall eliminera en brist i bundenheten.

Se FörsAvtL § 9: försäkringsgivarens ansvar begränsas inte när av försäkringstagaren känd oriktig uppgift efter försäkringsavtalets ingående upphört att äga betydelse för försäkringsgivaren; *HD 1943 II 44.* — Genom överlåtelse till tredje man av en rättighet, som härflyter

ur ett inte bindande avtal, kan bristen i vissa fall hävas i den meningen att tredje mans rätt skyddas — AvtL § 34, SBL § 15 etc.

V. Icke bindande avtal kan ge upphov åt vissa rättsverkningar.

1) De omständigheter, som föranlett bristande bundenhet, kan vara sådana att en *ersättningsskyldighet* är motiverad. Parts eventuella krav på ersättning kan inte grundas på ett avtal — ett bindande avtalsförhållande existerar inte. Ersättningen har sålunda en annan grund än den s.k. avtalsersättningen (s. 254 ff).

Det är knappast möjligt att uppställa allmänna regler som anger i vilka fall och under vilka betingelser ersättning kan komma i fråga som en följd av att avtal inte blivit bindande. Endast en analys av olikartade situationer kan ge klarhet i problematiken. Det kan t.ex. anses omotiverat att åvälva part ersättningsskyldighet när gällande formföreskrifter inte följts medan en sådan skyldighet ter sig motiverad när avtalsbundenhet uteslutits genom svikligt förfarande.

Det är inte heller möjligt att generellt ange huru en ersättning skall beräknas. Ofta är det tillfyllest att part blir ersatt för de kostnader, som han haft med anledning av avtalsförhandlingarna och avtalets ingående (negativt avtalsintresse, se s. 390). Ersättningen bör likväl inte alltid begränsas härtill. Det kan vara motiverat att ge ersättning för medelbara förluster, t.ex. orsakade av att part svikligen förletts att ingå ett avtal. Särskilt angeläget är att genom ersättningsregler skydda godtroende part i de fall då avtalet inte är bindande trots parts goda tro.

Ett exempel på en konkret ersättningssituation ges t.ex. i *HD 1948 II 278.*

Ersättningsfrågorna har i allmänhet inte större relevans i de situationer som framkallas av bristande bundenhet. Det beror främst på att parterna vanligen kan sägas handla på egen *risk.* Vardera parten har att se till att de regler, som gäller för ingående av avtal, verkligen följes. Om så inte sker, med påföljd att ett bindande avtal inte uppkommer, bär båda parterna ansvaret härför.

Också en godtroende part kan sägas bära sin del av risken, t.ex. den som ingår avtal med en omyndig i tron att denne uppnått myndig ålder, står själv risken. Situationen blir en annan när part åsidosatt regler till skydd för den andra parten, t.ex. när han gjort sig skyldig till ocker, svikligt förledande eller handlande i strid med tro och heder.

2) Om ett avtal, som inte är bindande, helt eller delvis har fullgjorts, skall en återgång ske: parterna skall *återställa* det läge som var för handen innan fullgörelse skedde. Härvid blir det främst fråga om återbäring av mottagen prestation. Härtill ansluter sig speciella frågor: rätten till avkastning, erläggande av ränta eller annan gottgörelse för åtnjutna förmåner, ersättning för värdeminskning, ansvaret för skada på eller förstörelse av avtalsobjektet etc.

3. EFTERFÖLJANDE RUBBNINGAR

3.1. Allmänna synpunkter

I. Särskilda omständigheter kan tänkas påverka gällande avtalsförhållanden i den riktningen att parts bundenhet av avtalet helt upplöses eller i något avseende reduceras. Dessa situationer har ovan betecknats som efterföljande rubbningar av avtalsbundenheten. Man kan även, när man tänker på rubbningens följder, använda uttrycket upplösning av avtalsbundenheten.

Upplösningen kan vara *total* — bägge parter befrias helt från såväl förpliktelser som rättigheter enligt avtalet. Ofta upplöses avtalsbundenheten blott *partiellt* — viss avtalsförpliktelse upphör eller modifieras.

Utmärkande för de situationer, som nu avses, är att part har ett anspråk på att avtalet inte för hans del skall fullgöras enligt dess innehåll. Anspråket är uttryck för ett behov av *rättsskydd*. Avtalets tillämpning skulle orsaka part ekonomiska förluster eller andra olägenheter av det slag eller den omfattning att han har ett väsentligt intresse av att bli fri från sina avtalsförpliktelser eller att få dem modfierade.

Gentemot parts anspråk på upplösning av avtalsbundenheten står motpartens krav på att avtalet skall fullgöras enligt sitt innehåll. Så gott som varje upplösning av avtalsbundenheten inbegriper en intressekonflikt i förhållandet mellan parterna. Ett tillmötesgående av den ena partens anspråk på befrielse från bundenhet betyder att den andra parten tvingas till reträtt.

Upplösning av avtalsbundenheten är svår att förena med kravet på *rättssäkerhet*. Det är väsentligt att part skall kunna lita på att han kan tillgodogöra sig avtalet enligt dess innehåll utan att det sker någon modifiering av den andra partens prestationsskyldighet. Också ur allmän synpunkt är det viktigt att etablerade avtalsförhållanden består oförändrade och avvecklas i normal ordning när tiden härför är inne.

Även *risksynpunkterna* måste beaktas. Den som ingått ett avtal, har tagit på sig de risker som följer därav, främst i ekonomiskt avseende. Fullgörandet av ett avtal kan av olika orsaker bli mera betungande än part räknat med eller i något annat avseende inte motsvara hans intentioner. Normalt bär vardera parten för egen del risken för avvikelser från det vid avtalets ingående tänkta händelseförloppet. Upplösning av avtalsbundenheten betyder att den ena partens risker elimineras eller modifieras.

De omständigheter, som här antytts, pekar tydligt på en bestämd utgångspunkt för bedömningen av avtalsbundenheten: *ingångna avtal gäller* oberoende av deras konkreta verkningar — pacta sunt servanda. Rättsordningen har inte anledning att inskrida i syfte att ge part möjlighet att ensidigt upplösa sin avtalsbundenhet. Detta representerar den principiella ståndpunkten.

Jfr det som med avseende på avtalsbrott innefattats i principen om fortsatt bundenhet, s. 177.

En sak för sig är att parterna själva kan reglera sin avtalsbundenhet genom bestämmelse i avtalet. Denna kan upplösas eller modifieras på basen av förbehåll i avtalet — resolutiva villkor, klausul om förtida uppsägning etc. Denna möjlighet observeras inte i det följande.

Även när man fasthåller vid principen om avtals bindande kraft, nödgas man erkänna att parts behov av rättsskydd i form av upplösning av avtalsbundenheten i undantagsfall och beroende på särskilda omständigheter kan vara så starkt, att man inte bör lämna det obeaktat. Främst gäller det därvid att avgöra under vilka *betingelser* en upplösning av avtalsbundenheten kan ifrågakomma. Därjämte har man att bestämma på vilket *sätt* och i vilken *omfattning* avtalsbundenheten bör eller kan upplösas.

Allmänt om denna problematik, Arnholm I 238 ff, Taxell, JFT 1959 230 ff.

De problem, som här nämnts, är i finländsk rätt oklara och obearbetade. De är mångskiftande och inrymmer ett flertal detaljspörsmål. I det följande ges endast några allmänna synpunkter, som pekar på en del riktlinjer och som kan ha en viss relevans i konkreta fall.

II. Upplösning av avtalsbundenhet kan endast ske på basen av *särskilda omständigheter*. Vilka omständigheter kan i det avseendet beaktas?

Se härom Arnholm I 263 ff.

Det är knappast möjligt att i detalj kartlägga dem på ett åskådligt sätt. Såsom senare framgår kommer avgörandena beträffande den fortsatta avtalsbundenheten att i stor utsträckning bestämmas av en prövning in casu. En sådan kan svårligen bindas vid bestämda, på förhand uppställda kriterier.

Av vikt — både systematiskt och med tanke på de konkreta avgörandena — är vid vilken tidpunkt eller under vilken tidrymd de omständigheter, som kan påverka avtalsbundenheten, uppkommit eller deras verkningar blivit skönjbara.

Huvudsakligen är det fråga om händelser eller andra faktorer som hänför sig till tiden *efter avtalets ingående*. Fullgörandet av ett avtal kan försvåras eller bli mera betungande till följd av omständigheter som inträffat under tiden mellan avtalsslutet och tidpunkten för prestationen — förändringar i penningvärdet, prisstegringar, lönejusteringar etc. I avtalsförhållanden, som sträcker sig över längre perioder, kan sådana omständigheters faktiska inverkan fortgående ökas, tills man når en gräns vid vilken det för part blir ett starkt intresse att få avtalsbundenheten upplöst. Problemet gäller betydelsen av *ändrade förhållanden*.

Se *HD 1970 II 41:* hyresgäst gavs rätt att uppsäga ett för 10 år ingånget hyresavtal rörande butikslokal (ungefär hälften av hyrestiden återstod), då lokalen på grund av nya bestämmelser i hälsovårdslagstiftningen var olämplig för avsett ändamål; HyresL § 48 åberopades av HD.

Frågan om fortsatt avtalsbundenhet kan även aktualiseras av förhållanden som förelåg redan *vid avtalsslutet*, men vilkas verkningar gör sig gällande först senare. Sålunda kan fullgörandet av ett avtal eller tillämpningen av en avtalsklausul starkt betunga en part på grund av omständigheter, som visserligen förelåg vid avtalets tillkomst, men som part inte hade vetskap om eller som han inte hade anledning att räkna med. Sådana omständigheter kan motivera jämkning av avtalsklausuler. I andra fall kan avtalsbundenheten rubbas som en följd av s.k. felaktiga förutsättningar.

I och för sig kan det sägas ha underordnad betydelse om en omständighet av relevans för avtalsbundenheten hänför sig till tiden före eller efter avtalets ingående. Systematiskt sett synes det likväl motiverat att, om det är praktiskt möjligt, skilja åt de två fallen. En för avtalsbundenheten relevant omständighet, som förelåg vid avtalsslutet, bör i första hand uppfattas som en faktor vilken hindrar att bundenhet av avtalet uppkommer medan en händelse, som inträffar senare, leder till att avtalsbundenheten upplöses. Det ges fall i vilka det inte är ändamålsenligt att strikt upprätthålla denna tudelning, t.ex. med avseende på jämkning av oskäliga avtalsklausuler. Men i princip är den motiverad.

I det följande observeras i huvudsak endast sådana händelser och omständigheter som hänför sig till tiden efter avtalets ingående.

Omständigheter som kan upplösa avtalsbundenheten, utgörs vanligen av *faktiska* händelser eller förhållanden, t.ex. kostnadsstegringar. Även *rättsliga* omständigheter kan uppfattas som ändrade förhållanden vilka påverkar avtalsbundenheten, t.ex. parts konkurs (som likväl återgår på ett faktiskt förhållande — parts insolvens). Det är dock knappast motiverat att uppdela de faktorer, som kan påverka avtalsbundenheten, i faktiska och rättsliga. En sådan gränsdragning saknar antagligen relevans för konkreta avgöranden.

Fakta av relevans för avtalsbundenheten har vanligen inte omedelbar utan endast *medelbar verkan.* Härmed avses att part inte kan befrias från bundenhet från avtalet enbart på den grund att en viss omständighet — t.ex. stark kostnadsstegring — inträtt utan endast genom att denna omständighet har följdverkningar, som motiverar en omprövning av parts bundenhet. Ändrade förhållanden behöver alltså inte vara relevanta i och för sig utan endast genom att framkalla en situation som direkt kan åberopas som skäl för upplösning av avtalsbundenheten. Detta kan konkretiseras med följande exepmel:

— faktiska förhållanden, som gäller avtalsobjektet, kan ändra parts *risker* på ett sådant sätt, att en upplösning av bundenheten är motiverad (se FörsAvtL § 45),

— förändringar i penningvärdet kan rubba *avtalsbalansen* på ett sådant sätt att

part bör kunna befrias från sina avtalsförpliktelser (se *HD 1952 I 16*, min. i HD),
— ändrade förhållanden kan leda till att parternas *avsikt* med avtalet helt eller till väsentlig del förfelas (se *HD 1951 II 43*).

III. Under vilka betingelser och på vilket sätt kan ändrade förhållanden påverka avtalsbundenheten?

För de problem som här möter, kan man tänka sig lösningar enligt tre alternativa linjer:

1) Man utgår från att ändrade förhållanden av viss styrka och omfattning upplöser avtalsbundenheten. I överensstämmelse härmed försöker man uppställa allmänna kriterier som anger när avtalsbundenheten kan anses ha upphört. Denna lösning innebär att avtalsbundenheten bedömes enligt en *generell princip*. En sådan princip är t.ex. den allmänna förutsättningsläran (nedan).

Denna lösning behöver inte betyda att alla efterföljande avtalsrubbningar bedömes enligt enahanda regler. Det är möjligt att för olika typsituationer uppställa specialregler. Men dessa framstår, mera eller mindre tydligt, som uttryck för en generell princip.

Sålunda har frågan om väsentlighet såsom betingelse för hävning ibland bedömts enligt en allmän förutsättningslära, se s. 219 f.

2) Man företar en bedömning *särskilt för sig* av de olika *typsituationer* vilka framträder såsom ändrade förhållanden. Man avstår sålunda från att uppställa en generell princip som skulle ange allmänna förutsättningar för upplösning av avtalsbundenheten.

I överensstämmelse härmed utgår bedömningen från de omständigheter, som innebär ändrade förhållanden, och från deras faktiska verkningar för avtalsförhållandet. Man eftersträvar regler anpassade till olika typsituationer och till de rättsskyddsbehov som framträder i dem. Huruvida dessa regler är uttryck för en allmän princip om inverkan av ändrade förhållanden är en sekundär fråga som blir aktuell först när man, av systematiska skäl eller av andra orsaker, vill åstadkomma en enhetlig behandling av problem som har eller kan ha beröring med varandra.

3) Ändrade förhållanden *påverkar inte avtalsbundenheten*. Man fasthåller vid principen om avtals bindande kraft. Parterna är, trots de ändrade förhållandena, i princip skyldiga att fullgöra avtalet enligt dess innehåll. De omständigheter, som inträtt efter avtalets ingående, beaktas när part med åberopande av ändrade förhållanden underlåter att fullgöra sin avtalsprestation. Detta skulle betyda, att de efterföljande avtalsrubbningarna bedömes enligt reglerna om avtalsbrott.

Ett definitivt ställningstagande till de nämnda tre alternativa lösningarna förutsätter en analys av de olikartade situationer, som innefattas i termen ändrade förhållanden, och av de faktiska rättsskyddsbehov som därvid gör sig gällande. Denna analys görs inte här.

Det förefaller likväl möjligt att på basen av de utredningar och analyser, som förekommer i detta arbete, ange huru man i *princip* borde bedöma ändrade förhållanden och deras inverkan på avtalsbundenheten. De följande synpunkterna utgör ett försök i den riktningen. En allsidig utredning är det likväl inte fråga om.

Alla eller åtminstone de flesta avtalsstörningar, som hänför sig till tiden efter avtalsslutet, kan sägas innebära ändrade förhållanden om man använder denna term i vid bemärkelse. Därmed är ingalunda sagt att de skall bedömas enligt enahanda regler. Det som nedan säges om begreppet avtalsbrott (s. 171) och om de olika typer av avtalsbrott och påföljder, som kan ifrågakomma, visar klart, att en tillämpning av en generell princip (alternativ 1) inte är en realistisk lösning.

När man söker en lösning av problemet om ändrade förhållandens inverkan på avtalsbundenheten, bör man eliminera de fall som kan hänföras till kategorin avtalsbrott. Man kan ha olika uppfattning om huru man skall dra gränsen mellan de två typerna av avtalsstörningar — upplösning av avtalsbundenheten och avtalsbrott. I denna framställning har begreppet avtalsbrott givits en vid innebörd. Däri har inbegripits en del situationer vilka kunde uppfattas såsom upplösning av avtalsbundenheten, t.ex. force majeure och några andra prestationshinder (se s. 173 f).

Alla fall av ändrade förhållanden kan likväl inte uppfattas såsom avtalsbrott (alternativ 3). Det är ingalunda alltid fråga om åsidosättande av handlingsnormer, vilket kännetecknar avtalsbrotten. Ofta åberopar part att avtalsbundenheten upphört redan innan tiden för fullgörelse är inne. Det finns under alla omständigheter en sektor inom vilken följderna av ändrade förhållanden inte kan bedömas enligt reglerna om avtalsbrott.

För den sektor, som återstår när man skiljt ut avtalsbrotten, gäller det att välja mellan alternativen 1 och 2: en generell princip för upplösning av avtalsbundenheten eller en separat bedömning av olika typsituationer. Båda lösningarna är i princip möjliga. Enligt min mening beror avgörandet främst av följande omständigheter:

1) De ändrade förhållanden, som kan tänkas påverka avtalsbundenheten, kan vara så mångskiftande och inbördes så olika, att en enhetlig bedömning är svår. En generell princip blir mera eller mindre schematisk, vilket medför risk för att bedömningen förbiser väsentliga omständigheter.

2) Upplösning av avtalsbundenheten är en undantagsföreteelse. Den bör, främst med avseende på rättssäkerheten, hållas inom snäva gränser. Behovet av en generell regel är därför inte särskilt starkt.

3) Det enda egentliga motivet för upplösning av avtalsbundenheten är parts behov av rättsskydd. Bedömningen härav måste beakta ett flertal olika faktorer, som svårligen

kan passas in under en allmänt formulerad regel. Om en sådan uppställes, måste den vara så elastisk att den tillåter en avvägning mot varandra av parternas rättsskyddsbehov.

4) Upplösning av avtalsbundenheten kan ske på olika sätt och i olika omfattning. Det finns många varianter (p. IV). Det är inte givet att dessa alltid är bundna vid samma betingelser.

5) En enhetlig bedömning av situationer, som företer skiljaktiga drag, har den fördelen att den främjar likformighet i rättstillämpningen. Detta kan även bidra till att underlätta konkreta lösningar.

Utan att närmare utveckla dessa synpunkter finner jag den naturligare lösningen vara att man eftersträvar en separat bedömning av olika typsituationer — alternativ 2. Den följande kortfattade redogörelsen bygger på denna principiella ståndpunkt.

Det sagda innebär ett avståndstagande från den allmänna förutsättningsläran — den doktrin enligt vilken avtal bygger på vissa förutsättningar i den meningen att part kan lösas från sin bundenhet om en förutsättning brister. Förutsättningsläran, som har vunnit fotfäste i skandinavisk doktrin och praxis — särskilt stark är förankringen i dansk rätt — har egentligen inte accepterats i Finland. Det saknas enligt min tanke anledning att låta den vinna inträde i vår rättstillämpning, i all synnerhet som den på senare tid allvarligt ifrågasatts på olika håll i Norden.

Förutsättningsläran har framför allt utvecklats av Ussing, se bl.a. Aftaler 457 ff; betr. förutsättningsläran (med varianter), dess innebörd och ställning samt kritiken mot den se bl.a. de översikter som ges av Vahlén, Formkravet 177 ff, Bör förutsättningsläran avskaffas? (TfR 1953 394—409), Godenhielm, Säljarens bundenhet 78 ff, Kontraktsrätt 82 ff, Saxén, Förlagsavtalet 278 ff, se även Karlgren, Avtalsrättsliga spörsmål 77 ff, Holmbäck, Studier i förutsättningslärnas terminologi 7 ff, Bengtsson 110 ff, Ramberg 150 ff, Arnholm I 244 ff, Jørgensen 52 ff, Lyngsø 65 ff.

I flera rättssystem har det utvecklats teorier om inverkan av ändrade förhållanden på avtalsbundenheten; se översikt, Godenhielm, Säljarens bundenhet 76 ff.

I tysk doktrin har man i stor utsträckning byggt resonemangen på det s.k. »Geschäftsgrundlage», och man har bl.a. uppställt en teori om »Fortfall der objektiven Geschäftsgrundlage», därvid har man främst, ehuru inte enbart, framhävt två situationer: a) Äquivalenzstörung (rubbning av avtalsbalansen) och b) Zweckvereitelung (»die objektive, im Vertragsinhalt irgendwie zum Ausdruck gelangte und von beiden Teilen anerkannte wesentliche Vertragszweck nicht nur zeitweilig, sondern dauernd unerreichbar geworden ist, ohne dass deshalb die Leistung als solche unmöglich geworden wäre»); se Larenz I 246 ff, en utförligare framställning och analys i hans »Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung» (3. Aufl. 1963) se särsk. 156 ff med de sammanfattande teserna 184—186; se även Verhandlungen des 40. Deutschen Juristentages (1953) Band I (Gutachten) 135 ff (ref. av Gerhard Kegel) och Band II (Sitzungsberichte) B 1 ff.

I engelsk rätt har man utbildat The doctrine of frustration: »a frustrating event of a fundamental and drastic kind has occured, so that to enforce the contract in the changed circumstances would amount to enforcing a different contract from the one which the parties made», Chitty I nr 5, 1261 ff; situationen har även uttryckts så, att »a contract may be

discharged if after its formation events occur making its performance illegal, impossible or commercially sterile», T r e i t e l 547 ff.

Underkännandet av förutsättningsläran såsom allmän princip betyder inte att de förutsättningar, på vilka avtal bygger eller på vilka part grundat sitt beslut att ingå avtal, skulle sakna relevans för bedömningen av avtalsbundenheten. Bristande förutsättningar kan mycket väl vara ett väsentligt motiv för upplösning av avtalsbundenheten. Men det är inte i och för sig avgörande. Det faktum att väsentliga förutsättningar brustit som en följd av ändrade förhållanden utgör blott *ett* moment — starkare eller svagare — som, jämte andra, kan leda till att avtalsbundenheten upplöses.

Upplösning av avtalsbundenheten under ändrade förhållanden sker på basen av en helhetsbedömning, som beaktar omständigheter av många olika slag — bristande förutsättningar, rubbad avtalsbalans, oskälighet etc.

IV. Upplösning av avtalsbundenheten utgör en *påföljd* som kan inträda på basen av ändrade förhållanden. Denna påföljd företer flera *varianter* närmast beroende på under vilka betingelser och på vilket sätt påföljden inträder eller göres gällande.

Det har synts ändamålsenligt att göra en indelning i tre underkategorier.

1) Avtalsförhållandet förblir bestående men det sker en modifiering av ett eller flera avtalsvillkor. Avtalsbundenheten upplöses partiellt. De fall, som här avses, går under beteckningen *jämkning* (3.2.).

2) Avtalsbundenheten *upplöses helt* för vardera parten (3.3.). Varken rättigheter eller skyldigheter kan därefter grundas på avtalet. Är avtalsförhållandet varaktigt, upphör avtalsbundenheten från viss tidpunkt. Därförinnan har avtalet varit bindande för bägge parter. Upplösningen kan ske automatiskt eller, vilket är vanligare, genom uppsägning eller annat ensidigt meddelande från den ena parten till den andra.

3) Avtalet *annuleras* eller återkallas med hänvisning till ändrade förhållanden (3.4.). Detta sker innan avtalet fullgjorts eller, om avtalet avser successiva prestationer, innan alla prestationer ägt rum, t.ex. köparens avbeställning av gods som säljaren skall tillverka. Annulering sker i princip så, att den part, som återkallar avtalet, betalar viss ersättning till motparten — kostnader, beräknad vinst etc. När så sker, kommer man i realiteten mycket nära ett avtalsbrott. Den principiella skillnaden ligger däri att den part, som annulerar ett avtal när betingelser härför är för handen, utövar en honom tillkommande rätt att upplösa avtalsbundenheten. Motparten kan inte, såsom fallet är vid avtalsbrott, för sin del fasthålla vid avtalet och t.ex. kräva avtalsprestation.

Det finns dessutom en del *specialfall*, som inte lämpligen kan inordnas i någon av de ovan nämnda kategorierna (s. 168).

V. De varianter, som förekommer med avseende på upplösning av avtalsbundenheten, är beroende av betingelser vilka starkt växlar från fall till fall. Det är inte möj-

ligt att i detalj kartlägga de faktorer som kan påverka avtalsbundenheten. Avgörandena in casu bygger vanligen på en helhetsbedömning med plats för olika synpunkter och överväganden. En viss fixering och generalisering av bedömningsfakta är likväl möjlig.

Några relevanta omständigheter skall nämnas.

Avsikten med ett avtal eller en avtalsbestämmelse kan påverka bedömningen. Härmed menas det speciella och konkreta syfte som parterna eller någondera av dem vill uppnå genom avtalet, t.ex. att använda avtalsobjektet för ett bestämt ändamål. Om syftet till följd av ändrade förhållanden helt eller i avsevärd grad skulle förfelas, ifall avtalet tillämpades enligt sitt innehåll, kan det vara en rimlig lösning att upplösa avtalsbundenheten. Detta överensstämmer med tanken att avtalet är en form av samverkan mellan parterna i syfte att förverkliga givna ändamål. Av vikt för bedömningen är om parterna varit eller bort vara medvetna om avtalets speciella syfte.

Avtal byggs ofta upp på basen av faktiska *förutsättningar*, som förelåg vid avtalets ingående, t.ex. en viss pris-, kostnads- och lönenivå. Omständigheter, som inträffar eller gör sina verkningar gällande efter avtalsslutet, kan rubba dessa förutsättningar. Ofta är det fråga om ekonomiska förskjutningar. Avtalets fullgörande blir svårare och ekonomiskt mera betungande att fullgöra. I den nya situationen kan part hävda, att han inte alls skulle ha ingått avtalet eller att han skulle ha slutit avtal på helt andra villkor ifall han hade förutsett de förändringar som inträtt. Förutsättningarna för avtalets fullgörande har brustit.

Man kan fästa avseende vid bristande förutsättningar utan att godta en allmän förutsättningslära (s. 153).

Ändrade förhållanden kan rubba *avtalsbalansen:* den genom avtalet fixerade relationen mellan prestation och vederlag förrycks. Den ena parten skulle, om avtalet fullgjordes enligt sitt innehåll, erhålla en vinst som han inte räknat med, den andra parten skulle lida en motsvarande förlust. Avtalets fullgörande skulle leda till helt andra ekonomiska resultat än parterna beräknat. Det kan även tänkas bli fråga om att eliminera en obehörig vinst.

Vid prövning av den fortsatta avtalsbundenheten har man ofta att beakta om en avtalsbestämmelse eller dess tillämpning är förenlig med *god sed*, ofta i betydelsen god affärssed. Härvid kan det vara fråga om två saker. För det första gäller det en etisk bedömning — en prövning av överensstämmelsen med accepterade moralregler. För det andra bör avtalsbestämmelsen ställas i relation till sedvänjor, förfaranden och praxis inom det verksamhetsområde till vilket avtalet ansluter sig (t.ex. SBL § 8 »gott affärsskick»).

Se även UCC, vars föreskrift om »good faith» i sec. 1—203 gör det möjligt att försätta en bestämmelse i ett avtal ur kraft eller att begränsa bestämmelsen så att resultatet blir rimligt (skäligt); Milliard Ruud och Ole Lando, The Uniform Commercial Code (TfR 1965 3—35) 20 ff.

Skälighetssynpunkter har ofta stark relevans. Avtalsbundenheten skall kunna upplösas när ett fullgörande av avtalet eller av en enskild avtalsbestämmelse skulle leda till resultat som för den ena partens del vore oskäliga, obilliga eller otillbörliga.

Betr. skälighetsprincipen och innebörden av här använda uttryck, se s. 78 ff. — Skälighetssynpunkterna accentueras främst med avseende på jämkning (3.2.), också i övrigt är de väsentliga.

De här nämnda omständigheterna *kan* inverka upplösande på avtalsbundenheten, men de behöver inte göra det. I avsaknad av fasta regler är bedömningen relativt fri. Ofta är det olika omständigheter — här nämnda eller andra — som tillsammans leder till att avtalsbundenheten upplöses utan att de var för sig kan åstadkomma ett sådant resultat.

Denna problematik har av mig konkretiserats med ledning av två domstolsavgöranden – *HD 1951 II 43* och *1952 I 16* — i JFT 1959 224 ff. — Se även LM 1955 497 f.

De omständigheter, som kan tänkas upplösa avtalsbundenheten och som i det föregående berörts, måste vanligen ställas mot de *risker* som parterna tagit på sig genom att ingå avtal.

Principen om avtals bindande kraft, vilken är utgångspunkt för bedömningen av ändrade förhållanden, betyder att parterna var för sig bär risken för de förändringar som kan påverka det faktiska avtalsläget. Parterna skall fullgöra sina förpliktelser även under ändrade förhållanden.

Skall part bära vilka risker som helst? Finns det inte en gräns för parts risktagande?

Någonstans går en sådan gräns. Man har ibland använt termen offergräns. Bortom den bör part kunna lösgöra sig från sin avtalsbundenhet. Var den gränsen går är inte lätt att avgöra.

Allmänt kan sägas att part svarar för normala risker — för en utveckling som man i allmänhet har anledning att räkna med och som inte representerar något exceptionellt eller extraordinärt. Prisstegringar orsakade av en fortgående inflation — vars takt kan växla — faller inom en normal risk. Under en kortare tid starkt stegrade kostnadsökningar, orsakade t.ex. av ett krig, kan däremot anses falla utanför normala risker. Därmed har inte sagts att part bör befrias från sin bundenhet vid avtalet. Bedömningen kan påverkas av att gränsen för normala risker överskridits. Men denna omständighet är ingalunda i och för sig avgörande.

Det är knappast möjligt att med tanke på ändrade förhållanden dra upp riskgränser för parter i avtal. Men risksynpunkterna har relevans i den meningen att för part oförmånliga omständigheter, t.ex. en rubbad avtalsbalans, inte tillåtes upplösa avtalsbundenheten så länge de faller inom de normala risker som part bör anses bära. Riskmomentet är i den meningen en retarderande faktor när part yrkar på att befrias från avtalsbundenhet.

3.2. Jämkning

I. Tillämpningen av ett avtal kan för part innebära ekonomiska uppoffringar eller andra olägenheter av den art eller omfattning att han inte anser sig skyldig att finna sig i dem. I en sådan situation kan parts anspråk på rättsskydd tillgodoses genom en modifiering av de betungande bestämmelserna i avtalet, medan avtalet i övrigt förblir oförändrat. Denna form av partiell upplösning av avtalsbundenheten benämnes vanligen *jämkning*.

Syftet med jämkning är att eliminera eller åtminstone minska de olägenheter som tillämpningen av ett avtal enligt dess innehåll skulle föranleda. Detta syfte nås genom en justering av en eller flera avtalsbestämmelser. Dessa bestämmelser är inte mera bindande enligt sitt ursprungliga innehåll. De ändras till förmån för den part som åberopar rättsskydd. I undantagsfall kan jämkningen ske ända till nollgränsen, vilket betyder att en avtalsbestämmelse helt försättes ur kraft (se t.ex. SBL § 8).

Uttryckliga stadganden om jämkning ingår i flera nyare lagar.

AvtL §§ 36—38, FörsAvtL § 34, SBL § 8, GåvoL § 5 m. 1, UpphovsL § 29, HyresL § 48, AvbetKöpL § 7, L om rätt till arbetstagares uppfinningar (656/1967) § 9, ArbAvtL § 48 m. 3 (likväl ej avtalsvillkor rörande lön). — Se även JordlegoL §§ 15, 16, 17 (omprövning av legoavgift enligt ändrade förhållanden).

Ibland användes uttrycket jämkning (eller motsv.) ehuru det är fråga om situationer av annan art än de som berörs i detta sammanhang, t.ex. nedsättning av provision så att den svarar mot utfört arbete; se *HD 1945 II 100*.

Betr. jämkningsproblem i nordisk rätt se särskilt Knut Rodhe, Om jämkning av kontrakt på grund av ändrade förhållanden (19 NJM Bilaga V) samt den på basen av detta referat förda diskussionen med inlägg av bl.a. G. Palmgren (korreferent) och Karlgren, 19 NJM Förhandl. 181 ff.

II. Vilka omständigheter kan enligt de nämnda lagstadgandena föranleda en jämkning? Man kan tala om *jämkningsgrunder*.

I en del fall *anger lagen* faktorer som bör beaktas vid bedömningen in casu: den förlust som orsakats part av en avtalsstörning och det intresse han har av riktig prestation (i fråga om avtalsvite), inskränkning av frihet att utöva förvärvsverksamhet, god försäkringspraxis, gott affärsskick, god sed på upphovsrättens område, god sed i hyresförhållanden eller god sed i allmänhet.

Såsom en allmän jämkningsgrund anger alla ifrågavarande lagrum — med undantag av AvtL § 38 — att tillämpningen av ett avtalsvillkor vore uppenbarligen obillig, oskälig eller otillbörlig. Jämkningen sker på basen av en *skälighetsbedömning*. De särskilda faktorer, som lagen anger, har inte relevans i och för sig. De ingår som fakta i den skälighetsbedömning på basen av vilken jämkning kan ske. Också andra faktorer bör beaktas — se AvtL § 36 »övriga föreliggande omständigheter». Härvid kan man in casu beakta omständigheter av det slag som ovan angivits (s. 149 f). Skälighetsbe-

dömningen är likväl obunden av bestämda faktorer. De ifrågavarande lagstadgandena utgör standardnormer, vilkas innehåll är blott allmänt angivet för att möjliggöra en tillämpning på basen av de omständigheter som föreligger in casu (s. 53 f).

Betr. jämkning enligt AvtL § 38, Palmgren, Konkurrensklausuler 102 ff, enl. HyresL § 48, Godenhielm, Uusi huoneenvuokralaki 290 ff, enl. SBL § 8, Hakulinen, Velkakirjalaki 78 ff, enl. FörsAvtL § 34, Hellner, Försäkringsrätt 60 f.
Jämkning av avtalsvite s. 445.

Skälighetsbedömningen beaktar främst, ehuru inte enbart, ekonomiska faktorer. Beträffande densamma hänvisas till det som sagts i annat sammanhang (s. 78 f).

I de nämnda lagrummen anges som förutsättning för jämkning att tillämpningen av en avtalsbestämmelse är *uppenbart* (uppenbarligen) oskälig. Termen kan anses ha en dubbel innebörd. Dels bör det framstå såsom tydligt — vara klarlagt — att skälighetsgränsen skulle överskridas om den ifrågavarande avtalsbestämmelsen skulle följas. I tveksamma fall bör jämkning inte ske. Dels bör de olägenheter, som avtalsbestämmelsens tillämpning skulle medföra, vara så väsentliga att part har ett starkt behov av rättsskydd i form av jämkning.

Jfr det som sagts om tillämpningen av ABL § 30 m. 4 (»uppenbart otillbörlig fördel»), Taxell, Aktieägarens rättsskydd 46 f. Enl. ArbAvtL § 48 m. 3 kan jämkning ske när tillämpningen av avtalsvillkor är oskälig, det kräves ej uppenbar oskälighet.

Jämkning av avtalsbestämmelser kan tänkas ske på basen av omständigheter som åtminstone inte i första hand har anknytning till frågan om oskälighet. En sådan situation är för handen närmast i de fall då förutsättningar för total befrielse från avtalsbundenhet föreligger. Jämkning kan framstå som ett ändamålsenligt alternativ då den inte innebär ett lika radikalt ingrepp i ett avtalsförhållande som total befrielse från bundenhet.

Enl. § 9 m. 1 i L om rätt till arbetstagares uppfinningar (656/1967) kan domstol, »såframt väsentligen ändrade förhållanden» det påkallar, ändra arbetstagare i stöd av avtal tillkommande ersättning för uppfinning, här nämnes intet om oskälighet (se även ÄL § 114), vilket däremot är fallet med avseende på jämkning enl. m. 2.

Genom jämkning *syftar* man *till* att ge avtalet eller en enskild avtalsbestämmelse en sådan ändrad innebörd, att det oskäliga i avtalet elimineras för den part som påkallat rättsskydd. Härvid har man även att observera att justeringen inte får ske på ett sådant sätt att tillämpningen av avtalet med dess förändrade innebörd framstår såsom obillig i förhållande till motparten. Jämkningen förutsätter sålunda även en avvägning mot varandra av parternas intressen.

Kan en jämkning ske »*uppåt*», t.ex. så att part ålägges att betala högre vederlag än det avtalade, när detta till följd av ändrade förhållanden blivit oskäligt lågt sett

ur motpartens synvinkel? I princip bör detta vara uteslutet. Det är skäl att vara restriktiv när det gäller att åvälva part skyldigheter utöver dem som han kan anses ha åtagit sig. En ökning av parts avtalsförpliktelser förutsätter särskild överenskommelse. Om en sådan inte kan nås, blir det närmast fråga om en total upplösning av avtalsbundenheten föranledd av den rubbade avtalsbalansen (s. 160).

Enligt JordlegoL § 16 m. 2 och § 17 m. 2 kan legogivaren få legoavgiften omprövad till följd av faktiska förhållanden som ändrats till förmån för legotagaren; se Hakulinen, Vuokraoikeus I 67 f.

Se även § 9 m. 1 i L om rätt till arbetstagares uppfinningar (656/1967), som möjliggör en justering uppåt, så även ÄL § 114.

I *HD 1951 II 67* har det i viss mening skett en jämkning uppåt på så sätt, att i avtalet angivet ersättningsbelopp höjts med beaktande av förändringar i penningvärdet. — Se kommentar i JFT 1959 239 f (Taxell).

Se även s. 160 f.

III. Det råder tvekan därom huruvida lagens stadganden om jämkning bör uppfattas som specialregler — tillämpliga blott i de fall som respektive lagrum anger — eller om en allmän jämkningsregel kan anses gälla.

Starka skäl talar för en *allmän jämkningsregel* med innehåll att uppenbarligt oskäliga avtalsvillkor kan jämkas oberoende av vilken typ av avtal det är fråga om. Två motiv står främst.

För det första har stadganden om jämkning intagits i de flesta nyare lagar som reglerar särskilda typer av avtal. Det föreligger en klar legislativ tendens. En jämkningsregel ingår därjämte i AvtL (§§ 36—38), vars principer kan uppfattas såsom gemensamma för förmögenhetsrättsliga avtal. Olika lagars jämkningsstadganden kan betraktas som uttryck för en allmän avtalsrättslig princip.

För det andra har de olika lagarnas stadganden gjort jämkningen beroende av en skälighetsbedömning och därigenom anknutit till en allmän och i olika sammanhang accepterad avtalsrättslig princip. Jämkningen innebär en tillämpning av skälighetsprincipen, som sträcker sig över hela avtalsrätten (se s. 78). En skälighetsbedömning med jämkning som påföljd kan framför allt vara motiverad i fråga om avtal som inte alls eller blott ofullständigt är reglerade i lag och som just därför kan erbjuda möjligheter för en starkare part att utnyttja sin position t.ex. genom att på den svagare medkontrahenten övervältra riskerna för följderna av ändrade förhållanden.

Jämkning av avtalsbestämmelser bör sålunda kunna ske även utanför de av lagen reglerade fallen. En allmän jämkningsregel kan godtas även i Finland.

Se Kommittébetänkande 1936: 1 (Förslag till L om skuldebrev etc.) 48.

Se även P. J. Muukkonen, Standardisopimukset (Finlands juristförbunds specialkurs i exportjuridik, 1969, 1970, Protokoll s. 89—97) 93 f, förf. är positiv till jämkning men intar inte en bestämd ståndpunkt, Godenhielm 80, 171, Säljarens bundenhet 247, framhåller att lagens jämkningsstadganden kan ges en analog tillämpning, Hakulinen 103 (med avseende på allmänna avtalsvillkor), Saxén, Förlagsavtalet 59.

I andra nordiska länder har man ansett att jämkningsregeln uttrycker en allmän rättslig grundsats, Rodhe, 19 NJM Bil. V 21, Håkan Nial, Från individualism till kollektivism — en utvecklingslinje i avtalsrätten under ett halvsekel (Minnesskr. utg. av Juridiska fakulteten i Stockholm, 1957, 190—202) 192, Grönfors, Festskr. Nial 211, Schmidt, 24 NJM Bil. 7 s. 30, se även Vahlén, Avtal och tolkning 235 f; Jørgensen, TfR 1965 412; för norsk rätt kan hänvisas till prisloven § 18, som ger en generell förbudsregel och som synes gå minst lika långt som SBL § 8, se Andersen, Kjøpsrett 51 ff.

I *HD 1951 II 43* har det skett en jämkning av en bestämmelse i ett fastighetsköp, i HDs motivering sades intet om oskälighet, huvudvikten lades vid parternas avsikt; skälighetssynpunkten kan likväl anses ha medverkat, se Taxell, JFT 1959 224 ff.

Existensen av en allmän jämkningsregel hindrar ingalunda att regelns tillämpning, beroende på särskilda faktorer, kan vara *utesluten* i fråga om vissa typer av avtal. Det förefaller t.ex. inte möjligt att företa en jämkning i växelförhållanden.

IV. Jämkning är inte alltid en följd av ändrade förhållanden. De omständigheter, som motiverar en jämkning, kan ha förelegat redan *vid avtalets ingående* ehuru de aktualiseras först när avtalet skall fullgöras. Oberoende av om jämkning är en följd av ändrade förhållanden eller ej sker den enligt samma grunder, och likadana omständigheter utgör betingelser för jämkning. När jämkningsgrunderna var för handen redan vid avtalets ingående, kan det sägas föreligga ett fall av ursprunglig avtalsrubbning låt vara att verkningarna gör sig gällande först senare. I och med att man fastslår att samma regler gäller i de två fallen blir den systematiskt betingade distinktionen mellan ursprunglig och efterföljande avtalsrubbning betydelselös.

3.3. Total upplösning av avtalsbundenheten

Total upplösning av avtalsbundenheten som en följd av ändrade förhållanden kan ifrågakomma med avseende på avtal vilkas giltighetstid är antingen obegränsad eller begränsad till en längre tidrymd. Frågan kan även aktualiseras beträffande engångsprestationer som skall ske först efter en längre tid.

Det är inte möjligt att exakt ange under vilka betingelser en sådan upplösning kan ske. Prövningen in casu beror på olika synpunkter och överväganden. Det är fråga om en helhetsbedömning på basen av sådana faktorer som tidigare nämnts (s. 148 ff).

Jfr den av Godenhielm, Säljarens bundenhet 98 ff, 247, utvecklade riskteorin.

Av särskild betydelse är *avtalsbalansen*. Denna kan till följd av ändrade förhållanden ha förskjutits på ett sådant sätt att parts prestation skulle komma att överskrida den s.k. offergränsen eller riskgränsen. Här är det fråga om ekonomiska faktorer. När det in casu gäller att avgöra om denna gräns överskridits, är det vanligen inte

tillfyllest att blott se till rubbningen av avtalsbalansen. Vanligen har man även att bedöma huruvida ett fullgörande av avtalet vore uppenbarligt oskäligt. Skälighetsbedömningen kommer oftast med som en kompletterande faktor.

Den här antydda frågeställningen har av mig konkretiserats och närmare utvecklats i anslutning till *HD 1952 I 16*; se JFT 1959 230 ff.

Upplysande för den nu ifrågavarande problematiken är ett avgörande av Sveriges HD — *NJA 1946 s. 679*, särskilt voteringen i HD.

Avtalsbundenheten kan även tänkas upphöra på den grund att avtalets fullgörande medför väsentliga *risker* för person eller egendom. Främst ifrågakommer de fall då parterna eller någon av dem inte tagit risken i betraktande när avtalet ingicks.

Se SjöL § 142. — Betr. relationen till SjöL § 135, Ramberg 264 ff, se även Grönfors, Befraktarens hävningsrätt 6. — Se även nedan s. 207.

Frågan om riskändring har framför allt relevans inom försäkringsrätten; se stadgandena om fareökning i FörsAvtL §§ 45—50, dessa lagrum gäller skadeförsäkring; vid livförsäkring kan fareökning åberopas endast i stöd av klausul i försäkringsavtalet, § 99, se även § 83. — Hellner, Försäkringsrätt 165 ff, 531 f.

Med avseende på borgensförbindelser gäller som regel att löftesmannen befrias från ansvar om det sker en väsentlig förändring av huvudförbindelsen; om en förändring är väsentlig eller ej beror på en prövning in casu, härvid har risksynpunkterna relevans; se Ylöstalo, Takauksesta 215.

Ändrade förhållanden kan även leda till att ett avtal, som skall fullgöras först efter en längre tid, inte mera framstår som en ändamålsenlig ordning för den samverkan mellan parterna som avtalet innebär. Endast i exceptionella fall kan detta vara en huvudsaklig anledning till att avtalsbundenheten upplöses. Men den förändring, som skett med avseende på avtalets ratio, kan påverka bedömningen.

Se ett avgörande av HD i *LM 1961 s. 84:* ersättning för vägran att fullgöra ett föravtal rörande överlåtelse av fastighet i stad utdömdes då de ändrade förhållandena (starkt ökad trafik) kunnat förutses när föravtalet ingicks och säljaren sålunda bort beakta dem; säljaren var sålunda bunden vid föravtalet, avtalsbrott förelåg.

När förutsättningar för avtalsbundenhetens bortfall är för handen, kan borgenären tänkas få avtalsförhållandet att fortbestå genom att förklara sig beredd att betala ett högre vederlag än det avtalade, t.ex. såsom kompensation för säljarens ökade kostnader. Gäldenären kan svårligen undandra sig att fullgöra om han på detta sätt blir skäligen kompenserad. Grunden för hans krav på befrielse från avtalsbundenheten har ryckts undan.

Se Ussing 68.

Avtalsbundenheten kan ibland upplösas på det sättet att avtalet utan vidare åtgärder upphör att gälla — *förfaller*. Vanligen krävs likväl aktivitet från den part som vill uppnå rättsskydd i denna form. I fråga om varaktiga avtal är en naturlig lösning att avtalet bringas att från en angiven tidpunkt upphöra genom ett *meddelande* till motparten — en form av uppsägning.

Se JordlegoL § 15 m. 3, FörsAvtL § 45 jfr § 47. — *HD 1970 II 41* (ref. s. 150).

3.4. Annulering

I. Ibland kräver parts fördel att ett avtal inte fullgöres. Detta kan vara en följd av förhållanden som inträffat efter avtalets ingående: avtalets ändamål har bortfallit (hyrda hotellrum kommer inte att användas till följd av att en planerad kongress inhiberats), parts behov av avtalsobjektet upphör (näringsrörelse upphör, varför beställda varor inte mera behövs), avtalets fullgörande är inte mera ändamålsenligt (nya tillverkningsmetoder ger bättre och mera ekonomiska resultat) etc. I situationer av detta slag kan part ha ett starkt behov av att bli befriad från avtalsbundenhet.

Med *annulering* avses i det följande att part återkallar ett avtal innan detta fullgjorts. Det förutsättes härvid att den annulerande parten har rätt att förfara på detta sätt. Annulering leder ofta till ersättningsskyldighet. Ersättningsfria fall av annulering förekommer likväl. I vidsträckt mening omfattar annulering situationer som inbördes kan förete stora olikheter. Hit kan även hänföras förtida uppsägning av varaktiga avtalsförhållanden till följd av ändrade förhållanden.

Med annulering i inskränkt mening kunde man beteckna de fall då återkallelse sker under sådana omständigheter att motparten har rätt till ersättning.

Annulering kan tänkas utgå från den part som enligt avtalet skall fullgöra en naturaprestation, t.ex. en entreprenör. Dessa situationer kommer i allmänhet att bedömas enligt reglerna om avtalsbrott.

Av större intresse är de fall då avtalet annuleras av den part, som enligt avtalet har rätt att få en naturaprestation, t.ex. köpare av gods, som säljaren skall tillverka. Annulering betyder i detta fall dels att den annulerande partens skyldighet att ta emot prestation bortfaller, dels att motpartens rätt att få fullgöra prestationen upphör. De följande allmänna reflexionerna tar närmast sikte på det fall då avtalet annuleras av den part som skall ta emot en naturaprestation.

I de situationer, som här avses, kan avtalsbundenheten tänkas upphöra på olika sätt:

1) De skäl som part åberopar kan vara av den art och styrka att *avtalsbundenheten totalt upphör* till följd av dem. Det föreligger en situation av det slag som nämnts i det föregående (3.3.). Parts meddelande till motparten bringar avtalsförhållandet att upphöra. Avtalsförhållandet är därmed ur världen.

2) Parts meddelande att han frånträder avtalet uppfattas av motparten såsom ett *avtalsbrott*. Denne aktualiserar normala påföljder av avtalsbrott — hävning och ersättning.

3) Parts behov av att befrias från avtalsbundenhet tillgodoses så, att han anses ha *rätt att annulera* avtalet. Härigenom upphör avtalsbundenheten i den meningen att vardera partens skyldighet att fullgöra avtalets förpliktelser bortfaller. Motpartens intresse tillgodoses genom att man ger honom rätt till ersättning.

De fall, som kan bedömas enligt alternativ 1, är i praktiken ytterst få. Total upplösning av avtalsbundenheten förutsätter alltid starka skäl och framstår som en extraordinär lösning.

I de flesta fall vore det uppenbarligen möjligt att bedöma parts annulering som ett avtalsbrott. Det kan likväl tänkas att den part, till vilken annuleringen riktas, inte tar fasta på »avtalsbrottet» utan håller fast vid avtalet och yrkar på att detta skall fullgöras — en tillverkare yrkar t.ex. på att få slutföra arbetet. Om den annulerande parten inte godtar detta utan fasthåller vid att avtalet skall återgå, är det möjligt att betrakta hans vägran att motta en avtalad prestation som avtalsbrott eller att låta avtalsförhållandet avvecklas normalt med skyldighet för den annulerande parten att betala utfäst vederlag. Dessa lösningar är inte alltid tillfredsställande. Den part, som till följd av ändrade förhållanden kan anses ha en godtagbar anledning att annulera ett avtal, bör såvitt möjligt ges rättsskydd.

Det finns sålunda uppenbarligen ett behov av att kunna ge part en rätt att annulera ett bindande avtal och därmed upplösa avtalsbundenheten på det sätt som nedan anges. Det är inte tillfyllest med de i alternativen 1 och 2 nämnda lösningarna.

II. I det följande ges några *allmänna synpunkter* på frågan om annulering av avtal. Den kontrahent, som annulerar avtalet, benämnes den annulerande parten, den andra kontrahenten kallas motparten.

Annulering begränsas inte till vissa typer av avtal.

Frågan om annulering har i nordisk doktrin i olika sammanhang behandlats med avseende på avbeställning, varvid man närmast avsett beställningsköp och entreprenadavtal; i Finland aktualiserades frågan bl.a. i slutet av 1940-talet med avseende på olika företags krigsskadeståndsleveranser till staten, se G. Palmgren, Avbeställning av entreprenad- och leveranskontrakt (Mercator 7, 9—12/1949), L. E. Taxell, Om avbeställningsrätt vid leverans och arbetsbeting (JFT 1949 151—164), se även Portin 182 ff; frågan om avbeställningsrätt diskuterades ingående vid 23 Nord. juristmötet på basen av ett referat av Per Brunsvig, Avbestillingsrett i kontraktsforhold (Bilag II s. 3—36), se även uttalanden av bl.a. Kurt Grönfors, A. Vinding Kruse och Jan Hellner (23 NJM Förhandl. s. 85 ff) samt de arbeten till vilka Brunsvig hänvisar i sitt referat; särskilt bör nämnas Ussing 199 f, Rodhe § 59 vid not 32 ff.

En utredning av problemet annulering i hela dess vidd har presterats av Lyngsø på basen av en analys av olika typer av avtal — köp samt entreprenad-, transport-, lego- och arbetsavtal.

En annulering skall i första hand tillgodose den annulerande partens behov av rättsskydd i form av befrielse från avtalsbundenhet. När detta sker, kommer motpartens intressen ofta i kläm. De problem, som annulering av avtal aktualiserar, måste lösas med beaktande av bäggre parters intressen. Det måste ske en intresseavvägning vilken så långt som möjligt tillgodoser vardera partens skyddsbehov.

Mot den bakgrunden måste man se annuleringens *två centrala problem:* under vilka betingelser kan en annulering ske och huru skall motparten ersättas för avtalets bortfall?

Det är uppenbart att svaren på dessa frågor kommer att variera avsevärt beroende på vilka slag av avtal annuleringen gäller och huru avtalsvillkoren är utformade.

1) *Betingelser för annulering.* — I princip är två lösningar möjliga: *antingen* binder man rätten att annulera vid särskilda faktorer av den art och styrka att en upplösning av avtalsbundenheten är motiverad *eller* ger man part en allmän rätt att annulera ett avtal varvid särskilda omständigheter likväl kan utesluta denna möjlighet.

Det finns exempel på bägge dessa lösningar. Den förstnämnda är likväl klart övervägande.

HB 18: 7 ger syssloman rätt att avsäga sig sitt uppdrag till följd av omständigheter som särskilt nämnes i lagrummet eller av »annan skiälig orsak»; se även Sveriges lag om kommission etc. (1914) § 46. — Huvudmannen har å sin sida ansetts berättigad att återkalla avtalet utan särskild anledning ifall han inte förbundit sig att bibehålla ombudsförhållandet; C h y d e n i u s II 296.

ArbAvtL §§ 40—42 ger part uppsägningsrätt på basen av sådana efter arbetsförhållandets uppkomst inträffade omständigheter som nämnes i lagrummen.

Förtida uppsägning av hyresförhållande kan ske av orsaker som anges i HyresL §§ 9 m. 3, 11, 26—29.

Utfästelse om gåva kan återkallas om gåvogivarens förmögenhetsvillkor försämrats eller om gåvotagaren gjort givaren »märklig orätt», GåvoL § 5; likaså kan gåva i vissa fall återkallas om en ändamålsbestämmelse inte följes, se H a k u l i n e n 179 f, 183 f.

Se även JordlegoL § 14, ABL § 38 m. 3 (återkallelse av styrelsemandat utan särskild anledning), SjömansL §§ 35—40 (delvis gäller stadgandena avtalsbrott) etc.

Enligt BGB § 649 och SchwOR Art. 377 kan annulering mot ersättning fritt ske i fråga om »Werkvertrag». — Se även s. 230.

Jfr SjöL § 131 m. 1 enligt vilket lagrum bortfraktaren har rätt till ersättning för fraktförlust och annan skada om befraktaren frånträder avtalet innan lastningen börjat; någon särskild grund för ett frånträdande anger lagen inte; situationen bör uppfattas som avtalsbrott från befraktarens sida, varvid det är fråga om hävning, och inte om en rätt för befraktaren att annulera avtalet; jfr S t a f f a n s 246, 249.

När det gäller annulering av avtal utanför de i lag reglerade fallen, har man att utgå från tesen om avtals bindande kraft. Den ena parten får inte ensidigt omintetgöra avtalet. Ömsesidiga avtal måste ofta uppfattas så, att den part, som skall utföra en naturaprestatoin, t.ex. tillverka beställningsvaror, inte bara har en skyldighet

att prestera utan även en rätt att få utföra det som prestationen förutsätter. En avbeställning av en leverans eller en entreprenad kan orsaka motparten allvarliga olägenheter, t.ex. när det gäller att placera den frigjorda arbetskraften.

Avtalet är en form av samarbete mellan parterna. Den ena parten bör inte ensidigt kunna undandra sig detta samarbete.

Dessa skäl talar emot att ge part fri annuleringsrätt.

Problemet kan likväl inte lösas enbart enligt principiella synpunkter. Praktiska överväganden påverkar avgörandena. De kan vara av den art att det knappast möter några betänkligheter att ge part avbeställningsrätt. Det väsentliga i bedömningen blir ofta huruvida motparten kan bli ekonomiskt tillgodosedd och även i övrigt kompenserad för de olägenheter som en annulering kan föranleda (nedan 2).

Det som här antytts, torde visa att det knappast är möjligt att generellt ta ställning till frågan om part har annuleringsrätt eller inte. Problemet måste lösas särskilt för sig för olika avtal och avtalssituationer. Detta förutsätter ingående detaljanalyser.

En *allmän riktlinje* kan man likväl dra. Part bör ges rätt att annulera ett avtal när han har ett faktiskt rättsskyddsbehov som lämpligen kan tillgodoses genom att avtalsförhållandet upplöses. Ett sådant behov kan normalt sägas förutsätta särskilda omständigheter. Rätten till annulering får inte vara helt godtycklig. En förutsättning för annulering är att avtalsbundenheten kan elimineras på ett sådant sätt att motpartens intresse av avtalet tilldogoses i tillräcklig utsträckning.

Ussing 200. — Se även Saxén, Förlagsavtalet 284 ff.

Annulering kan sålunda ske om den annulerande parten t.ex. till följd av omöjlighet eller force majeure hindras att utnyttja den avtalade prestationen. Också andra hinder kan motivera en annulering.

Se Lyngsø 243 ff.

Särskilda faktorer kan likväl *utesluta* annulering, t.ex. långt framskridna förberedelser för prestation, beställningsgods är färdigt eller nästan färdigt etc.

Frågan om annulering i nu ifrågavarande fall inkluderar även spörsmålet huruvida part har möjlighet att framtvinga genomförandet av sin egen prestation in natura. Har part rätt att mot medkontrahentens protest fullgöra sin prestation? Frågan synes vanligen kunna besvaras nekande. Exekutiva åtgärder kan knappast förekomma i sådana situationer. Och den part, som vill fullgöra, har normalt andra möjligheter att komma till sin rätt, t.ex. genom att ingå kompensationsavtal med tredje man (se s. 243). Det enskilda avtalets ändamål och avtalets tolkning kan in casu tänkas ge ett annat resultat.

Se Lyngsø 247 ff.

2) Motpartens rätt till *ersättning.*

Rätten till annulering har i det föregående bundits vid förutsättningen att motpartens intresse av avtalet tillgodoses i tillräcklig utsträckning. Detta sker genom att den annulerande parten betalar ersättning. Motparten skall inte bli ekonomiskt förfördelad genom annuleringen.

I många fall blir det över huvud inte fråga om ersättning. Läget kan vara sådant att motparten egentligen inte tillskyndas någon förlust och sålunda inte behöver skydd, t.ex. när ett hyresförhållande upphör i förtid och hyresvärden kan hyra lägenheten till tredje man. I andra fall kan skälighetssynpunkter och hänsynen till den annulerande parten motivera att ersättning inte bör utgå.

Se hänvisningar till särskilda lagstadganden s. 164.

När ersättning ifrågakommer, kan denna beräknas på olika sätt.

En möjlighet är att den annulerande parten utger det avtalade vederlaget utan att några avdrag görs. I undantagsfall kan man godta denna möjlighet. En sådan lösning framstår likväl i många fall såsom oförmånlig för den annulerande parten. Den kunde göra annuleringsrätten helt illusorisk.

Se ABL § 38 m. 3 (entledigad styrelsemedlem erhåller arvode för den återstående tiden), AndelsL § 71; ombudsman, vars uppdrag återkallats, anses ha rätt till utfäst arvode, C h y d e n i u s II 296.

När ersättning skall utgå, kan man anse att motparten i regel bör få samma ekonomiska utbyte som han hade fått ifall avtalet hade av honom fullgjorts. Endast på det sättet kan hans ekonomiska avtalsintresse tillgodoses. Det är således inte tillfyllest att motparten ersättes för kostnader som föranletts av förberedelser för prestation eller som senare uppkommer som en följd av annuleringen — löner åt friställda arbetstagare etc. Motparten skall även få kompensation för förluster, som annuleringen orsakat, samt för utebliven vinst. I stort sett kan man tillämpa reglerna om full ersättning (positivt avtalsintresse) med anledning av avtalsbrott (s. 351 ff).

Ersättningen kan knappast överstiga det belopp som skulle utgå i ersättning för avtalsbrott.

Se L y n g s ø 416.

Ett alternativt sätt att beräkna ersättningen vore att motparten tillerkändes rätt till utfäst vederlag med avdrag för de utgifter som han inbesparat.

Se T a x e l l, JFT 1949 160 f. — BGB § 649.
HD 1953 II 61.

En ersättning beräknad enligt det negativa avtalsintresset (se s. 390) kan inte annat än möjligen i undantagsfall anses tillgodose motpartens intresse och bör därför i allmänhet inte godtas.

Jfr Brunsvig 31.

När annulering skett, bör motparten vidta nödiga åtgärder för att begränsa den förlust och de olägenheter som kan följa därav. Den annulerande parten är visserligen skyldig att ersätta uppkomna förluster. Men motparten är, i överensstämmelse med det allmänna lojalitetskravet, skyldig att i den annulerande partens intresse vidta alla de åtgärder och dispositioner som kan eliminera eller minska förlusten, t.ex. ingå avtal med tredje man för att fylla en lucka som uppstått genom annuleringen. Den annulerande parten är inte skyldig att ersätta förluster som skäligen kunnat undvikas.

Se Lyngsø 416 ff.

Det sagda ger även vid handen att part, som tänker annulera ett avtal, i eget intresse bör ge motparten ett meddelande i så god tid att denne hinner vidta åtgärder som reducerar förlusten.

När annuleringen betingas av force majeure, kan ersättningen begränsas till gottgörelse för direkta kostnader.

Se Taxell, JFT 1949 163 f, Portin 183.

Det är möjligt att en annulering inte orsakar motparten några kostnader och att ersättningsskyldighet på denna grund alltså inte är för handen.

Det sätt, på vilket ersättningsskyldigheten utformas, betyder att avtalsbundenheten inte helt upphört genom annuleringen. Parterna blir visserligen befriade från att fullgöra avtalet enligt dess innehåll. Men de är bundna i den meningen att den annulerande parten är skyldig att betala en ersättning som delvis baseras på avtalet — utebliven vinst — och motparten har rätt att få ersättningen beräknad på detta sätt.

III. Den situation, som uppkommer när ett avtal annulerats, påminner mycket om det läge som inträder efter *hävning*. I vartdera fallet befrias parterna från sina skyldigheter enligt avtalet. I den mån det blir fråga om ersättningsskyldighet bestämmes den enligt likartade grunder. Såväl annulering som hävning sker genom ett ensidigt meddelande från den ena parten till den andra.

Två väsentliga olikheter förekommer likväl. För det första grundas hävning alltid på motpartens avtalsbrott medan annulering inte har något samband med ett avtalsbrott (åsidosättande av en handlingsnorm) eller med motpartens åtgärder eller förhållanden. För det andra åvilar ersättningsskyldigheten vid hävning den part, till vilken

meddelandet om avtalsförhållandets upplösning (hävningsförklaringen) riktas, medan den part, som annulerar, själv blir ersättningsskyldig.

Betr. hävningens innebörd s. 201.
Om annuleringsbegreppet jämfört med hävning, Godenhielm, Säljarens bundenhet 179 ff, Portin 66 f.

Ett specialfall regleras i SjöL § 135: ett fraktavtal kan »hävas», om efter avtalets ingående faran för fartyg eller last väsentligen ökats på något av de sätt som lagrummet anger. Ersättning kan härvid ifrågakomma i form av avståndsfrakt och gottgörelse för överliggetid. Den hävning, som det här är fråga om, grundar sig inte på ett avtalsbrott utan på en riskförändring. Möjligen kan man antecipera ett avtalsbrott: om transporten skulle vidta, är det möjligt att fartyg eller last går förlorade och att fraktförarens transportskyldighet sålunda inte kommer att fullgöras (avtalsbrott). Det är likväl — trots termen hävning — riktigare att anse, att part kan annulera avtalet och alltså befria sig från avtalsbundenhet till följd av de ändrade förhållandena. Vardera parten har denna möjlighet.

Portin, JFT 1971 42 not 12 (»närmast en avbeställningsrätt»); jfr Beckman 211 f (hävning).
Betr. SjöL § 135, bl.a. Ramberg 100 f, 240 ff, 264 ff. — Se även s. 207.
Enligt FörsAvtL § 47 har försäkringsgivaren rätt att på basen av en fareökning frånträda avtalet genom »uppsägning».
Se även s. 235 f.

När man fattar begreppet annulering i vidsträckt mening, är det i många fall inte möjligt — och inte heller nödvändigt — att dra en tydlig gräns mot de fall då det sker en total upplösning av avtalsbundenheten (3.3.) eller då det förekommer hävning (kap. IV 4.). Det är ofta fråga om en rubricering utan att de reella avgörandena påverkas därav.

4. SÄRSKILDA FALL

De efterföljande avtalsrubbningar, som berörts i det föregående, täcker inte hela fältet. Ändrade förhållanden kan orsaka situationer som måste lösas enligt särskilda regler. Tre specialfall skall här nämnas.

1) Parts *konkurs* kan på olika sätt påverka avtalsbundenheten. Avtalsförhållandet fortbestår visserligen i regel. Konkursboet, representerat av konkursförvaltarna, betraktas som part med de rättigheter och skyldigheter som följer av avtalet. Men den avveckling, som konkursens slutförande innebär, och det skydd, som bör ges konkursborgenärerna, betingar vissa avvikelser från den normala avtalsbundenheten.

Även *utmätning* av part tillhörig egendom kan påverka avtalsbundenheten.

Ibland *förfaller* ett avtal till följd av parts konkurs. Detta gäller främst sysslomansavtal när uppdragsgivaren försatts i konkurs och avtalet gäller egendom som ingår i konkursboet — jämför stadgandet om fullmakt i AvtL § 23.

Den avveckling, som konkursen syftar till, betingar ibland att avtalsförhållanden kommer att *upphöra tidigare* än avtalen förutsätter eller att prestation sker i förtid. Exekutiv försäljning kan leda till en motsvarande tidigare avveckling av avtalsförhållanden.

Konkurs: bl.a. HyresL § 29, ArbAvtL § 41 m. 1, KonkS § 104; se även Hakulinen, Vuokraoikeus I 89 f.
Exekutiv försäljning: bl.a. HyresL § 26 m. 2, JordlegoL § 12, IntF § 26, UL 5: 27, 38, 46, 50.

Inledd konkurs kan ge anledning till *återvinning* (KonkS § 46): före konkursen ingångna avtal återgår. Lagen anger i detalj under vilka förutsättningar återvinning kan ske. Den materiella grunden för återvinning utgöres av konkursborgenärernas behov av skydd. Förutsättning för att detta skyddsbehov skall kunna tillgodoses i form av den upplösning av avtalsbundenheten, som återvinningen innebär, är att konkurs inträtt (formell förutsättning). Här är det inte fråga om avtalsparternas rättsskydd. Det är dock att observera att den part, från vilken egendom återvinnes, har rätt att återfå utgivet vederlag (KonkS § 46 p. i). Detta betyder likväl inte alltid ett fullständigt skydd mot den situation som återvinningens genomförande leder till. Avtalsförhållandets upplösning kan därför betyda att konkursborgenärerna skyddas på bekostnad av konkursgäldenärens medkontrahent.

Även vid utmäning kan återvinning ifrågakomma (UP § 29).

De i KonkS § 49 (se även SjöL § 166) reglerade situationerna (stoppningsrätt, återkravsrätt) kan närmast hänföras till kategorin avtalsbrott (närmast anteciperat dröjsmål med betalning); de kommer inte att behandlas i den följande framställningen. — Se även *HD 1959 II 26:* byggherre ansågs ha rätt att frånträda entreprenadavtal då entreprenören kommit på obestånd (försattes sedermera i konkurs).

2) I arbetsförhållanden kan avtalet för en tid annuleras på det sättet att avtalsenliga prestationer inte skall fullgöras. Själva avtalsförhållandet förblir gällande. Men det sker en *temporär upplösning* av avtalsbundenheten. Man kan även tala om suspension.

Se Rodhe § 59 p. 2.

En sådan suspension förekommer dels när arbetskamp inletts, dels vid permittering av arbetstagare.

När part i ett arbetsavtal tillgriper *kampåtgärder* — oberoende av om det är arbetsgivaren eller arbetstagaren — skall parternas avtalsförpliktelser mot varandra i princip

inte fullgöras så länge konflikten varar. Här förutsättes att kampåtgärderna är tillåtna (se KollAvtL § 8). Om en kampåtgärd strider mot fredsplikten eller i fråga om den enskilda arbetstagaren mot dennes skyldigheter till den del de regleras av normerna för arbetsavtalet, uppfattas situationen som avtalsbrott. Denna skillnad mellan suspension och avtalsbrott har konsekvenser med avseende på sanktionerna. Hävning, plikt etc. förekommer vid avtalsbrott, men inte när avtalsförhållandet temporärt försättes ur kraft till följd av en tillåten arbetskamp.

Permittering av arbetstagare kan ske antingen i stöd av överenskommelse eller genom ensidig åtgärd av arbetsgivaren (ArbAvtL § 30). I det senare fallet bör det föreligga en förutsättning som ger arbetsgivaren rätt att uppsäga avtalet — »särskilt vägande skäl» (ArbAvtL § 37 m. 2). Genom permitteringen avbrytes arbetsförhållandet för viss tid eller tillsvidare. Det kan bringas att definitivt upphöra genom ensidig åtgärd av arbetstagaren — uppsägning oberoende av uppsägningstid (ArbAvtL § 42 m. 1).

Se Työsopimuslakikomitean mietintö 46.

Det avbrott i arbetsförhållandet, som sker vid arbetskamp eller permittering, betyder inte att parternas rättigheter och skyldigheter helt skulle försättas ur kraft för den tid avbrottet varar. Såsom exempel kan nämnas att arbetstagares tystnadsplikt fortbestår oförändrad (ArbAvtL § 15) och att arbetsgivaren fortgående kan ha sociala förpliktelser gentemot arbetstagaren.

3) Avtalsförpliktelser kan vara av den beskaffenhet eller ha ett sådant syfte, att ändrade förhållanden inte eliminerar utan *ändrar* förpliktelsens innehåll. Det kan sålunda förekomma, att gäldenärens vårdplikt — hans skyldighet att vårda person eller egendom — omvandlas till en skyldighet att erlägga betalning för vårdkostnader, som en annan person betalat.

HD 1938 II 194: på avtal grundad vårdplikt (vård av sinnessjuk person) ersattes med skyldighet att erlägga vårdbidrag; se även *HD 1944 II 104* (ref. s. 200).

KAPITEL IV

Avtalsbrott

1. ALLMÄNNA SYNPUNKTER

I. *Avtalsbrott* innebär att en för avtalets fullgörande gällande handlingsnorm har åsidosatts. Avtalet har inte behörigen fullgjorts.

Begreppet handlingsnorm har i detta sammanhang den vidsträckta innebörd som i det föregående (s. 33) givits detsamma.

Den störning av avtalsförhållandet, som avtalsbrottet innebär, kan ha olika innebörd: part har underlåtit att handla (t.ex. inte betalat en skuld), han har handlat med avvikelse från en handlingsnorm (t.ex. levererat felaktig vara) eller han har på annat sätt förhållit sig i strid med en handlingsnorm (t.ex. åsidosatt sin vårdplikt).

Närmare nedan IV.

Vanligen hänför sig avtalsbrottet till de normer som reglerar parts huvudförpliktelse enligt avtalet — en hyresgäst underlåter att betala hyra, en entreprenör använder undermåligt byggnadsmaterial etc. Avtalsbrott föreligger även när blott en biförpliktelse åsidosatts — fraktföraren underlåter t.ex. att försäkra godset. Också när part bryter mot en borgenärsförpliktelse kan man tala om avtalsbrott, t.ex. när köpare vägrar ta emot erbjuden prestation.

Det föreligger inte tillräckligt grundad anledning att, såsom ofta skett, från avtalsbrotten utesluta åsidosättandet av borgenärsförpliktelser. Också med avseende på dem gäller bindande handlingsnormer. En annan sak är att åsidosättandet av en borgenärsförpliktelse ofta utlöser andra påföljder än de som är aktuella för gäldenärsförpliktelser. Se betr. mora accipiendi s. 176.

Utmärkande för avtalsbrott är att gällande handlingsnormer inte fyllt sin funktion: de resultat, som avtalet går ut på att framkalla, har inte nåtts. Det föreligger en bristande överensstämmelse mellan det faktiska läget och den situation som skulle ha inträtt om handlingsnormerna hade följts. Detta motsatsförhållande beror ofta på att part inte handlat eller förhållit sig såsom han bort göra. Avtalsbrottet kan tillräknas

honom. Men avtalsbrott kan också orsakas av omständigheter som part inte rår på, t.ex. övermäktigt hinder (se p. II).

Vanligen är det givet vilka handlingsnormer som gäller i ett avtalsförhållande och vilket innehåll de har. Normalt bereder det inte större svårigheter att konstatera om ett avtalsbrott är för handen eller ej. Intresset koncentreras främst till frågan om avtalsbrottets rättsliga verkningar och under vilka förutsättningar olika *påföljder* kan göras gällande. Detta är avtalsbrottets centrala problematik.

Påföljderna framträder vanligen i form av *anspråk* (krav, yrkanden) som borgenären — den part mot vilken avtalsbrottet riktar sig — framställer mot sin medpart, gäldenären. Den yttersta grunden för de olika anspråken är tanken att borgenären, trots avtalsrubbningen, skall komma i åtnjutande av avtalets förmåner, åtminstone i ekonomiskt avseende. Beroende på de faktiska situationerna bör borgenärens anspråk utformas så, att det skapas möjligheter att nå detta syfte.

Avtalsbrott anses föreligga *oberoende av orsaken* till att en handlingsnorm inte följts. Enbart det faktum att en handlingsnorm åsidosatts konstituerar avtalsbrott. De fall då prestationen är omöjlig inkluderas sålunda i begreppet avtalsbrott.

Prestationens omöjlighet befriar part från att fullgöra in natura. Men detta betyder inte att avtalsbundenheten skulle ha upphört. Underlåtenheten att till följd av omöjlighet fullgöra en avtalsprestation kan ge upphov åt vanliga påföljder av avtalsbrott, t.ex. skyldighet att betala ersättning om part framkallat omöjligheten. Omöjlighetsfallen hänföres till avtalsbrotten, se s. 174.

Jfr V i h m a 43: omöjlighet är inte en form av avtalsbrott utan en omständighet som påverkar bedömningen av avtalsbrottets påföljder.

G o d e n h i e l m, Säljarens bundenhet 75, uttalar på basen av en analys av omöjlighetsläran, att omöjligheten inte kan betraktas som rättsgrund för befrielse (säljarens) från en obligation utan att befrielsen härrör av andra omständigheter; begreppet objektiv omöjlighet kan dock upprätthållas som en »terminus technicus» för att rationalisera bedömningen i det enskilda fallet.

Avtalsbrott förutsätter ett *bindande* avtalsförhållande. Detta betyder att ett avtal skall ha kommit till stånd och att det är giltigt. Avtalsbrott föreligger inte om part underlåter att fullgöra en prestation som grundar sig på ett avtalsförhållande vilket till följd av fel i avtalsmekanismen eller av någon ogiltighetsgrund inte är bindande. Part är i sådana fall berättigad att hävda sin obundenhet genom att inte fullgöra. Detsamma gäller om parts bundenhet upphört på grund av en efterföljande rubbning i avtalsbundenheten, t.ex. orsakad av ändrade förhållanden.

Förekomsten av en ogiltighetsgrund behöver inte i och för sig betyda att part är obunden, ibland måste ogiltigheten göras gällande genom klander eller åberopas inom viss tid. Part, som underlåter detta, bedömes enligt reglerna om avtalsbrott om han inte fullgör avtalet.

Den part, som åsidosätter en gällande handlingsnorm, benämnes i det följande *gäldenär*. Den andra parten — den mot vilken avtalsbrottet riktar sig — betecknas

som *borgenär*. Normalt får borgenären med anledning av avtalsbrottet ett anspråk mot gäldernären.

Betr. denna terminologi s. 9 f.

Den som är borgenär i ett avtalsförhållande, t.ex. köparen med avseende på kravet på köpgodset, och som åsidosätter en borgenärsförpliktelse, kommer med avseende på detta avtalsbrott att framstå som gäldenär.

II. När man behandlar avtalsbrott och de situationer som de framkallar, är det inte tillfyllest att konstatera *att* en handlingsnorm har överträtts. Även *orsaken* till avtalsbrottet är av betydelse.

Schematiskt kan man ange följande situationer:

a) Det beror på *gäldenären* att en handlingsnorm har åsidosatts. Gäldenären borde ha förhållit sig annorlunda än han gjort. Han har själv brutit mot avtalet. Ofta är det fråga om ett förhållande som innefattar vållande (culpa).

b) En handlingsnorm har åsidosatts av en *person för vilken gäldenären svarar:* legal ställföreträdare, fullmäktig, person anställd i gäldenärens tjänst, självständig medhjälpare etc. Gäldenären kan tillräknas det som dessa personer gör eller underlåter. De kan ha till uppgift att på gäldenärens vägnar fullgöra eller övervaka fullgörandet av ett avtal eller att vidta andra åtgärder som har anknytning till avtalet. I regel kan gäldenären inte med avseende på avtalsbrott bedömas annorlunda därför att andra personer i hans ställe eller jämte honom har att fullgöra avtalet.

c) Det beror på *motparten* att gäldenären inte fullgjort det vartill en handlingsnorm förpliktar. En säljare har t.ex. undelåtit att leverera i avsaknad av erforderliga instruktioner från köparen. Avtalsbrottet består i åsidosättandet av en borgenärsförpliktelse. Underlåtenheten att fullgöra avtalets huvudförpliktelse, t.ex. prestera köpgodset, är en konsekvens härav.

d) Orsaken till att en handlingsnorm inte följts kan ligga *utanför parternas verkningskrets*. Ibland har en faktisk situation, för vilken part inte svarar, lett till att en handlingsnorm åsidosatts — avtalsobjektet har t.ex. stulits eller det har förstörts eller skadats av brand. I andra fall kan rättsliga hinder ha omintetgjort fullgörelse — t.ex. importförbud eller annan statlig reglering.

De nämnda typsituationerna företer så väsentliga olikheter att man kan ifrågasätta om det är ändamålsenligt att inordna dem under ett gemensamt begrepp avtalsbrott. Samma regler kan inte i alla avseenden gälla för samtliga fall. Starka skäl talar likväl för en enhetlig bedömning och en därav motiverad begreppsbestämning.

I de fall då en handlingsnorm åsidosatts av gäldenären eller av en person för vilken han svarar — grupperna a och b — är det utan tvivel riktigt att tala om avtalsbrott. Avtalet har inte behörigen fullgjorts av gäldenären eller av en person som har att fullgöra till avtalsförhållandet hörande uppgifter i gäldenärens ställe eller vid sidan av honom.

I den mån man jämställer ett åsidosättande av borgenärsförpliktelser och därmed jämförliga situationer — grupp c — med bristande fullgörelse av gäldenärsförpliktelser är det följdriktigt att också hänföra dessa fall till de egentliga avtalsbrotten.

Sett ur gäldenärens synvinkel blir läget ett helt annat när anledningen till att en handlingsnorm inte följts helt ligger utanför parternas verkningskrets -- grupp d. Gäldenären kan med skäl hävda att avtalet inte brutits då faktiska omständigheter omöjliggjort prestation eller rättsliga hinder för fullgörelse är för handen.

Situationen kunde uppfattas så, att prestationshindret försätter avtalets handlingsnormer ur kraft. Det kan därför inte mera vara fråga om att åsidosätta en handlingsnorm, vilket är utmärkande för avtalsbrott. En ny situation har inträtt. Det kan hävdas, att läget bör bedömas enligt andra regler än de som fixerats genom avtalet. Gäldenären har inte brutit avtalet. Han har anspråk på att inte drabbas av följderna av en passivitet när det inte mera existerar en norm som förpliktar honom att handla.

Man kan också se problemet på ett annat sätt.

Det är inte riktigt att betrakta förhållandet blott ur gäldenärens synvinkel. Också borgenärens situation måste beaktas.

För borgenären är det primära att avtalet fullgöres. För honom är situationen densamma oberoende av orsaken till att avtalet inte riktigt fullgjorts. Borgenären strävar självfallet till en lösning som låter honom bli delaktig av avtalets förmåner eller åtminstone få ekonomisk kompensation. För borgenären ter det sig naturligt att såsom avtalsbrott uppfatta alla de situationer då riktig fullgörelse inte skett.

Avgörande för en systematisering kan inte vara huru gäldenären eller borgenären uppfattar de situationer i vilka en för avtalet gällande handlingsnorm har åsidosatts. Väsentligare är de rättsliga följder som en avtalsstörning ger upphov åt. Den viktigaste uppgiften är att precisera dessa följder och deras förutsättningar.

Den centrala faktorn är parts behov av *rättsskydd*. Detta behov bör så långt som möjligt tillgodoses när någon av de för avtalet ursprungligen gällande handlingsnormerna har överträtts helt oberoende av orsakerna till avtalsstörningen.

En ändamålsenlig lösning synes vara att man betraktar alla de i det föregående nämnda avtalsstörningarna, grupperna a—d, ur gemensamma utgångspunkter och betecknar dem såsom avtalsbrott. Detta innebär ingalunda att man ser bort från avtalsbrottens orsaker. Dessa får betydelse när det in casu gäller att avgöra vilka rättsliga följder som kan ifrågakomma. Den följande framställningen torde ge vid handen att en sådan enhetlig behandling av rättsskyddsproblemet är motiverad.

III. Det sagda (I och II) betyder att begreppet avtalsbrott ges en vidsträckt innebörd. *Sammanfattningsvis* kan följande omständigheter understrykas:

Med avtalsbrott betecknas alla de fall då en för ett avtalsförhållande gällande handlingsnorm har åsidosatts. Denna kan vara en avtalad norm, ett lagstadgande, en allmän rättsprincip etc.

Ett avtalsbrott framträder vanligen i att en huvudförpliktelse inte behörigen fullgjorts. Även åsidosättandet av en biförpliktelse konstituerar avtalsbrott. Till avtalsbrott hänförs också de fall då borgenärsförpliktelser försummats.

Avtalsbrott förutsätter ett rättsligt bindande avtalsförhållande.

Oberoende av den orsak, som föranlett att en handlingsnorm åsidosatts, anses avtalsbrott vara för handen. Avtalsbrottet kan ha föranletts av gäldenären eller av någon för vilken han svarar, ha framkallats av borgenären i avtalsförhållandet eller bero på faktiska eller rättsliga omständigheter utanför parternas verkningskrets.

För begreppet avtalsbrott är det inte relevant vilka påföljder som inträder. Avtalsbrott är för handen även när borgenären inte kan rikta något anspråk mot gäldenären trots att en handlingsnorm överträtts.

Utanför avtalsbrottets begrepp faller de situationer i vilka part eftersträvar befrielse från avtalsbundenhet — ursprungliga och efterföljande avtalsrubbningar.

Den innebörd, som här givits begreppet avtalsbrott, är ingalunda den enda möjliga. Man kan tänka sig ett snävare begrepp, t.ex. omfattande blott de situationer då avtalet brutits av gäldenären eller av en person för vilken han svarar, eller endast de fall då borgenären kan göra en särskild påföljd gällande. Begreppsbestämningen måste bli beroende av vad som är ändamålsenligt med tanke på det syfte i vilket man använder begreppet. I en framställning, som avser att ge en översikt av avtalsstörningarna, har det synts ändamålsenligt att använda begreppet i vidsträckt mening.

I litteraturen finner man ingen enhetlighet betr. innebörden av begreppet avtalsbrott (eller motsvarande termer), se bl.a. Godenhielm 52, »kontraktsbrott avser att ge uttryck åt endast det objektiva faktum, att prestationen icke skett avtalsenligt eller på så sätt kontrahenterna måste anses ha förutsatt», han understryker även att avsikten inte är att framhålla något subjektivt moment i gäldenärens handlande eller underlåtande och att varje värdebedömning sålunda är eliminerad; jfr Palmgren — Olsson 104; Arnholm III 225: »Hvis et obligatorisk rettsforhold ikke blir avviklet ved riktig oppfyllelse, og det ikke foreligger særlige forhold som opphever eller suspenderer oppfyllelsesplikten, sier man at debitor misligholder sin plikt» (misligholdelse); Ussing, 50 f, använder misligholdelse »som betegnelse for den ikke-opfyldelse, som i skyldforholdet medfører visse retsvirkninger til fordel for fordringshaveren»; Jørgensen 111 ff, analyserar ingående begreppet misligholdelse, se särsk. 159 f.

Den här använda termen avtalsbrott och dess synonym kontraktsbrott är inte särskilt bra. Ledet »brott» för lätt tanken till ett kriminellt förfarande om vilket det självfallet inte är fråga. Uttrycket avtalsbrott — avtalet brytes — framhäver även i viss mån att orsaken till att en för avtalet gällande norm åsidosatts står att söka hos någondera parten, vilket ingalunda behöver vara fallet. Därtill kommer att termen avtalsbrott kan väcka föreställningen att avtalet i dess helhet brutits ehuru det ofta blott är fråga om en mindre »pliktförsummelse», som blott i någon detalj påverkar avtalets avveckling, t.ex. ett ringa fel i köpgodset, varav följer en mindre prisnedsättning.

Någon lämplig svenskspråkig term, som skulle täcka de situationer som här betecknats såsom avtalsbrott, finns tyvärr inte.

Detsamma kan sägas om dansk och norsk terminologi. Termen misligholdelse — misligholdelse

— har visserligen en fastare innebörd än termen kontraktsbrott utan att dock vara tillräckligt klart fixerad.

Se UCC sec. 1—201 (16): »Fault means wrongful act, omission or breach».

IV. Det är inte möjligt att uttömmande ange alla *typer av avtalsbrott*. De handlingsnormer, som kan gälla i avtalsförhållanden, har mycket olika innebörd och räckvidd. Då avtalsbrott innebär att en handlingsnorm har åsidosatts, kan det egentligen finnas lika många slag av avtalsbrott som det finns typer av handlingsnormer. Ett närmare studium av olika avtalsbrott kan därför ske blott i samband med en analys av olika avtalstyper och de handlingsnormer som gäller för dem.

I syfte att konkretisera begreppet avtalsbrott och belysa bakgrunden till den följande behandlingen är det motiverat att peka på några typer av avtalsbrott:

a) Underlåtenhet att fullgöra en prestation eller försenad fullgörelse (dröjsmål).

b) Avtalsförpliktelser fullgöres inte på det sätt eller i den omfattning som handlingsnormerna påbjuder

— avvikelsen hänför sig till platsen för prestationen eller till prestationens mottagare,

— avtalsobjektet motsvarar inte i fråga om kvalitet eller kvantitet det som avtalats,

— den rättighet, som utgör föremål för avtal, existerar inte eller är behäftad med inskränkningar,

— åsidosättande av vårdplikt.

c) Överskridande av avtalat eller i lag stadgat förbud.

d) Åsidosättande av garantiförpliktelser.

e) Underlåtenhet att fullgöra borgenärsförpliktelser.

Se även Vihma 328 f, Arnholm III 232 ff, Ussing 90 ff.

Som avtalsbrott uppfattas i denna framställning även *mora accipiendi* — borgenären i avtalsförhållandet lämnar inte erforderlig medverkan till avtalets fullgörande, köparen vägrar t.ex. att ta emot godset. Detta bör uppfattas såsom åsidosättande av en borgenärsförpliktelse. En rätt allmän uppfattning i nordisk litteratur är att borgenären inte har någon skyldighet utan endast en rätt att motta gäldenärens prestation, underlåter han det är det således inte — åtminstone inte normalt — fråga om avtalsbrott från hans sida. En hållbar grund för denna ståndpunkt har jag inte kunnat finna. Den regel, enligt vilken borgenären har att medverka vid avtalets avvecklande, är att betrakta som en handlingsnorm på samma sätt som de normer vilka ansett såvälva förpliktelser i egentlig mening. Mottagandet av avtalsobjektet är ett väsentligt led i avtalets fullgörande. Avtalet är en form av samverkan mellan parterna, och de olika leden i denna samverkan bildar en helhet. Den omständigheten att borgenären vanligen inte kan tvingas att motta avtalsobjektet hindrar inte att man talar om en verklig förpliktelse. Dess åsidosättande kan ha andra påföljder, t.ex. skadestånd. Även på gäldenärens sida kan finnas förpliktelser som inte kan förverkligas tvångsvis (se s. 187 f). — Se betr. detta problem den grundliga utredning som med avseende på köparens mora accipiendi gjorts av Portin 159 ff, särsk. de sammanfattande synpunkterna 273 ff; betr. olika uppfattningar i litteraturen se Portins hänvisningar; se även Godenhielm 180 ff, Palmgren — Olsson 113 samt Ussing 207 med hänvisningar även till utomnordisk rätt.

När man har att bedöma påföljderna av avtalsbrott, kan det vara av betydelse om ett avtalsbrott är *väsentligt* eller ej. Man kunde därför, med tanke på en systematisering av avtalsbrotten, tänka sig en tudelning i väsentliga och icke-väsentliga avtalsbrott.

Med hänsyn till det påföljdssystem, som gäller hos oss, är det inte motiverat att generellt göra en sådan uppdelning. Förutsättningarna för påföljder bestämmes ofta av andra faktorer än av avtalsbrottets väsentlighet — detta är t.ex. fallet med ersättningsskyldigheten. Väsentlighetsbedömningen får huvudsakligen betydelse med avseende på hävning (nedan 4.) medan den i övrigt träder i bakgrunden.

Jfr IntKöpL, enligt vilken uppdelningen i väsentliga och icke-väsentliga avtalsbrott genomgår sanktionssystemet; i art. 10 definieras väsentligt avtalsbrott som »a fundamental breach of contract»; se härom Godenhielm, DL 1965 100 ff.

2. RÄTTSLÄGET EFTER AVTALSBROTT

I. När en handlingsnorm överträtts, ändras det rättsläge som tillkom genom avtalets ingående. En ny situation har inträtt. Denna måste i många avseenden bedömas enligt andra regler än de ursprungliga handlingsnormerna.

I detta skede aktualiseras parts anspråk på rättsskydd, i första hand borgenärens. Man eftersträvar att avveckla avtalsförhållandet på ett sådant sätt, att parternas på avtalet grundade intressen blir tillgodosedda i största möjliga utsträckning. Samtidigt bör man tillse, att de olägenheter, som själva avtalsbrottet orsakat, inte oskäligt hårt drabbar någon av parterna. För dessa syften finns en rättsskyddsmekanism som kan träda i funktion på borgenärens initiativ. De normer, som härvid kommer till tillämpning, är av typen påföljdsnormer (s. 34).

Ett avtalsbrott betyder inte i och för sig att parterna skulle befrias från sina skyldigheter enligt avtalet eller förlora de rättigheter som avtalet tillerkänner dem. Detta gäller både den part som brutit avtalet — gäldenären — och den part mot vilken avtalsbrottet riktar sig — borgenären. Trots avtalsbrottet är båda parter fortfarande bundna vid avtalet — *principen om fortsatt bundenhet.*

Denna princip är av grundläggande betydelse för bedömandet av avtalsbrott och deras rättsliga följder. Den bygger på det faktum att parterna, när de ingått avtal, avgivit bindande förklaringar eller annars uppträtt på ett sådant sätt att bundenhet uppkommit. Ett ensidigt brytande av avtalet bör inte kunna rubba den genom båda parters medverkan uppkomna bundenheten. Därjämte bör man beakta den ekonomiska faktorn: om avtalet inte fullgöres riktigt, kvarstår borgenärens anspråk på det ekonomiska utbyte som en regelenlig fullgörelse skulle ha givit honom. Principen om fortsatt bundenhet har sålunda både en juridisk och en ekonomisk grund.

Se Corbin 5, 455: principen om »compensation» avser »to put the injured party in as good a position as he would have had if performance had been rendered as promised».

Jfr Ussing, 78 f, som behandlar misligholdelse såsom »en svigtende forudsætning eller betingelse (i vid betydning)».

II. Principen om fortsatt bundenhet innebär ingalunda att parternas rättigheter och skyldigheter skulle fortbestå oförändrade. De påverkas av avtalsbrottet. Avtalsförhållandet kommer att domineras av andra normer än tidigare. Dessa tar främst sikte på att *avveckla* avtalsförhållandet i den ändrade situation som avtalsbrottet framkallat.

Avveckling efter avtalsbrott kan ske på många olika sätt beroende på avtalsbrottets art och omfattning, avtalets natur och avtalsvillkorens utformning, vilken av flera alternativa avvecklingsmöjligheter part väljer, vilka rättsliga tvångsmedel som står till buds etc.

Utgående från principen om fortsatt bundenhet kan man peka på följande centrala spörsmål som har avseende på avtalsförhållandets avveckling:

1) Ofta framstår det som möjligt och naturligt att avtalet fullgöres enligt sitt innehåll trots avtalsbrottet. Borgenären kan hålla fast vid avtalet och kräva att få det som avtalet tillerkänner honom. Han yrkar att gäldenären skall fullgöra den förpliktelse som åsidosatts — krav på avtalsprestation (prestation in natura). Detta krav förutsätter inte någon uttryckligt angiven rättsgrund vare sig i avtal eller lag. Det framstår som en logisk konsekvens av principen om fortsatt bundenhet och av de motiv som bär upp den.

I de fall då borgenären har möjlighet att kräva avtalsprestation, kan gäldenären ha en motsvarande rätt att få fullgöra avtalet. Likväl bör borgenären under vissa förutsättningar kunna motsätta sig att avtalet fullgöres enligt sitt innehåll (hävning).

Om gäldenären inte efterkommer borgenärens krav på avtalsprestation, blir den följande frågan huruvida rättsordningen erbjuder tvångsmedel genom vilka gäldenärens avtalsförpliktelser kan fullgöras.

Kravet på avtalsprestation är inte absolut. Principen om fortsatt bundenhet kan tillgodoses på annat sätt än genom fullgörelse in natura, t.ex. genom ersättning i stället för avtalsprestation. Man har därför att undersöka i vilka fall och under vilka förutsättningar borgenären har ett krav på prestation enligt avtalet. Detta problem angripes bäst så, att man klarlägger vilka omständigheter som utesluter kravet på avtalsprestation. Främst kan nämnas omöjlighet samt fall då fullgörelse skulle medföra sådana svårigheter och olägenheter för gäldenären, att rättsordningen rimligen icke bör tillmötesgå ett krav på avtalsprestation.

2) Den omständigheten att gäldenären åsidosatt en handlingsnorm befriar inte borgenären från att för sin del fullgöra avtalet. Principen om fortsatt bundenhet gäller vardera parten.

Här uppstår likväl frågan huruvida borgenären, som en följd av avtalsbrottet, kan upplösa sin avtalsbundenhet eller temporärt låta bli att för sin del fullgöra avtalet eller viss del därav.

Frågeställningen framträder främst i ömsesidiga avtalsförhållanden där prestation och motprestation förutsätter varandra. Det gäller framför allt att undersöka om och under vilka betingelser

— borgenären kan, helt eller till en del, frånträda avtalet på ett sådant sätt att han motsätter sig prestation från gäldenärens sida och samtidigt fritar sig själv från skyldigheten att fullgöra sin del av avtalet (hävning), eller

— borgenären kan innehålla sin motprestation.

3) Avtalsbrott kan leda till en ändring av de för avtalet gällande normer som reglerar parternas rättigheter och skyldigheter. För part kan även uppkomma nya rättigheter och skyldigheter. Följande fall må nämnas:

— den åsidosatta avtalsförpliktelsen kompenseras med en annan, t.ex. ersättning i stället för avtalsprestation,

— för gäldenären uppstår skyldigheter utöver avtalsprestationen, t.ex. ersättning med anledning av försenad prestation,

— borgenären kan rikta ett anspråk mot tredje man, t.ex. mot en löftesman,

— en för borgenären gällande handlingsnorm modifieras, borgenären behöver t.ex. inte betala fullt vederlag,

— parts risk ändras t.ex. så att faran för avtalsobjektet övergår från borgenären till gäldenären.

4) Ett avtalsbrott kan föranleda att nya normer — andra än de som gällde när avtalsläget uppkom — träder i funktion. Dessa kan vara av många olika slag beroende på avtalstyp, avtalsbrottets art, huruvida någon del av avtalet redan fullgjorts m.fl. omständigheter. Det är icke möjligt att utan en närmare analys ange vilka normer som aktualiseras genom avtalsbrottet. Normerna kan vara avtalade — parterna har själva räknat med möjligheten av avtalsbrott och överenskommit om lösningar som föranleds därav, t.ex. preciserat de förutsättningar under vilka borgenären kan häva avtalet eller fixerat en straffränta. Ofta har parterna inte på förhand reglerat följderna av avtalsbrott. De erforderliga normerna står då att finna utanför avtalet, i lag, handelssed etc.

Till denna kategori hör bl.a.:

— regler om den ordning vari borgenären kan göra gällande sina genom avtalsbrottet aktualiserade anspråk (reklamation och hävningsförklaring),

— normer om vårdplikt eller andra skyldigheter som närmast tar sikte på att skydda motpartens intressen,

— regler om restitution eller annan avveckling när avtalet delvis fullgjorts.

De regler, enligt vilka de i p. 1—4 nämnda frågorna skall lösas, är påföljdsnormer (s. 34).

III. De problem, som skisserats i föregående punkt, berör avtalsbrottets *påföljder* (s. 10).

Utmärkande för påföljderna är att de avser att ge part rättsskydd i den situation som ett avtalsbrott framkallat. Det är fråga om åtgärder eller förhållanden som föranletts av att en för avtalet gällande handlingsnorm åsidosatts. Vanligen framträder påföljderna i *anspråk* eller krav som borgenären riktar mot gäldenären, t.ex. ersättningskrav. Någon gång innebär påföljderna förpliktelser för borgenären, t.ex. vårdplikt. Ett anspråk aktualiserar en motsvarande skyldighet för gäldenären, t.ex. att betala ersättning.

Förverkligandet av en påföljd förutsätter vanligen en aktivitet från borgenärens sida, t.ex. avgivande av hävningsförklaring. Undantagsvis inträder en påföljd automatiskt, t.ex. när risken för avtalsobjektet till följd av avtalsbrott övergår till gäldenären.

Påföljdsreglerna erbjuder borgenären *möjlighet* att få rättsskydd. Det beror på honom själv om han vill framställa ett anspråk eller finna sig i den uppkomna situationen.

Ofta kan borgenären välja mellan *alternativa* påföljder, t.ex. mellan hävning och krav på avtalsprestation. Ibland kan påföljder göras gällande vid sidan av varandra, t.ex. hävning och krav på ersättning.

Påföljder av avtalsbrott har i första hand en *reparativ* funktion. De anspråk, som tillkommer borgenären, tar sikte på att så långt som möjligt tillgodose hans genom avtalet fixerade intressen. Kravet på avtalsprestation är härvid primärt, genom dess fullgörande kan avtalsbrottets verkningar måhända helt elimineras. I andra fall avser ett anspråk att ge borgenären det ekonomiska värde, som avtalet representerar, t.ex. ersättning för det positiva avtalsintresset vid utebliven prestation.

Ibland har man understrukit påföljdernas *preventiva* funktion. Det förefaller inte osannolikt att påföljdsregler i någon mån kan förebygga avtalsbrott. Det är möjligt att gäldenären presterar inför hotet att borgenären t.ex. häver avtalet eller kräver ersättning. Det är likväl oklart huru omfattande den preventiva funktionen kan vara. Den har troligen ofta överdrivits. När avtalsbrott beror på omständigheter utanför parternas verkningskrets, t.ex. force majeure, blir det inte fråga om prevention.

Betr. ersättningsreglernas och speciellt culparegelns eventuella preventiva funktion, s. 275.

Påföljderna kan verka som *påtryckningsmedel*. Hotet om en viss påföljd kan framtvinga prestation. I detta avseende har påföljderna olika styrka. Påtryckningsfunktionen framträder tydligt i fråga om t.ex. avtalsvite (s. 442).

Se betr. här berörda frågor Jørgensen 160 ff.

Det anspråk, vari en påföljd framträder, kan ha sin grund i själva avtalsbrottet. Sålunda kan borgenären framställa krav på ersättning för de kostnader som avtalsbrottet orsakat honom. I andra fall utgör avtalet den egentliga grunden för borgenärens anspråk, t.ex. när borgenären kräver avtalsprestation eller ersättning för positivt avtalsintresse.

Avtalsbrott föranleder inte alltid påföljder. Åsidosättandet av en handlingsnorm kan vara av den art eller den ringa omfattning, att borgenären bör finna sig däri. I den samverkan, som ett avtal förutsätter, måste parterna i viss utsträckning räkna med avvikelser. Det finns en toleransgräns. I regel bör t.ex. en köpare inte kunna åberopa ett dröjsmål som är helt irrelevant för honom. Härtill kommer att den gräns, vid vilken en påföljd inträder, kan dras olika för olika påföljder, t.ex. ett ringa fel i köpgodset ger inte köparen hävningsanspråk, ett krav på prisminskning kan däremot vara motiverat.

Från de egentliga påföljderna avskiljer man ofta borgenärens krav på avtalsprestation (prestation in natura). När borgenären framställer detta krav, gör han blott gällande sin rätt i överensstämmelse med avtalet. Det är likväl motiverat att ta med jämväl kravet på avtalsprestation när man behandlar avtalsbrottets påföljder. Avvecklas avtalet normalt — utan avtalsbrott — behövs vanligen intet särskilt krav från borgenärens sida. Kravet på avtalsprestation framstår såsom en konsekvens av avtalsbrottet och såsom borgenärens reaktion mot detta. Kravet aktualiserar därjämte frågan om de rättsliga tvångsmedel, som kan användas mot gäldenären för att framtvinga avtalsenlig prestation. De normer, som härvid tillämpas, reglerar verkningarna av avtalsbrott. Dessutom är att märka att kravet på avtalsprestation blott är ett alternativ till andra »egentliga» påföljder.

Jfr Palmgren 82, Godenhielm 61.

I det följande kommer kravet på avtalsprestation att behandlas såsom en påföljd av avtalsbrott. Begreppet påföljd ges sålunda en vidsträckt innebörd. Däri innefattas alla fall av avveckling av avtalsförhållandet efter det avtalsbrott förekommit med undantag för de fall då avvecklingen sker genom särskild överenskommelse.

Kravet på avtalsprestation uppfattas i allmänhet inte såsom en påföljd av avtalsbrott utan såsom en kontraktsenlig befogenhet som kan utövas trots avtalsbrottet; av praktiska skäl behandlas kravet likväl ofta i samband med avtalsbrott; se Portin 59, Ussing 60 f och av dem åberopad litteratur; se även Arnholm III 240: det är en följd av gäldenärens mislighold att borgenären får rätt att kräva bistånd av myndigheter för att få sitt krav genomfört. — Frågan huruvida kravet på avtalsprestation är en påföljd eller inte är ofruktbar, den tillför inte den rättsliga bedömningen något nytt.

Påföljderna utgör det stora problemkomplexet när man har att klarlägga avtalsbrottets olika aspekter. De centrala frågorna är *vilka anspråk* (krav) som borgenären

kan framställa på grund av avtalsbrottet, *förutsättningarna* för och *omfattningen* av dessa anspråk, *sättet* för framställande och genomförande av anspråken samt möjligheten att *välja* mellan olika påföljder. Härtill kommer frågan om *automatiska* påföljder, som inte är beroende av krav från borgenärens sida. Vid avveckling efter avtalsbrott är part ofta skyldig att *återställa* (restituera) mottagen prestation. Den sistnämnda frågan behandlas inte i det följande.

Den följande utredningen har till syfte att, oberoende av avtalstyp, ange huvuddragen av de påföljdsfrågor som här antytts. Systematiskt mest ändamålsenligt synes vara att behandla olika påföljder särskilt för sig. Indelningsgrund blir således inte avtalsbrottens art — dröjsmål, felaktig prestation etc. — utan avtalsbrottens påföljder.

Endast ingående analyser av olika avtalstyper och olika slag av avtalsbrott kan klarlägga vilka påföljder som kan inträda när avtalsbrott förekommit samt dessa påföljders förutsättningar och närmare utformning. Utgångspunkten för ett resonemang om påföljderna av avtalsbrott bör vara att påföljderna inte bildar ett slutet system. Den möjligheten får inte uteslutas att man i särskilda fall avvecklar avtalsförhållandet med avvikelse från de ofta schematiska regler som tar sikte på de normala påföljderna av avtalsbrott — främst hävning och ersättning. Avtalets bestämmelser, det faktiska läge som ett avtalsbrott framkallat samt parternas behov av rättsskydd kan framtvinga lösningar vilka skiljer sig från dem som vanligen följes vid avveckling av avtalsförhållanden. Trots sådana olikheter är behovet av en standardisering av påföljderna uppenbar.

Den följande framställningen beaktar i första hand de vanligaste och därmed viktigaste påföljderna.

Vanligen är det givet vem som kan framställa ett anspråk på grund av avtalsbrott och mot vem anspråket kan riktas. I speciella fall kan oklarhet uppstå: i avtalsförhållandet förekommer flera borgenärer och/eller gäldenärer, en ursprunglig part har överlåtit eller överfört en på avtalet vilande rätt eller skyldighet, avtalet ger tredje man en rätt, krav kan framställas mot tredje man etc. Dessa specialproblem berörs inte i det följande.

Se bl.a. Rodhe §§ 54, 55.

IV. Ibland har parterna *i avtalet* reglerat påföljdsfrågan. De har intagit en klausul om avtalsvite eller om frihet från ansvar till följd av strejk eller andra prestationshinder. Sådana avtalade påföljdsnormer gäller inom ramen för parternas avtalskompetens. Man har att utgå från att lagens påföljdsregler är dispositiva. Undantag förekommer likväl; parterna kan t.ex. inte överenskomma om andra rättsliga tvångsmedel än dem som lagen anger.

Det är möjligt för parterna att *efter* ett avtalsbrott enas om en avveckling. Denna möjlighet förbigås i det följande.

När reglering genom avtal saknas, löses påföljdsfrågorna i första hand av *lagstadganden*. Det finns lagar om speciella avtal innehållande detaljerade föreskrifter om påföljder av avtalsbrott (t.ex. HyresL, JordlegoL). Också i dessa lagar finns luckor. Beträffande andra avtalstyper -- köp, ombudsavtal etc. — finns blott bristfälliga lagstadganden (t.ex. HB 1: 4, 18: 4). För många avtalstyper — t.ex. entreprenadavtal — förekommer inte alls någon reglering i lag.

Avgöranden rörande påföljder av avtalsbrott måste ofta träffas *utan stöd av vare sig avtalsklausul eller lag*. Den följande framställningens syfte är bl.a. att utreda enligt vilka linjer avtalsförhållandets avveckling kan ske i sådana fall.

I nordisk doktrin behärskas debatten om avtalsbrott (deras påföljder) av köplagen (de nordiska köplagarna), dess systematik och detaljreglering. Stadgandena i köplagen har ofta uppfattats som uttryck för allmänna principer och de har i stor utsträckning — medvetet eller omedvetet — använts för analogitillämpning. Också i Finland, där de nordiska köplagarnas reglering i många stycken accepterats av praxis, kan man skönja en liknande inställning. Det är likväl inte riktigt att beträffande avtal i allmänhet okritiskt godta köprättens reglering. Också inom köprätten finns det många specialproblem, som inte har motsvarigheter för andra avtals vidkommande. Köpavtalet domineras av säljarens skyldighet att prestera godset och påföljdsreglerna har i mycket utformats med beaktande härav. I fråga om andra avtal, t.ex. arbets- och pantavtal, är andra problem centrala. Deras inpassande i köprättens påföljdssystem kan vara felaktigt. Därtill kommer att de förhållanden, under vilka köplagen kom till i början av detta sekel, väsentligen har ändrats. De lösningar som hittills accepterats inom köprätten behöver inte vara de riktiga i dagens situation. — Se även Jørgensen 119 f, Arnholm III 230 f.

V. Bland påföljderna av avtalsbrott förekommer inte *straff*. Ett avtal reglerar parternas inbördes förhållanden i enlighet med vad de själva överenskommit inom områden där avtalsfrihet i princip råder. Straffsanktioner fyller andra ändamål än att förmå en person att fullgöra ett löfte. De hör inte till privata rättsförhållanden. Också den inom straffrätten allmänt vedertagna legalitetsprincipen — nulla poena sine lege — utesluter i princip en kriminalisering av avtalsbrotten.

Undantag kan förekomma i stöd av stadgande i lag, se ArbAvtL § 54, som kriminaliserar en del handlingar av karaktären avtalsbrott.

Det sagda utesluter självfallet inte att ett avtalsbrott kan ha skett under sådana omständigheter eller på ett sådant sätt att detsamma motsvarar kriterierna på en brottslig handling. Underlåtenhet att återställa pant kan bero på att panthavaren förskingrat den (försnillning), part kan ha orsakat skada på gods som han innehar på lega (skadegörelse), en säljare kan ha avlämnat felaktigt gods under sådana förhållanden att hans förfarande innefattar bedrägeri etc.

Se t.ex. *HD 1950 II 44* (bedrägeri, hävning), *1933 II 67*.

Den omständigheten att en handling eller underlåtenhet, som konstituerar avtalsbrott, även innefattar en straffbelagd handling är i princip irrelevant för frågan om avtalsbrottets egentliga påföljder. Sålunda bedömes följderna av att ett legoföremål nedgått i värde på enahanda sätt oberoende av om legotagaren uppsåtligen skadat detsamma (SL 35: 3) eller genom oförsiktighet orsakat skadan. I vartdera fallet bedömes ersättningsskyldigheten lika.

Se även Portin, JFT 1971 45.

Ett samband mellan straff och civilrättslig påföljd kan likväl ibland förekomma. Ifall gäldenären bindes vid en kriminell handling, har det även konstaterats, att culpa är för handen. Existensen av culpa eller graden av vållande har — såsom nedan närmare klarlägges — i viss utsträckning betydelse för avtalsbrottets påföljder. Men också i sådana fall är den avgörande faktorn att avtalsbrottet kan tillräknas gäldenären såsom skuld och inte att han begått en kriminell handling. — Se även Rodhe § 53.

3. KRAV PÅ AVTALSPRESTATION

I. När ett avtalsbrott förekommit, blir borgenärens naturliga reaktion att gäldenären skall följa den handlingsnorm som åsidosatts. Borgenärens anspråk går ut på att avtalet skall fullgöras enligt dess innehåll. Om prestationen helt uteblivit, kräver borgenären fullgörelse. Har prestation skett, men den varit felaktig eller bristfällig — icke i allt överensstämmande med avtalet — fordrar borgenären ny prestation eller komplettering av det som presterats.

Detta borgenärens anspråk benämnes i det följande *krav på avtalsprestation.*

Denna term pekar på att borgenären fordrar det som avtalet anger. — Man brukar även använda termen krav på naturaprestation, prestation in natura eller naturafullgörelse. Härvid avser man vanligen andra prestationer än penningprestationer, t.ex. sak- och arbetsprestationer; se bl.a. Godenhielm 59, 165, Portin 59 not 1, Rodhe § 3 vid not 4, Ljungman 15.

Termerna krav och anspråk användes i det följande synonymt. — Jfr Hakulinen 19: när de materiella betingelserna för framställande av krav mot gäldenären är för handen, säges borgenären ha en kravrätt eller ett anspråk.

Begreppet avtalsprestation är neutralt i den meningen att det inte pekar på prestationens innehåll. I detsamma innefattas alla slag av fullgörelse, också i penningar.

Kravet på avtalsprestation är en till gäldenären riktad förklaring att borgenären. trots avtalsbrottet, håller fast vid avtalets bestämmelser och yrkar att gäldenären skall fullgöra avtalet. Om gäldenären handlar i överensstämmelse med kravet, elimineras vanligen verkningarna av avtalsbrottet. Borgenären har inte anledning att framställa något annat anspråk. Avtalet har avvecklats enligt sitt innehåll. Ibland kan det likväl bli fråga om ett anspråk utöver kravet på avtalsprestation, t.ex. krav på ersättning föranlett av dröjsmål.

Krav på avtalsprestation kan framställas på olika sätt. Vanligen har det formen av ett enskilt meddelande från borgenären till gäldenären. Kravet kan även framställas genom delgivning av stämning, lagsökning eller ansökan om betalningsorder.

Ett krav på avtalsprestation innebär vanligen att borgenären fordrar att gäldenären skall fullgöra avtalet i dess helhet eller — uttryckt på annat sätt — den huvudförpliktelse som åvilar honom, t.ex. överlämna en sak, betala hyra, utföra ett arbete. När borgenärens anspråk gäller en negativ förpliktelse, går det ut på ett förbud för gäldenären att handla. Kravet kan även ta sikte på fullgörandet av en biförpliktelse, t.ex. skyldighet för hyresgästen att låta hyresvärden utföra reparationer i lägenheten (HyresL § 22).

Vanligen är biförpliktelserna av den art, att det inte blir fråga om krav på deras fullgörande utan om andra påföljder, t.ex. hävning; se Hakulinen 59, 62 samt nedan IV.

Kravet på avtalsprestation framstår som en naturlig tillämpning av de tankar och strävanden som bär upp principen om avtals bindande kraft (parternas fortsatta bundenhet). Gäldenären frigöres inte från sina av handlingsnormerna preciserade skyldigheter genom att bryta avtalet. Borgenären bibehålles vid sin rätt att få de förmåner och åtnjuta de intressen som tillkommer honom enligt avtalet. Avtalsbrottet har inte upphävt de handlingsnormer som binder parterna. Detta är den principiella utgångspunkten.

Även om det sålunda är givet att borgenären har rätt att fordra att gäldenären fullgör avtalet enligt dess innehåll, är det ingalunda därmed sagt att det alltid kan ges dom som förpliktar till prestation. Krav (anspråk) på avtalsprestation — såsom påföljd av avtalsbrott — betyder vanligen även att gäldenären genom dom kan förpliktas att fullgöra sina avtalsförpliktelser.

Man får inte uppfatta förhållandet så, att ett fasthållande vid principen om fortsatt bundenhet med nödvändighet skulle leda till att borgenären alltid har ett krav på avtalsprestation. Det har tidigare understrukits, att principen om avtals bindande kraft ingalunda innebär att fullgörandet av ett avtal skall genomdrivas med alla tillgängliga medel. Avtalsbundenheten kan också ges den innebörden, att borgenären skall få de ekonomiska förmåner som avtalet förutsätter. Detta kan ofta förverkligas utan att avtalsprestationerna fullgöres, t.ex. i form av ersättning för utebliven prestation. Härtill kommer att frågan om de påföljder, åt vilka ett avtalsbrott ger upphov — kravet på avtalsprestation är en sådan påföljd — inte får avgöras med ledning av principiella ställningstaganden. Det är ytterst fråga om huru ett avtalsförhållande skall avvecklas på ett ändamålsenligt sätt med beaktande av de konkreta behov av rättsskydd som gör sig gällande i det aktuella fallet. Det gäller härvid att beakta de fördelar och nackdelar som i det enskilda fallet är förknippade med ett genomförande av kravet på avtalsprestation.

Se bl.a. Ljungman 25 ff, Jørgensen 9, 22; Kivimäki, JFT 1957 156 ff.

I de fall då det ur rättsskyddssynpunkt anses angeläget att borgenären får kräva avtalsprestation, bör rättsordningen erbjuda sådana *tvångsmedel* (exekutiva åtgärder) att krav kan förverkligas genom dem. Det är i viss mån inkonsekvent att tala om gäldenärens plikt att fullgöra och borgenärens motsvarande krav på prestation, ifall plikten och kravet inte kan förverkligas med rättsordningens hjälp. Huru man än ser på detta problem, synes borgenärens krav på avtalsersättning ha ett nära samband med exekutionsrättsliga stadganden. Materiella och processuella faktorer framträder som olika sidor av samma problem.

Se bl.a. Jørgensen 7, 23 f, Rodhe § 32 vid not 21—25.

Också om det förefaller rimligt och praktiskt att säga, att borgenären har krav på avtalsprestation blott i de fall då rättsliga tvångsmedel står till förfogande, kan man likväl inte förbise, att det kan finnas ett visst fog för att låta borgenären kräva avtalsprestation utan hänsyn till om ett exekutionsmedel står till buds eller ej. Domstolens utslag kan visserligen inte i detta fall verkställas. Kravet framträder likväl som ett påtryckningsmedel vilket kan förmå gäldenären att prestera. Om detta inte sker, kan borgenärens anspråk under exekutionsstadiet eventuellt förvandlas till ett realiserbart penningkrav. Detta kan ske så, att överexekutor enligt UL 3: 4 m. 1 bemyndigar borgenären att själv på gäldenärens bekostnad ombesörja utförandet av det som uteblivit, varefter det sålunda fixerade beloppet genom utmätning uttages ur gäldenärens egendom.

Innan man tar ställning till frågan om betingelserna för borgenärens krav på avtalsprestation är det under alla omständigheter av vikt att klarlägga vilka slag av rättsliga tvångsmedel som står till buds. Här kan det endast bli fråga om en allmän översikt (II).

Allmän förutsättning för exekution är att prestationsskyldigheten fastställts genom domstols dom (UL 3: 1) eller genom skiljedom. Domstols dom behöver inte nödvändigt ha vunnit laga kraft. I undantagsfall kan verkställighet ske utan dom (FörsBolL § 87).

Tvångsmedlen är i första hand beroende av prestationens beskaffenhet.

II. Med avseende på *penningprestationer* (betalning) är situationen klar — borgenärens krav kan i princip alltid genomföras. Det sker genom utmätning (UL 3: 2 m. 1 p. 1) eller konkurs. En annan sak är att exekutionen blir resultatlös i de fall då gäldenären saknar utmätningsbara tillgångar.

I detta sammanhang bör även nämnas de exekutiva säkerhetsåtgärderna kvarstad, skingringsförbud och reseförbud.

Betalning utgör ofta vederlag för en annan avtalsprestation. I sådana fall kan gäldenären vanligen åläggas att betala endast mot att han erhåller avtalad motprestation.

Se t.ex. *HD 1932 I 27*,

Krav på betalning i *utländsk valuta* kan stöta på svårigheter.

Normalt sker betalning i betalningsortens myntslag (se SBL § 7 m. 1). Utmätning kan alltså ske på samma sätt som om skulden varit fixerad i finska mark. Det blir blott fråga om en omräkning enligt betalningsdagens kurs.

Innehåller avtalet en klausul om effektiv betalning i främmande mynt (se SBL § 7 m. 1, VäxelL § 41 m. 3, CheckL § 36 m. 3), kan kravet verkställas om gäldenären har erforderlig mängd av den främmande valutan. Gäldenärens betalningsförpliktelse kan jämföras med en varuskuld (se UL 4: 1). Borgenären kan frångå kravet på betalning i främmande valuta och yrka på att få betalt i finska mark. Detta anspråk kan verkställas genom vanlig utmätning.

För *naturaprestationer* — andra förpliktelser än sådana som avser betalning (penningar) — finns olika tvångsmedel. Dessa är dels direkta dels indirekta (medelbara).

Se betr. de två typerna av tvångsmedel, E l l i l ä 312 ff.

Främst har man att nämna de i UL reglerade tvångsmedlen:

— utmätning i stöd av krav på »varor» (genussaker), UL 3: 2 m. 1 p. 1,

— överföring av besittning till viss lös egendom (species), UL 3: 2 m. 1 p. 2,

— vräkning, då gäldenären förpliktats att frånträda besittningen av fast egendom eller av bostad eller annan lägenhet, UL 3: 2 m. 1 p. 5 samt 3: 9,

— inrymmande, borgenären insättes i besittningen till fastighet eller lägenhet, UL 3: 9,

— bemyndigande för borgenären att på gäldenärens bekostnad utföra de för verkställighet nödvändiga åtgärderna, UL 3: 4 m. 1,

— vite eller häkte för att förmå gäldenären att utföra sådant som annan inte kan fullgöra, UL 3: 4 m. 1,

— åläggande för gäldenären att utfärda skriftlig handling eller att avge förklaring; domstolens dom ersätter handlingen eller förklaringen, UL 3: 4 m. 2,

— förbudsdom, om gäldenären bryter mot den kan han av överexekutor ådömas vite och i andra hand av domstol dömas till fängelse, dessutom kan överexekutor föreskriva vidtagande av sådana åtgärder att förbudets överträdande förebygges, UL 3: 5,

— tvångsförvaltning av utmätt fastighet, UL 4: 25.

Se betr. dessa olika exekutiva åtgärder, E l l i l ä 286 ff; för svensk rätt R o d h e § 32 vid not 3 ff.

I ett flertal speciallagar finns stadganden om särskilda verkställighetsåtgärder; i det avseendet kan man bl.a. hänvisa till UpphovsL § 58, VarumärkesL § 41, PatentL § 59, AvbetKöpL § 9, LösöreIntL § 25. — Se även UL 7: 14. — Betr. biförpliktelser kan bl.a. hänvisas till LösöreIntL § 25, HyresL § 23.

Det exekutionssystem, som lagen uppställer för naturaprestationer, är inte fullständigt. Det täcker inte alla tänkbara borgenärskrav. Utanför faller t.ex. kraven att ar-

betstagare, syssloman eller depositarie skall utföra sina avtalsförpliktelser med den omsorg som avtalet förutsätter, likaså en utan skäl avskedad arbetstagares krav att bli återinsatt i arbetet. I sådana fall måste borgenären ty sig till andra rättsskyddsmedel, vanligen ersättningskrav. De exekutiva myndigheterna kan inte tillgripa andra slag av verkställighet än lagen föreskriver. Lagens exekutionssystem är i den meningen slutet.

III. Man kan sålunda (II) konstatera, att UL och en del andra stadganden i vid omfattning erbjuder medel genom vilka olika slag av avtalsprestationer kan genomföras tvångsvis. Härav får man likväl inte dra slutsatsen, att ett krav på avtalsprestation vore berättigat i varje fall då ett exekutivt tvångsmedel står till buds. Verkställighetsstadgandena bör uppfattas så, att de av dem anvisade tvångsmedlen kan användas när det finns en utanför exekutionsrätten liggande grund för ett anspråk. Exekutionsstadgandenas syfte är att möjliggöra genomförandet av »materiellt grundade» anspråk.

Kravet på avtalsprestation är i första hand beroende av om borgenären har ett faktiskt behov att få *rättsskydd* i denna form. Anspråket på avtalsprestation får inte ges prioritet i förhållande till andra möjliga påföljder av avtalsbrott. Dess berättigande in casu är beroende dels av lagstadganden och rättspraxis, dels av överväganden vilka tar sikte på att genomföra en lösning som är praktisk och ändamålsenlig med hänsyn till bägge parters behov av rättsligt skydd för sina avtalsintressen. En väsentlig omständighet är härvid huruvida borgenären kan använda andra rättsskyddsmedel som ger tillräckligt skydd. Närmast blir det att välja mellan krav på avtalsprestation och ett ersättningsanspråk.

Jfr den engelska rättens regler om specific performance; s. 190.

Prestationens beskaffenhet har en avgörande betydelse när det gäller att avgöra om borgenären har rätt att av gäldenären kräva avtalsprestation. Därför är det vanskligt att uppställa allmänna regler härom. I det följande skall jag blott peka på några bedömningsgrunder och relevanta fakta.

I fråga om *penningprestationer* har borgenären alltid krav på betalning.

Betr. betalning i främmande valuta, ovan II.

Med avseende på *naturaprestationer* finns det inte alldeles klara linjer. Lagstadganden om avtalsstörningar ger i allmänhet inte besked, vare sig uttryckligt eller indirekt.

Jfr SvKöpL § 21 m. 1 som uttryckligen ger köparen valrätt (vid dröjsmål) mellan att kräva godsets avlämnande eller att häva köpet.

I brist på lagstadganden erbjuder principen om avtals bindande kraft den givna utgångspunkten när man generellt bedömer betingelserna för krav på avtalsprestation. Borgenären har rätt att hålla fast vid avtalet och kräva prestation in natura. Detta gäller oberoende av prestationens beskaffenhet. Härvid bör man dock ha klart för sig att kravet på avtalsprestation kan uteslutas av olika orsaker (IV).

Om man håller sig blott till någon enskild avtalstyp — t.ex. leverans, fraktavtal — kan man inte nöja sig med denna principiella utgångspunkt. Det är nödvändigt att överväga huruvida de faktiska omständigheter, som har avseende på respektive avtalstyp, över huvud motiverar ett krav på avtalsprestation. Den väsentliga frågan blir huruvida kravet på avtalsprestation är nödvändigt eller ändamålsenligt för att tillgodose borgenärens behov av rättsskydd. Måhända kan borgenärens och gäldenärens intressen lika väl eller bättre tillgodoses genom andra påföljder.

Se bl.a. den diskussion som förts om köparens krav på avtalsprestation vid leverans; Ljungman 26 ff, Jørgensen 28 ff; Preben Lyngsø, Om løsørekøberens ret til naturalopfyldelse (TfR 1971 473—494).

Det råder knappast tvekan därom att man i inhemsk rättslitteratur i allmänhet erkänner borgenärens rätt att yrka på prestation in natura. Man har godtagit den principiella utgångspunkten att ett avtalsbrott inte ändrar gäldenärens skyldighet att fullgöra avtalet enligt dess innehåll (se HB 9: 3, numera upphävd).

Se bl.a. Hakulinen 52 ff, Palmgren — Olsson 105 samt betr. köp Chydenius I 89, 144, Palmgren 83, 85, Aaltonen, Tavaran virheistä II 49 ff, 97 ff, Godenhielm 59 ff, 126 ff, Saxén, Förlagsavtalet 88, 201 ff.

Hernberg, 38 f, ger uttryck åt en starkt negativ inställning till kravet på naturaprestation.

I princip är ett krav på avtalsprestation möjligt även vid mora accipiendi — part medverkar inte till avtalets fullgörande; t.ex. en köpare vägrar att ta emot godset. Också detta är ett avtalsbrott, åsidosättande av en handlingsnorm (s. 176).

En annan sak är att ett krav på att part skall lämna sin medverkan till avtalets fullgörande vanligen är meningslöst. Situationen löses vanligen bättre på annat sätt, t.ex. så att den prestationsskyldige parten säljer avtalsobjektet till tredje man. De faktiska situationerna synes vara sådana att det förefaller onödigt att diskutera fråga om parts rätt att i dessa fall kräva att en borgenärsförpliktelse fullgöres.

Se Portin 210 ff, 267 f, Godenhielm 199 f och av dem åberopad litteratur.

I inhemsk *rättspraxis* har krav på prestation in natura godkänts med avseende på olika typer av avtal och avtalsprestationer:

HD 1963 II 38: fullgörande av vägbyggnadsskyldighet inom utsatt tid vid äventyr att borgenären fick utföra arbetet på gäldenärens bekostnad (ref. s. 244).

HD 1951 II 44: A hade förbundit sig att uppföra en byggnad åt B (entreprenadavtal);

A ålades att utföra arbetet inom viss tid vid äventyr att B berättigades utföra det på As bekostnad.

HD 1950 II 91: överlämnande av köpta maskiner (species).

HD 1950 II 52: åläggande att öppna en kvarn som enligt avtal skulle stå till motpartens förfogande för husbehovsmäld.

HD 1948 II 62: krav på nyttjande av viss egendom som angivits i hyresavtal rörande del av bostadslägenhet.

Säljaren har ofta förpliktats att fullgöra utebliven *leverans:*

HD 1949 II 172 (fönster och dörrar), *1948 II 175* (tegel), *1947 II 261* (tagel, alternativt naturaprestation eller ersättning), *1945 II 63* (ved, naturaprestation utdömdes och platsen för prestationen fastslogs, alternativt ersättning om leverans inte kunde ske på grund av reglementeringsbestämmelser), *1923 D II 638* (cement).

Att märka är att domstolarna i många fall stipulerat en alternativ påföljd för den händelse gäldenären trots domen inte fullgör naturaprestationen. Den alternativa påföljden kan variera beroende på prestationens beskaffenhet och övriga faktiska förhållanden: ersättning, berättigande för borgenären att utföra arbete på gäldenärens bekostnad etc.

Borgenären kan ha anspråk på att gäldenären avhåller sig från det som han enligt avtalet inte får göra. Borgenärens krav på förbud när gäldenären åsidosatt en avtalad handlingsbegränsning — *negativ förpliktelse* — bör i princip bifallas. Förbudsdomen kan verställas enligt UL 3: 5 (se även s. 193).

Uppfattningen i övriga *nordiska* länder kan generellt karakteriseras så, att man i princip erkänner borgenärens krav på avtalsprestation. En starkt bidragande orsak härtill har synbarligen varit att de nordiska köplagarna — som i väsentlig mån behärskar de avtals- och obligationsrättsliga frågeställningarna — uttryckligen ger köparen rätt att vid dröjsmål kräva godset (§ 21, speciesköp och leverans) och att vid felaktig prestation kräva gillt gods (§ 43, leverans).

Se betr. dessa frågor bl.a. Rodhe § 32, Almén § 21 vid not 87 ff, § 43 vid not 38 ff, Ljungman 15 ff, Hellner 81 f, 145, Ussing 61.

I tysk rätt är kravet på avtalsprestation i princip godtaget ehuru uttryckliga stadganden saknas; kravet överensstämmer med ståndpunkten att varje rättighet inkluderar ett anspråk, se även BGB § 283; Esser 44, 284, 347, Fikentscher 205.

Schweizisk rätt intar i princip samma ståndpunkt som den tyska; Berner Komm. 490 f, von Büren 371.

I engelsk rätt är inställningen till kravet på avtalsprestation — specific performance — en annan, i det anspråket på ersättning är det primära. Specific performance godtas i princip endast om borgenären enligt common law inte blir tillgodosedd i tillräcklig omfattning genom ett ersättningsanspråk — »where damages will not adequately compensate the plaintiff». Specific performance har utvecklats enligt principerna om equity — »a discretionary remedy». Vid köp förekommer specific performance i fråga om speciesköp — »specific or ascertained goods» — men är uteslutet beträffande leverans, då man förutsätter att köparen kan förvärva godset

på annat håll genom täckningsköp — Sale of Goods Act 1893 sect. 52. — Betr. den här berörda problematiken, Chitty I nr 1521 ff, Treitel 623 ff, Schmitthoff 192; se även Corbin 610 ff.

Rabel I 375 ff.

Se även UCC sec. 2—716: »- - where the goods are unique or in other proper circumstances»; Hawkland 254 ff.

IntKöpL art. 25 (se även art. 42) ger köparen rätt att kräva godset, denna rätt har dock, av hänsyn till det anglo-amerikanska systemet, modifierats genom en bestämmelse i den konvention (förslag) till vilken IntKöpL ansluter sig; art. VII i konventionen stadgar, att när part enligt IntKöpL är berättigad att kräva fullgörelse in natura, domstol likväl inte är skyldig »to enter or enforce a judgment providing for specific performance except in the cases in which it would do so under its law in respect of similar contracts of sale not governed by the Uniform Law». — Betr. motiveringen till denna ordning, se Godenhielm, DL 1965 98 ff, Scandinavian Studies in Law 1966 15 f, Gaarder, Festskr. Arnholm 446 ff, 454 f.

IV. I det följande beröres några omständigheter som kan *utesluta* eller *begränsa* borgenärs anspråk på avtalsprestation.

1) En *prestation* kan till sin *beskaffenhet* vara sådan, att exekution inte bör ifrågakomma. Avgörandet härav bör förbehållas domstol. Exekutiv myndighet kan inte vägra verkställa en dom om verkställighet är möjlig.

Främst tänker man på de fall då gäldenären förbundit sig att utföra ett arbete eller ett uppdrag. Det kan vara fråga om prestationer, som är nära förbundna med gäldenärens person i den meningen, att någon annan inte alls eller inte på samma sätt kan utföra dem. Men situationen kan också vara sådan att prestationen med samma eller lika gott resultat kan fullgöras av någon annan.

För de fall, som här avses, erbjuder lagen exekutiva tvångsmedel (UL 3: 4 m. 1).

Detta kan inte vara avgörande. Frågan måste framför allt bedömas ur gäldenärens synvinkel. Vilka olägenheter medför det för honom om de nämnda tvångsmedlen användes? Huru inverkar detta på hans *personliga frihet*? Är det motiverat att genom exekution göra intrång i denna?

Ser man förhållandet ur denna synvinkel, måste det ofta te sig främmande att tvinga gäldenären till ett visst handlande. Visserligen har han åtagit sig en uppgift, som begränsar hans frihet, och han är rättsligt sett skyldig att fullgöra den. Men därav kan man inte sluta sig till att gäldenären vore skyldig att under alla förhållanden underkasta sig exekutiva åtgärder som riktar sig mot hans person. Redan en allmän skälighetsstandard förutsätter att man i fråga om tvångsmedel är så restriktiv som det blott är möjligt utan att borgenärens anspråk på rättsskydd äventyras.

Domstol bör sålunda inte ålägga gäldenären att fullgöra en förpliktelse (naturaprestation) som har anknytning till ett varaktigt personligt förhållande mellan parterna, t.ex. ett arbetsförhållande. En gäldenär bör inte heller kunna tvingas att utföra skapande andlig verksamhet.

Kivimäki, JFT 1957 163 ff, Hakulinen 54 f; se även Sipilä 54, Portin, JFT 1971 39 f, Ussing 2 f.

ArbAvtLs stadganden om påföljder av avtalsbrott — hävning § 43, skadestånd § 51 — ger närmast vid handen, att andra påföljder inte bör förekomma när part åsidosatt sina skyldigheter. Å andra sidan bör man likväl överväga om inte det uppsägningsskydd, som ArbAvtL infört, borde föra med sig att i strid med lagens stadganden uppsagd arbetstagare har ett krav på att bli återtagen i arbetet. Det synes ganska klart att en arbetsgivare inte genom vite eller andra tvångsmedel kan tvingas att i arbete återta en arbetstagare. Under sådana omständigheter förefaller det även omotiverat att domstol ålägger arbetsgivare skyldighet att återinsätta arbetstagaren i hans arbete. Detta är uppenbart i de fall då arbetsförhållandet är ett förtroendeförhållande mellan parterna. Godkännandet av arbetstagarens anspråk på att bli återinsatt i arbetet skulle närmast fylla blott den funktionen att arbetstagaren får upprättelse med anledning av en ogrundad uppsägning. Ersättningsskyldigheten är den normala sanktionen i hithörande fall. Också utdömandet av ersättning ger upprättelse, även moraliskt. Frågan om ogrundade uppsägningar kan ofta lösas med de fackliga organisationernas medverkan. — Frågan har på ett intressant sätt belysts i NJA 1960 s. 63 ff.

I Sverige har det ansetts, att arbetsdomstolen under vissa förutsättningar kan ge dom på återanställning av obehörigen uppsagd arbetstagare, domen kan likväl inte verkställas och påföljden av att arbetstagaren inte återanställes är därför ersättningsskyldighet, likaså har arbetsdomstolen påbjudit, att arbetstagare skall återgå till arbetet; de ålägganden, som det här är fråga om, följer av de speciella reglerna inom den kollektiva arbetsrätten. — Sveriges HD har däremot inte ansett att arbetsgivare kan förpliktas att i sin tjänst återta avskedad arbetstagare, Schmidt, Tjänsteavtalet 88 ff, 147 f.

Se även Chitty I nr 1529.

Regeln bör alltså vara, att dom på avtalsprestation är utesluten när exekutionen skulle innebära ett band på gäldenärens personliga frihet. Undantagslöst kan den likväl inte gälla. Det ges fall i vilka borgenärens rättsskydd förutsätter, att gäldenären tvingas att personligen fullgöra ett åtagande, t.ex. att avge en redovisning. Han kan förpliktas härtill genom indirekta tvångsmedel — vite eller häkte (UL 3: 4 m. 1).

Över huvud kan det sägas, att domstol i fråga om förpliktelser, som rör gäldenärens personliga frihet, bör ha stora möjligheter att, med beaktande av att gäldenärens frihet inte oskäligt inskränkes, vägra godkänna anspråk på avtalsprestation.

Taxell, Festskr. Nial 497.

Hakulinen, 53 f, framhåller att prestationens personliga karaktär inte i och för sig utesluter tvång till fullgörelse; domstol bör dock i varje särskilt fall ur synpunkten av billighet och ändamålsenlighet pröva, huruvida tillräckliga skäl föreligger att förplikta till fullgörelse in natura. — Se Hernberg, 39, som ställer sig helt negativ till framtvingande av fullgörelse in natura i fråga om prestationer som avser materiellt eller intellektuellt arbete.

Se även Sveriges UL § 38, som föreskriver, att vite kan föreläggas »där det finnes lämpligt», stadgandet erbjuder möjlighet att tillbakavisa borgenärens krav med motivering att dess genomförande skulle inkräkta på gäldenärens personliga frihet; Rodhe § 32 vid not 26.

Se även Guhl 50.

Prestationer kan till sin natur vara sådana att krav på fullgörelse in natura är uteslutet. Det är t.ex. en främmande tanke att befraktaren genom dom kunde åvälvas att överlämna gods till transport.

Se SjöL § 131 m. 1, som ger rätt till ersättning om befraktaren frånträder avtalet, Beckman 203, Staffans 252, Ramberg 96, Grönfors, Successiva transporter 41 (med hänvisningar).

Krav på avtalsprestation är naturliga i fråga om arbeten och uppdrag som inte förutsätter att de skall utföras av gäldenären personligen — en person har t.ex. åtagit sig att riva och bortföra en byggnad. Det väsentliga i ett sådant åtagande är inte själva arbetet utan dess resultat. Enligt UL 3: 4 m. 1 kan överexekutor bemyndiga borgenären att utföra eller låta utföra arbetet på gäldenärens bekostnad. Exekutionen kommer inte att rikta sig mot gäldenären personligen utan mot hans förmögenhet. Dom på fullgörelse in natura är under dessa förhållanden motiverad.

I detta sammanhang aktualiseras även vissa *negativa* förpliktelser — gäldenären har förbundit sig att avhålla sig från vissa åtgärder eller viss verksamhet, t.ex. att undvika konkurrens. Det är givet att ett sådant förbud kan innebära långt gående begränsningar av gäldenärens verksamhetsmöjligheter och måhända även av hans personliga frihet. Trots detta bör de i UL 3: 5 angivna tvångsmedlen kunna tillgripas. Sett ur borgenärens synpunkt kan detta framstå som angeläget därför att en ersättningstalan inte alltid ger tillräckligt skydd speciellt med hänsyn till svårigheterna att bevisa skadans omfattning. In casu bör ett krav på förbud likväl kunna tillbakavisas om förbudet alltför mycket skulle begränsa gäldenärens frihet — personligt eller ekonomiskt. Härvid blir det vanligen fråga om jämkning av obilliga avtalsvillkor. Detta betyder att avtalsbundenheten upplöses — helt eller partiellt. Frågan gäller sålunda inte begränsning av själva verkställigheten utan existensen eller omfattningen av gäldenärens negativa avtalsförpliktelse.

Se AvtL § 38, ArbAvtL § 16; Palmgren, Konkurrensklausuler 197 f, Hakulinen 52, 54 samt ovan s. 157 f.

I princip är *biförpliktelser* inte uteslutna när det gäller krav på avtalsprestation. I praktiken kommer borgenärens anspråk likväl att inriktas på att avtalets huvudförpliktelse framtvingas. Därtill kommer att biförpliktelserna ofta till sin natur är sådana att underlåtenheten att fullgöra dem av naturliga skäl resulterar i andra påföljder än krav på fullgörelse. Om en köpare t.ex. inte avhämtar godset kan han knappast med rättsliga medel tvingas att göra det. Den tanken verkar även främmande att t.ex. en hyresgäst vid vite skulle förmås att upphöra med att föra lastbart leverne i lägenheten.

2) *Avtalsobjektets beskaffenhet* kan inverka på borgenärens krav på avtalsprestation. Här framträder främst skillnaden mellan species- (lös och fast egendom) och genussaker.

Problemet har särskilt diskuterats med hänsyn till köparens rätt att kräva leveransgods — när dröjsmål inträtt eller levererat gods är felaktigt.

Riktigheten av att i princip ge köparen anspråk på avtalsprestation vid leverans har starkt ifrågasatts av Ljungman 26 ff, särsk. 41, och framför allt av Jørgensen 29 ff.

När gäldenärens prestation hänför sig till en *individuellt bestämd sak* — lös eller fast egendom — är det en rimlig lösning att borgenären har krav på naturaprestation om fullgörelse uteblir. Man kan utgå från att han har ett godtagbart intresse av att erhålla det objekt som avtalet omfattar. Detta gäller oberoende av den rätt som avtalet ger borgenären — äganderätt, nyttjanderätt etc. Ett starkt motiv för denna ståndpunkt är att ett species inte utan borgenärens samtycke kan ersättas av ett annat. Skulle man inte ge borgenären ett anspråk på prestation in natura, skulle för honom endast återstå ett ersättningskrav, vilket ingalunda alltid ger tillräckligt skydd. Borgenärens intresse knytes vanligen inte bara till avtalets ekonomiska värde utan även och i många fall främst till det specificerade avtalsobjektet.

Den här företrädda uppfattningen kan med avseende på speciesköp anses vara allmänt omfattad i inhemsk doktrin och praxis.

Godenhielm 59.

En köpares krav på prestation av speciessak har intet samband med frågan om äganderättens övergång. Det är likgiltigt vem som betraktas såsom ägare till godset. Frågan gäller enbart avtalets fullgörande. Kravet på prestation grundar sig på avtalet och inte t.ex. på en äganderätt.

Den regel, som här uppställts, är inte undantagslös. Det kan förekomma situationer i vilka borgenären inte har ett så starkt intresse av att få det species, som avtalet omfattar, att han borde ha en obetingad rätt att kräva avtalsobjektet. Detta kan måhända ersättas av ett likvärt utan att borgenären har någon väsentlig olägenhet därav. I sådana situationer bör man bedöma hans anspråk enligt de regler som gäller genereiskt bestämda avtalsobjekt.

Se betr. den obestämda gränsdragningen mellan speciesköp och leverans, Taxell, JFT 1956 90 f.

Utanför köpavtalen kan man ingalunda alltid anse att borgenären kan kräva det species som avtalet omfattar. Problemet kan inte lösas generellt för de specificerade avtalsobjektens del.

Se t.ex. *HD 1944 II 104* (ref. s. 200).

I fråga om *genusprestationer* — avtalsobjektet är bestämt till art och mängd — har borgenären i allmänhet inte ett tillräckligt starkt behov av rättsskydd i form av krav

på naturaprestation. Detta sammanhänger främst med den omständigheten att borgenären, när prestationen uteblir eller inte motsvarar avtalet, vanligen kan skaffa avtalsobjektet från annat håll genom täckningsavtal (köp, lega etc.). Kostnaderna kan ersättningsvägen tas ut av gäldenären.

Den väsentliga skillnaden mellan species- och genusprestationer består sålunda däri, att borgenären i fråga om de senare kan förvärva det i avtalet angivna objektet utan gäldenärens medverkan. Därför är det naturligt att behandla de två fallen olika. Ur synpunkten av borgenärens behov av rättsskydd är ett anspråk på avtalsprestation vanligen meningslöst, i all synnerhet som dess förverkligande kan ta lång tid i anspråk.

Självfallet kan det förekomma fall i vilka det kan vara angeläget för borgenären att kunna kräva avtalsprestation, t.ex. om avtalsobjektet, trots att det är generiskt bestämt, inte alls eller blott med stor svårighet kan anskaffas från annat håll. Härvid är det naturligt att tillämpa det betraktelsesätt som gäller speciesprestationer.

De nordiska köplagarna ger köparen anspråk på avtalsprestation även vid leverans (§§ 21, 43). Trots det har man ingående diskuterat huruvida ett sådant anspråk bör godkännas. Det har bl.a. framhållits att det knappast existerar ett praktiskt behov av en sådan ordning — anspråk på fullgörelse in natura av leveransavtal har i praxis förekommit relativt sällan — och att en regel om krav på naturaprestation inte fyller någon nämnvärd preventiv funktion.

Se härom Ljungman 26 ff, Jørgensen 28 ff; jfr Lyngsø, TfR 1971 474 ff.

I inhemsk rätt har man dock allmänt ansett att även leveransavtal ger köparen rätt till krav på prestation in natura.

Se Aaltonen, Tavaran virheistä II 61, Godenhielm 59, 127 f; a.å. Hernberg 38 f. — En detaljerad redogörelse, omfattande även rättsläget i äldre tid, ges av B. C. Carlson, Naturafullgörelse vid leverans och försträckning (Festskr. O.Hj. Granfelt, 1934, 185—203); se även Kivimäki, JFT 1957 159 ff.

Rättspraxis s. 190.

I diskussionen om leveransköparens krav på naturaprestation har man även fäst uppmärksamhet vid det förhållandet, att ett godkännande av kravet kan resultera i att en eventuell ersättning beräknas på ett för köparen förmånligare sätt än annars. Sålunda har det framhållits att skadeståndet, om köparen häver köpet, bör beräknas med ledning av varans värde vid den tid då avlämnandet bort ske (se SvKöpL § 25). Om köparen däremot yrkar på prestation in natura och detta yrkande godkännes av domstol, men exekution likväl inte kan ske — säljaren har inte det ifrågavarande godset — avgöres frågan om ersättning på verkställighetsstadiet och köparen erhåller varans värde vid denna tidpunkt. Köparen har därigenom erbjudits en möjlighet att spekulera i prisstegring. Utan att ta ställning till de resonemang, som förts i frågan, vill jag endast konstatera, att den ekonomiska fördel, som en sådan spekulationsmöj-

lighet eventuellt kan ge köparen, inte utgör något hållbart motiv för att tillerkänna honom ett anspråk på avtalsprestation. Ersättningsfrågorna bör lösas separat. Borgenärens möjligheter att få tillräcklig ekonomisk gottgörelse bör inte sammankopplas med kravet på avtalsprestation. Detta måste bedömas ur sina speciella utgångspunkter.

Se betr. den nämnda diskussionen Almén § 25 vid not 156—171e, Hellner 108, Ljungman 35 ff, Jørgensen 25 f, Lyngsø, TfR 1971 474 ff; se även Palmgren 236 ff, Carlson, Festskr. Granfelt 197 ff; Godenhielm, 60, framhåller att kravet på naturaprestation tillgodoser en valoristisk ersättningsprincip.

Om man godtar leveransköparens rätt att kräva avtalsprestation, är det skäligt att domstol utsätter viss tid inom vilken fullgörelse bör ske. Om prestation inte sker inom fristen, kan godsets värde den sista dagen lämpligen läggas som grund då ersättningen beräknas.

Se bl.a. *HD 1949 II 172.*

När part vägrar ingå ett avtal, som betingas av ett bindande *föravtal*, föreligger kontraktsbrott. Om borgenären önskar framtvinga ett huvudavtal, kan han göra det via en konstitutiv dom; se UL 3: 4 m. 2. Härför kräves likväl att föravtalet till innehållet är så bestämt och fullständigt att det är möjligt att specificera huvudavtalet. Föravtalet bör även fylla huvudavtalets formkrav. Också en annan möjlighet står öppen: borgenären avstår från ett egentligt huvudavtal och kräver direkt i stöd av föravtalet den prestation som gäldenären skulle ha haft att erlägga enligt det uteblivna huvudavtalet. Även denna lösning förutsätter att föravtalet är tillräckligt konkretiserat.

Se Berndt Godenhielm, Om rättsverkan av föravtal (JFT 1958 226—234) 227 f, Muukkonen, Esisopimus 76 ff, Hakulinen 120, Kivimäki—Ylöstalo 207 f, Ussing, Aftaler 97.

HD 1943 II 87: skriftligt föravtal rörande överlåtelse av arrendeområde berättigade köparen att utbryta området, trots att förutsatt slutligt köpebrev ej tillkommit.

HD har konsekvent intagit ståndpunkten att föravtal rörande fastighet bör följa formkravet i JB 1: 2, se bl.a. *HD 1936 I 44, 1952 I 14.*

3) När det blivit *omöjligt* att fullgöra avtalet, är krav på avtalsprestation uteslutet. Omöjlighetens beskaffenhet eller orsak är utan betydelse.

Se Palmgren—Olsson 105 f, Ussing, Aftaler 261 f, Ljungman 42 f.

Om omöjligheten är övergående, kan dom på fullgörelse in natura ges, men verkställigheten anstår till dess omöjligheten eliminerats.

Omöjlighet föreligger även när ett specificerat avtalsobjekt förstörts, oberoende av anledningen därtill. Krav på prestation in natura är uteslutet. I undantagsfall kan man dock tänka sig att ett krav på avtalsprestation godtas — under förutsättning att ett till värde och kvalitet identiskt objekt kan presteras och gäldenären inte orsakas några väsentliga olägenheter.

Se Ljungman 46 f, Rabel I 246 f, 379. — En rimligare lösning synes vara att avtalsprestation inte kan framtvingas, men att den gäldenär, som vägrar tillmötesgå borgenärens anspråk på ett annat liknande objekt, som utan svårighet och kostnader kan presteras, blir ersättningsskyldig om han utan rimlig anledning vägrar prestera; detta kunde gälla oberoende av orsaken till omöjligheten; se även Taxell, Festskr. Nial 502.

Med omöjlighet kan man jämställa de fall då avtalsprestationen är tidsbunden på ett sådant sätt, att avtalets ändamål kan anses ha förfallit när den avtalade tiden löpt ut. Den som t.ex. hyrt en bostad för en sommar, kan inte kräva upplåtelse när hösten kommit.

Krav på avtalsprestation är däremot inte uteslutet om själva prestationen är möjlig men den inte kan fullgöras på den plats som avtalet anger. I sådana fall kan ett anspråk på fullgörelse på annan plats vara motiverat.

Betr. denna och närstående frågor, Heikonen — Aaltonen 146, Rodhe § 30 vid not 8 ff, Ussing 61 ff.

Man kan ställa frågan om man, med avseende på borgenärens anspråk på avtalsprestation, med omöjlighet bör jämställa de fall då prestation kan ske, men denna skulle kräva oproportionerligt *stora ekonomiska uppoffringar* av gäldenären. Bedömer man frågan som ett spörsmål om möjlighet att framtvinga fullgörelse, d.v.s. enbart som en verkställighetsfråga, kan man konstatera att exekution är möjlig när ett rättsligt tvångsmedel står till buds. Kravet på fullgörelse bör likväl tillbakavisas av hänsyn till gäldenären. Borgenärens anspråk på rättsskydd i denna form bör vika för gäldenärens behov av skydd mot ekonomiska uppoffringar som är oskäligt betungande.

Vihma 306: »liikavaikeus» utesluter naturafullgörelse, han avser sådana fall då gäldenären inte behöver prestera. — Se även Palmgren — Olsson 105, Ljungman 43 f, Ussing 65 ff.

Jfr *HD 1961 II 137:* vid grävning på As mark hade jord rasat in på Bs lägenhet; Bs anspråk på att jorden skulle undanskaffas och området återställas i tidigare skick förkastades bl.a. på den grund att kostnaderna härför avsevärt skulle överstiga värdet av det område som hade täckts av den rasade jordmassan; ersättning ansågs tillfyllest för att gottgöra B för uppkommen skada.

Ett krav på avtalsprestation kan omintetgöras av att verkställigheten skulle åsidosätta *tredje mans* rätt. Man kan peka på sådana fall då godtroende tredje mans rätt

till avtalsobjektet bör skyddas — vissa dubbelöverlåtelser (se HB 1: 5) och upplåtelse av nyttjanderätt efter det egendomen sålts.

Man kan inte generellt prägla satsen, att tredje mans rätt utgör hinder för borgenärens anspråk på avtalsprestation. Frågan måste lösas med ledning av de stadganden som reglerar kollisioner mellan borgenärens och tredje mans rätt. I den mån tredje mans rätt härvid har företräde, måste borgenärens anspråk på avtalsprestation helt eller delvis träda tillbaka.

Ett krav på avtalsprestation kan bli resultatlöst på den grund att gäldenären *saknar ekonomiska resurser* att fullgöra avtalet. Detta gäller inte blott penningförpliktelser utan även andra prestationer, t.ex. leverans eller utförande av arbete som förutsätter ekonomiska insatser.

Beträffande betalningsanspråk har lagen genom stadganden om egendom, som inte får utmätas (UL 4: 5—8) och inte heller kan ingå i konkurs (KonkS § 45), uppdragit en gräns för verkställigheten.

Det faktiska exekutionshinder, som här föreligger, hindrar inte borgenären att kräva avtalsprestation. Gäldenären kan dömas att fullgöra trots att han saknar ekonomiska resurser.

Se härom bl.a. Hakulinen 55, Rodhe § 32 vid not 32—36, Ussing 62 f.

Undantag gäller i fråga om gåvoutfästelser, i det skyldigheten att fullborda gåvan kan bortfalla, se GåvoL § 5; detta stadgande kan även tillämpas på förbindelse att utge underhållsbidrag som inte grundar sig på lag, se Hakulinen 179 f. — I dessa fall är det egentligen fråga om att den rättsliga grunden för gäldenärens prestationsskyldighet bortfaller.

4) I *ömsesidiga* avtal kan gäldenären i regel tvingas att prestera endast under förutsättning att borgenären å sin sida fullgör sin motprestation. Den omständigheten att borgenären inte fullgjort hindrar honom likväl inte att kräva avtalsprestation av gäldenären. Men verkställigheten kan inte genomföras utan att borgenären presterar — gäldenären ålägges att fullgöra mot erhållande av motprestation.

Se bl.a. Rodhe § 32 vid not 46—52.

För bedömningen av om krav på avtalsprestation skall godkännas eller ej kan det vara relevant att borgenären å sin sida fullgjort. När motprestation skett, är det större anledning att godta borgenärens krav, särskilt om det kan bli svårt för borgenären att få tillbaka det han presterat.

Man kan även nämna fall i vilka borgenären kan kräva avtalsprestation oaktat avtalet inte helt kommer att fullgöras från hans sida. Sålunda kan den som åtagit sig att sälja annan tillhörig egendom, få rätt till förmedlingsprovision trots att köpet inte avslutats genom hans åtgärd eller när ägaren utan giltig orsak undandragit sig att ingå försäljningsavtal.

Se bl.a. *HD 1940 II 287.*

Om förmedlaren inte skaffat köpare, har han självfallet inte anspråk på provision oaktat köp kommit till stånd; se bl.a. *HD 1941 II 121*.

5) I diskussionen om prestation in natura har det framhållits, att naturalexekution inte bör förekomma ifall *utebliven prestation inte medför skadeståndsskyldighet.*

Se Ljungman 43, Ussing 66 f, Jørgensen 23.

Denna tes tar sikte på de fall då ersättningsskyldigheten bortfaller på grund av prestationshinder. I och för sig är det inte nödvändigt att sammankoppla de två påföljderna — anspråk på avtalsprestation och krav på ersättning. I ett smidigt påföljdssystem bör det ena av dessa krav gott kunna tänkas utan det andra. Man kan därför inte utan vidare av den omständigheten att ersättningsskyldighet inte föreligger sluta sig till att borgenären inte har krav på avtalsprestation.

Praktiska överväganden talar dock för att krav på avtalsprestation inte bör erkännas när det föreligger ett prestationshinder som befriar gäldenären från ersättningsskyldighet. Här är det inte blott fråga om de egentliga force majeure-fallen utan även om sådana situationer då prestation är möjlig men skulle kräva oproportionerligt stora ekonomiska uppoffringar. I sådana lägen kan själva grunden för prestationsskyldigheten ha bortfallit (s. 160 f). Av den orsaken är krav på avtalsprestation utesluten och ingalunda därför att gäldenärens ersättningsskyldighet bortfallit.

Om ett ersättningskrav är uteslutet på någon annan grund än ett prestationshinder, innebär detta ingalunda att kravet på avtalsprestation skulle ha bortfallit. Orsaken kan t.ex. ha varit att borgenären icke lidit någon skada, för vilken han kunde kräva ersättning, eller att ersättningsskyldigheten uteslutits genom avtalsklausul. Kravet på avtalsprestation måste bedömas särskilt för sig och inte göras beroende av frågan om gäldenärens ersättningsskyldighet.

6) Avtalsbrottet kan vara av så *ringa betydelse* — inte väsentligt — att det, särskilt med tanke på gäldenärens intressen, inte är motiverat att ge borgenären krav på avtalsprestation. Som exempel kan nämnas att gods, som avlämnats för fullgörande av leverans, har ett obetydligt fel.

Se Palmgren — Olsson 105, Almen § 43 vid not 51 a, Hellner 145.

Man kan som stöd för denna uppfattning hänvisa till de överväganden som leder till att ett avtal kan hävas blott när avtalsbrottet är väsentligt (s. 211). Anspråket på naturaprestation bör likväl inte sammankopplas med hävningsrätten. De två anspråken är i princip oberoende av varandra. Men samma sakskäl kan i vartdera fallet åberopas.

7) Gäldenärens *konkurs* utesluter i princip inte borgenärens krav på avtalsprestation. En annan sak är att de reella möjligheterna för borgenären att få sitt krav på naturaprestation genomfört är kringskurna.

Se Palmgren — Olsson 106, Almén § 39 vid not 223.

8) När gäldenären skulle ådra sig *straff* genom att prestera, kan exekution inte förekomma. I dessa fall står man vanligen inför en rättslig omöjlighet. Bedömningen sker i överensstämmelse härmed (ovan p. 3).

V. De i det föregående nämnda fallen (IV) ger klart vid handen, att den allmänna principen om borgenärens rätt att kräva avtalsprestation är starkt begränsad. De fall, som nämnts, bildar inte de enda undantagen. Man har anledning att fråga om inte principen därmed är så starkt underminerad, att det vore skäl att uppge den till förmån för en lösning som skulle acceptera krav på avtalsprestation blott i sådana fall då tillräckligt starka skäl in casu kan påvisas.

En sådan ståndpunkt motsvarar inte gällande rättsläge i vårt land. Men det finns anledning att länka utvecklingen i denna riktning.

Problemet om borgenärens anspråk på avtalsprestation får inte — åtminstone inte i första hand — ses som en konsekvens av principen om avtals bindande kraft. Det är fråga om ett krav vid sidan av övriga anspråk som kan ifrågakomma såsom påföljder av avtalsbrott. Anspråket på avtalsprestation måste bedömas med utgångspunkt i parternas behov av rättsskydd.

För det första gäller det att avgöra huruvida borgenären i tillräcklig utsträckning kan bli tillgodosedd genom de övriga påföljder, som kan stå till buds, t.ex. ersättningstalan. En närmare granskning av olika typer av avtal och avtalsbrott skulle troligen visa, att borgenären ingalunda alltid har ett faktiskt behov av att kunna kräva avtalsprestation. Därtill kommer att genomförandet av ett krav på prestation in natura ofta dröjer länge, vilket kan innebära att avtalets egentliga ändamål väsentligen förfelas.

Hakulinen 54: kan borgenärens rättsskydd lämpligast tillgodoses genom skadestånd, bör befallnings- eller förbudsdom ej ges. — Corbin 611.

Se *HD 1944 II 104:* enligt sytningsvtal hade B rätt till ett bostadsrum och vissa andra förmåner; den byggnad i vilken B bott hade sålts och rivits med påföljd att B förlorat sin sytningsförmån. B krävde, att A skulle åt honom på samma plats uppföra en byggnad med ett rum etc. Domstolarna utdömde ersättning (månatligt underhåll), någon motivering gavs inte för att kravet på prestation in natura ogillades.

För det andra kan verkställigheten av borgenärens krav på fullgörelse in natura orsaka gäldenären förlust eller andra olägenheter. Här måste en avvägning ske mellan parternas intressen. Vid en sådan kan det framstå såsom oskäligt att låta borgenären framtvinga prestation när hans avtalsintresse i erforderlig utsträckning kan tillgodoses på annat sätt.

Övervägaden enligt dessa linjer kan ge domstolen anledning att in casu underkänna borgenärens anspråk på prestation in natura.

Se Jørgensen, särsk. 35 ff, Ussing 69.

4. HÄVNING

I. När ett avtal inte fullgjorts enligt de handlingsregler, som gäller för detsamma, öppnar sig två alternativ vilka representerar var sin ytterlighet: krav på fullgörelse eller upplösning av avtalet. I princip ger man borgenären frihet att välja mellan krav på avtalsprestation och hävning.

Hävning av avtal innebär att borgenären genom ett meddelande till gäldenären — hävningsförklaring — upplöser avtalet med sådan verkan att vardera partens skyldighet att fullgöra avtalet enligt dess innehåll bortfaller. Borgenären motsätter sig att gäldenären presterar. Samtidigt fritar han sig från skyldigheten att fullgöra sin del av avtalet. Inte blott skyldigheten utan även rätten att fullgöra bortfaller för vardera parten. Ifall en prestation redan har ägt rum, bör den återgå.

Genom hävning uteslutes även varje krav på surrogatprestation.

Begreppet hävning har i nordisk rätt klarlagts främst av Rodhe, se § 37 särsk. vid not 1—54; se även Ussing 82 ff, Arnholm III 250 f. Bengtsson ger i sitt stora arbete »Hävningsrätt och uppsägningsrätt vid kontraktsbrott» en ingående redogörelse för hävningsreglerna i nordisk rätt med beaktande även av motsvarande regler i några främmande rättssystem; Christensen 1 ff.

Betr. hävning enligt finländsk rätt kan hänvisas bl.a. till Hernberg 79 ff, Palmgren 108, Palmgren — Olsson 106 f, Godenhielm 62 ff, Säljarens bundenhet 181 ff och av honom åberopad litteratur, Portin 65 ff.

Den upplösning av avtalet som hävningen innebär, kan uppfattas på två olika sätt.

1) Avtalsbundenheten *upphör* totalt. Det ingångna avtalet anses inte mera ha några rättsverkningar. Parterna försättes i samma situation som om något avtal inte hade slutits. Borgenären kan eventuellt framställa anspråk på ersättning för de kostnader som avtalets ingående eller avtalsbrottet orsakat honom. Men han kan inte i stöd av avtalet yrka på ersättning för frångången vinst eller för annan förlust. Avtalsförhållandet betraktas som upplöst i den meningen att några krav inte kan grundas på avtalet.

2) Avtalsbundenheten består med *förändrat innehåll*. Avtalet är upplöst i den meningen att avtalsprestationerna bortfaller. Men det är inte uteslutet för borgenären att i stöd av avtalet framställa ett ersättningskrav. Som utgångspunkt för bestämmandet av ersättningen gäller den ekonomiska förlust som borgenären lidit till följd av att avtalet inte fullgjorts enligt sitt innehåll. Ett sådant krav grundar sig ytterst

på avtalet. I den meningen existerar en avtalsbundenhet trots att parterna frigjorts från skyldigheten att fullgöra sina avtalsprestationer (naturafullgörelse). Borgenären fasthåller vid avtalet i det avseendet att han gör anspråk på det ekonomiska utbyte som skulle ha tillkommit honom om avtalet hade fullgjorts i vanlig ordning.

Man kunde även uttrycka förhållandet på ett annat sätt: den ursprungliga eller egentliga avtalsbundenheten — den som innefattar de i avtalet bestämda prestationerna — har upphört. Avtalets ekonomiska konsekvenser har likväl inte eliminerats. Borgenären kan grunda ett ersättningskrav på avtalet. Gäldenären är i den meningen skyldig att prestera.

Det sagda innebär inte att hävning och ersättning alltid förekommer sida vid sida. Det är möjligt att borgenären inte lidit någon förlust genom avtalsbrottet. Men i princip har borgenären i stöd av avtalet rätt till ersättning när erforderliga betingelser är för handen in casu, t.ex. vållande där detta enligt gällande regler utgör en förutsättning för gäldenärens ersättningsskyldighet. I denna begränsade omfattning utgör det hävda avtalet norm för parternas inbördes förhållande.

Även en i avtalet ingående ersättningsklausul (t.ex. avtalsvite) kan tillämpas oaktat hävning skett.

Se *HD 1959 II 42.*

Såväl i Finland som i övriga nordiska länder uppfattar man vanligen hävningen enligt det senare alternativet: borgenären kan efter att ha hävt avtalet kräva ersättning enligt det positiva avtalsintresset. Han stöder sig härvid på avtalet. I den meningen är detta bindande trots den upplösning av avtalsförpliktelserna som hävningen föranleder.

Ersättningskrav vid sidan av hävning förutsättes bl.a. i HB 1: 4, HyresL § 31, JordlegoL § 21, SjöL § 130, UpphovsL § 33.

Se även SvKöpL § 42 etc.

I rättspraxis förekommer hävning och ersättning normalt vid sidan av varandra.

Jfr Arnholm III 250, 256, som reserverar termen hävning för de tillfällen då den kränkta parten lösgör sig från hela avtalet (bägge parters skyldigheter faller bort), medan han till en särskild grupp hänför de fall då borgenären avvisar naturafullgörelse men fasthåller vid avtalet i den form att han kräver fortsatt fullgörelse eller ersättning för »oppfyllelsesinteressen».

Godenhielm, Säljarens bundenhet 187 ff, talar om »annulering» i sådana fall då skadestånd inte kommer att betalas (prestationen uteblir till följd av force majeure eller klausulhändelse).

Det som i nordisk rätt benämnes hävning, har i utländsk rätt olika motsvarigheter. En rättsjämförande analys ger intet enhetligt hävningsbegrepp.

I *tysk* rätt förekommer Rücktritt, som innebär att borgenären helt träder tillbaka från avtalet, fullgörelse som skett skall återgå, anspråk på ersättning för det positiva avtalsintresset är uteslutet, se BGB §§ 286, 325—327, 346—361. Alternativt kan borgenären kräva Schadenersatz wegen Nichterfüllung, förutsättningarna för de två påföljderna är desamma;

om borgenären väljer kravet på ersättning, är anspråk på fullgörelse uteslutet (§ 326), vilket de facto innebär en hävning. Rücktritt har i BGB reglerats med avseende på omöjlighet och Verzug (dröjsmål), men har även ansetts kunna förekomma vid s.k. positive Vertragsverletzungen; vid fel i såld egendom förekommer Wandelung, som i huvudsak är detsamma som Rücktritt (BGB § 467). — Se betr. dessa problem Larenz I 280 ff, 300 ff, Esser 366 ff, Fikentscher 226 ff.

Den *schweiziska* rättens reglering påminner starkt om den tyska, även där förekommer alternativen Rücktritt och Schadenersatz wegen Nichterfüllung; SchwOR Art. 107—109, BernerKomm. 546 ff, von Büren 371 ff.

Den *engelska* rätten saknar klara regler och konsekvent terminologi för det som i nordisk rätt faller under begreppet hävning. Den centrala frågan är: när medför ett avtalsbrott att part befrias från sina skyldigheter enligt avtalet — discharge by breach (Chitty I nr 1331 ff). I fråga om påföljderna tar man främst sikte på ersättningsskyldigheten, som i engelsk rätt är den centrala påföljden av avtalsbrott; se Chitty I nr 1339 ff, 1468, Treitel 60 f, 538 ff, Cheshire—Fifoot 511 f. — För hävningsfallen använder man olika termer — rescission, repudiation, rejection of the goods etc.; en adekvat motsvarighet till hävning i nordisk rätt existerar ej.

Det som i nordisk rätt benämnes hävning, kan även delvis gå in på det som i engelsk rätt betecknas som »discharge by frustration», se s. 153.

I UCC begagnas — utöver de i engelsk rätt använda termerna (se sec. 2—601, 2—610) — termen cancellation (sec. 2—106); Hawkland 227 f, 233 ff, 291 f.

IntKöpL använder termen »declare the contract avoided» (art. 30 etc.).

Betr. utländsk rätt hänvisas till de översiktliga redogörelser som ges av Bengtsson 21—102; se även Christensen 339 ff.

Det som här sagts om hävning pekar klart på *ömsesidiga* avtalsförhållanden. Hävningen betyder att parternas skyldigheter mot varandra faller bort. Hävningen eliminerar såväl prestation som motprestation.

I en del ömsesidiga avtal blir frågan om hävning över huvud inte aktuell på den grund att part har rätt att oberoende av avtalsbrott upplösa avtalsförhållandet.

Se betr. ombudsavtal HB 18: 7, Chydenius II 295 f, SvKommissionsL § 46.

I avtalsförhållanden, som inte är ömsesidiga i den meningen att prestation och motprestation förutsätter varandra (ensidiga eller tvåsidiga avtal), kan det bli fråga om påföljder som påminner om hävning. Sålunda kan långivaren, om låntagaren försummar sin vårdplikt, kräva att godset återställes före avtalad tid. En inteckningshavare kan enligt LösöreIntL § 13 kräva betalning i förtid. Dessa påföljder av avtalsbrott bör avskiljas från hävning.

Se nedan s. 435 f.

Gåva som inte fullbordats, kan återkallas enligt GåvoL § 5; det i mom. 2 reglerade fallet påminner starkt om hävning; se även *HD 1948 II 446*.

I *varaktiga* avtalsförhållanden — arbetsavtal, hyresavtal etc. — har hävningen en speciell innebörd. När avtalsbrott inträffar under pågående avtalsperiod, är det inte

möjligt att helt upphäva avtalets normala rättsverkningar. Man måste göra en uppspjälkning. Avtalet har gällt med full rättsverkan under den tid som föregått hävningen. Denna har inte återverkande kraft. Hävningen tar sikte på framtiden. Avtalet upplöses räknat från den dag hävningen sker. I den meningen är hävningen partiell (s. 229). Man kan sålunda använda termen hävning för två olika sätt att upplösa avtal: dels total återgång, dels upplösning för framtiden.

Även i andra avtalsförhållanden, t.ex. byggnadsentreprenad, kan hävning betyda att avtalsförhållandet upphör för framtiden — entreprenören berövas möjligheten att slutföra byggnadsarbetet medan det arbete, som redan utförts, bedömes enligt avtalet.

Hävning är inte begränsad till vissa avtalstyper. Även *formbundna* avtal, t.ex. fastighetsöverlåtelse (JB 1: 2), kan hävas.

Se t.ex. *HD 1968 II 15, 1967 II 28, 1939 II 3, 1933 II 337.*

Hävning förutsätter ett *giltigt* avtal. Hit hör således inte återgång av ogiltiga avtal. Gränsen mellan dessa två fall är i princip klar. I praktiken kan den likväl vara svår att upprätthålla.

Hävning av överlåtelseavtal är helt oberoende av om äganderätten till avtalsobjektet övergått eller inte.

När det är fråga om den påföljd av avtalsbrott, som här betecknats som hävning, är *terminologin* ingalunda fast. Termerna häva och hävning förekommer inte konsekvent i lagtext. Lagstiftaren har använt olika uttryck för de situationer som i litteraturen hänförts till begreppet hävning. Ordalydelsen i olika lagstadganden kan inte vara avgörande för den rättsliga bedömningen. Det gäller att för varje särskilt fall avgöra huruvida fråga är om hävning eller någon annan form av reaktion mot en avtalsrubbning.

I HyresL förekommer inte termen hävning (häva) utan endast begreppet *uppsägning*. Denna term användes i två olika betydelser, dels för att beteckna uppsägning i vanlig mening (s. 234), dels för att ange hyresförhållandets upphörande till följd av avtalsbrott (t.ex. §§ 15, 16). I den senare gruppen är det fråga om hävning i egentlig mening; se § 31 enligt vilket lagrum hyresrätten förverkas med påföljd att hyresvärden kan uppsäga avtalet. Hävning sker genom uppsägning (förfarande). När det är fråga om hävning, upphör avtalet omedelbart (se § 36 m. 1), vid uppsägning i egentlig mening ges det en i avtalet eller lagen bestämd uppsägningstid. HyresLs för hävning och egentlig uppsägning gemensamma term uppsägning är lagtekniskt motiverad av att förfarandet i båda fallen är detsamma (§ 34). — Se betr. detta problem, G o d e n h i e l m, Uusi huoneenvuokralaki 100 ff och där citerade förarbeten till HyresL.

JordlegoL använder samma terminologi som HyresL, se bl.a. §§ 21, 23.

Termen häva förekommer t.ex. i ArbAvtL § 43, SjöL §§ 126, 135, UpphovsL §§ 33, 34.

Betr. terminologin, se även R o d h e § 37 vid not 6—19.

II. Den *rättsliga grunden* för hävning är ett *avtalsbrott*. Utgångspunkten är att borgenären inte behöver hålla fast vid ett avtal vars normala avveckling rubbats. Avtalsbrottet har skapat en ny situation i vilken en möjlig lösning är att borgenären frigör sig från avtalet.

Hävning är inte begränsad till vissa typer av avtalsbrott. Den är en allmän påföljd av att en för ett avtal gällande handlingsnorm har åsidosatts. En rätt för borgenären att häva förutsätter inte stadgande i lag eller föreskrift i avtal.

Se Ussing 90 ff.

Ofta föranledes hävning av att en uttrycklig handlingsnorm åsidosatts, t.ex. en avtalsbestämmelse om leveranstid. Hävning kan även förekomma när gäldenären handlat i strid med det som förutsatts eller annars gäller i förhållandet mellan parterna utan uttrycklig föreskrift.

Hävning sker vanligen på den grund att en huvudförpliktelse åsidosatts. Intet hindrar likväl att försummelse att fullgöra en biförpliktelse föranleder hävning. Det är ingen anledning att med avseende på hävning skilja mellan olika typer av förpliktelser. Av betydelse för hävningen är inte heller om den åsidosatta förpliktelsen kan förverkligas genom rättsliga tvångsmedel eller ej.

Se Hakulinen 59, 61 f.

Också åsidosättandet av en borgenärsförpliktelse kan ge hävningsrätt.

Se *HD 1940 II 154:* köparen hade försummat att ge säljaren erforderlig specifikation, säljaren, som tillverkade godset, hävde avtalet.
Rodhe § 37 vid not 3, 107—113.

Beträffande mora accipiendi — parts bristande medverkan vid avtalets fullgörande — har hävning ansetts vara utesluten. Frågan har i litteraturen berörts med avseende på köp av lös egendom. Utgångspunkt för uppfattningen att hävning ej kan ske har varit att köparen inte i allmänhet har någon skyldighet utan endast en rätt att ta emot godset. Avgörande är enligt min tanke att mottagandet av godset är ett led i köpets fullgörande och att en försummelse betyder att köparen åsidosätter en gällande handlingsnorm. Mora accipiendi framträder som ett avtalsbrott. Principiellt förefinnes inte någon anledning att utesluta parts bristande medverkan från de fakta som kan föranleda hävning.

Se särskilt den utredning och argumentering som presterats av Portin 269 ff; ovan s. 176.

Allmänt kan sägas, att det med avseende på hävning inte är av betydelse huru man rubricerar den förpliktelse som åsidosatts — huvudförpliktelse, biförpliktelse,

borgenärsförpliktelse etc. Avgörande är huru åsidosättandet av förpliktelsen inverkar på avtalsförhållandet. Även försummelse att fylla en sekundär förpliktelse kan in casu vara en tillräcklig förutsättning för hävning (III, IV).

Hävning är i princip oberoende av avtalsbrottets *orsak*. Denna ståndpunkt betingas främst av att borgenären, när avtalsbrott inträffat, ofta har ett starkt intresse av att avtalet upplöses. Man kan främst peka på två omständigheter: dels bör borgenären snarast möjligt kunna ingå ett täckningsavtal, dels kan avtalsbrottet ha eliminerat eller minskat det behov för vars täckande avtalet tillkommit. Ur borgenärens synpunkt är det inte av betydelse varför en för avtalet gällande handlingsnorm åsidosatts. Borgenärens behov av rättsskydd kunde knappast tillgodoses i tillräcklig utsträckning om man med ledning av orsakerna till avtalsbrottet skulle begränsa hävningsrätten.

Det har allmänt ansetts att hävning inte förutsätter vållande hos gäldenären eller hans medhjälpare. Ett avtal kan hävas även när ett av gäldenären oberoende prestationshinder är för handen, t.ex. force majeure. Detta betyder inte att frågan om gäldenärens vållande helt skulle sakna betydelse för hävningsrätten (VII).

HB 1: 4 förutsätter hävning vid förborgat fel (ej culpa); se även Godenhielm 112 f, Palmgren 122, Portin, JFT 1971 41. — Heikonen — Aaltonen, 150, synes förutsätta att hävningsrätten kan begränsas om det föreligger force majeure eller andra händelser som kan utesluta säljarens ersättningsskyldighet; se även 192 f; jfr även Chydenius I 90.

Se även SvKöpL §§ 42, 43, Alméen § 42 vid not 1—4, Rodhe § 37 vid not 93—95, Ussing 88 f.

Rättspraxis kan anses ha bekräftat uppfattningen att hävning är oberoende av avtalsbrottets orsaker. Domstolarna har godtagit hävning utan att det förelegat vållande hos gäldenären:

HD 1953 II 73: myndighets (hyresnämnds) beslut hindrade köpare av bostadsaktier att komma i besittning av den lägenhet vartill aktierna berättigade, köpet hävdes.

HD 1948 II 187: förborgat fel i köpgodset.

HD 1945 II 44: av HDs motivering framgår att hävning hade kunnat ske på den grund att godset försenats genom force majeure.

Jfr *HD 1940 II 283:* entreprenadavtal rörande målningsarbeten hävdes då målningen inte var avtalsenlig och entreprenören ej kunnat visa att felen berodde på orsaker för vilka han inte svarade. — Som argument för hävningen hade det varit tillfyllest att konstatera, att arbetena inte var avtalsenliga.

En hävningsregel, som ser bort från orsakerna till avtalsbrottet, är oförmånlig för gäldenären. För denne innebär en hävning ofta en ekonomiskt betungande lösning. Det är t.ex. möjligt att gods, som säljaren åtagit sig att tillverka, inte kan placeras på annat håll om avtalet häves. Även gäldenärens intresse måste beaktas. I den mån begränsningar av hävningsrätten är av nöden av hänsyn till gäldenären är det rikti-

gare att låta dem följa andra linjer än att binda hävningen vid avtalsbrottets orsaker (III).

Verkningarna av avtalsbrottet behöver inte nödvändigt ha inträtt när hävningen sker. Det är ofta tillfyllest att de kan förutses. Ibland kan hävning ske redan innan avtalsbrott inträffat — sannolikheten för ett avtalsbrott är synnerligen stark (anteciperat avtalsbrott). Om gäldenären före den för prestation bestämda tiden meddelar att han inte kommer att fullgöra, utgör detta hävningsgrund.

Se bl.a. Bengtsson 134 ff, 215 ff.

Jfr SjöL § 135 (uppkomst eller ökning av fara för fartyg eller last till följd av krig etc. ger part rätt att häva); *HD 1949 II 303.* — SjöL § 135 har inte uppfattats som ett stadgande om hävning utan som en bestämmelse om annulering av avtal; Grönfors, Befraktarens hävningsrätt 6, se särsk. Ramberg 240 ff, 264 ff. — Se även s. 168.

I rättspraxis har hävning ibland grundats på omständigheter som rör *avtalets tillkomst* och således inte på ett avtalsbrott. Det har förekommit att åsidosättandet av parts upplysningsplikt — ett slag av culpa in contrahendo — ansetts betinga hävning. Man befinner sig här på gränsområdet mellan ogiltighet och avtalsbrott (hävning).

Situationen illustreras av följande rättsfall:

HD 1967 II 41: säljaren av begagnad bil hade givit oriktig uppgift om antalet körkilometer (200.000 i stället för faktiska 330.000), köparen ansågs berättigad att häva köpet på den grund att säljaren lämnat väsentligen felaktig uppgift.

HD 1967 II 28: säljaren hemlighöll en omständighet som nedsatte den sålda fastighetens värde; bedrägeri ansågs föreligga (straff utdömdes) och domstolen förklarade köpet »hävt» (»julisti kiinteistökaupan puretuksi»). — I detta fall är det ganska tydligt att avtalet betraktades som ogiltigt, det var inte fråga om hävning.

HD 1961 II 52: bolagsman i öppet bolag hade sålt sin andel i bolaget, vid avtalets ingående hade han underlåtit att ge uppgifter om bolagets faktiska ekonomiska ställning och köparen hade härigenom förmåtts ingå köpet på grundvalen av felaktiga uppgifter, köpet förklarades hävt; jfr minoriteten i HD (1), som anförde att köpobjektet var väsentligen annorlunda än köparen uppfattat det när avtalet ingicks; HR förklarade köpet hävt i stöd av HB 1: 4. — Se även *HD 1949 II 325, 1939 II 3* (fastighetsköp, felaktiga uppgifter om arealen), *1933 II 37, 1933 I 86* (HD åberopade HB 1: 4, jfr HR) samt *1932 II 111:* bilköp förklarades hävt på grund av att säljaren givit felaktig uppgift om en omständighet som väsentligen inverkat på köpets ingående (bilens ålder).

Jfr *HD 1933 I 84:* fastighetsköp förklarades inte hävt trots avsevärd differens mellan uppgiven och verklig areal (20 ha resp. 13,77 ha), emedan säljaren inte garanterat arealen och det ej heller visats att säljaren uppsåtligen skulle ha vilselett köparen (till resultatet bidrog måhända de faktiska omständigheter som åberopades av ett JR som med annan motivering kom till samma slutsats).

Till den osäkerhet i bedömningen, som rättspraxis synes framvisa, bidrar uppenbarligen den omständigheten att termen häva (purkaa) använts i olika betydelser, dels för att beteckna hävning i egentlig mening, dels för att ange avtals återgång på grund av ogiltighet (beroende på culpa in contrahendo etc.).

I nu föreliggande fall kan man välja mellan två lösningar. Den ena betyder att borgenären yrkar på avtalets återgång (ogiltighet) med anledning av omständigheter som har avseende på avtalets ingående — svek, villfarelse, handlande i strid med tro och heder etc. Enligt den andra lösningen fäster man inte avseende — åtminstone inte primärt — vid dessa omständigheter, utan borgenären häver avtalet på den grund att avtalsobjektet inte fyller avtalets villkor, man tillämpar t.ex. reglerna om fel i köpgodset. Principiellt är det fråga om alternativa lösningar som företer stora olikheter. De praktiska konsekvenserna behöver dock inte vara olika. Detta förutsätter likväl att man även i fråga om avtals ogiltighet på grund av culpa in contrahendo kan ge ersättning för positivt avtalsintresse.

Hävning kan även ske på den grund att en för avtalet väsentlig *förutsättning brustit.* De syften eller de förväntningar, som borgenären förknippar med avtalet, har inte förverkligats. För att hävning skall kunna ske måste gäldenären ha varit medveten om eller åtminstone ha insett förutsättningens relevans.

Se *HD 1951 II 81:* B hade köpt en affärsrörelse jämte rätten till den lägenhet, vari rörelsen bedrevs; till lägenheten hörde även en bostad, som innehades av underhyresgäster. Köpet hävdes då underhyresgästerna vägrat flytta och då säljaren hade insett att det var en förutsättning för köpet att underhyresgästerna flyttade från lägenheten. — Jfr *HD 1949 II 427:* hävning godtogs inte då den åberopade omständigheten ej visats ha på ett avgörande sätt medverkat till avtalets ingående.

Här avsedda fall kan betecknas som avtalsbrott när man ger detta begrepp en vid innebörd. De står dock mycket nära de fall då avtalet återgår på den grund att ett suspensivt villkor inte går i uppfyllelse.

III. Hävningen tillgodoser i första hand borgenärens intresse. Borgenären har möjlighet att lösgöra sig från avtalet och omintetgöra dess fullgörande genom en åtgärd som inte kräver samtycke av gäldenären. Han har själv att bedöma om det är förenligt med hans fördel att häva avtalet eller om han hellre gör någon annan påföljd gällande.

Hävningsreglerna kan likväl inte utformas enbart med hänsyn till huru starkt borgenärens hävningsintresse är in casu. Som bas måste man ha även andra överväganden.

För *borgenärens* del kan man peka på olika fördelar av hävning. Genom att upplösa avtalet kan borgenären ofta eliminera eller minska de ogynnsamma verkningarna av att avtalet inte behörigen fullgjorts. I den meningen har hävningen en reparativ funktion. Hävningen ger borgenären den rörelsefrihet som han kan behöva för att tillgodose sina ekonomiska intressen, t.ex. genom att ingå ett likartat avtal med tredje man. Därtill kommer att hävningsrätten utgör ett påtryckningsmedel i den situation som uppkommit genom avtalsbrottet. Hotet om hävning kan ge borgenären en fördelaktig position i förhandlingar om en uppgörelse med gäldenären. I varaktiga av-

talsförhållanden är hävning på grund av avtalsbrott, som kan tänkas upprepas, ägnad att förebygga framtida skadeverkningar för borgenären.

Hävningen är ett för borgenären värdefullt rättsskyddsmedel även i det avseendet att den kan ske utan gäldenärens medverkan.

Också andra intressen än borgenärens måste beaktas.

För *gäldenären* leder en hävning ofta till förlust eller annan olägenhet. Den kan i det avseendet ha en starkare verkan än övriga påföljder. För gäldenären kan en hävning te sig onödig och oskälig särskilt när det inte berott på honom att ett avtalsbrott förekommit. Det kan hävdas, att gäldenären inte ensam skall bära risken för händelser som oberoende av honom och hans åtgärder föranlett att avtalet inte behörigen fullgjorts. Till detta kommer en allmän strävan att skydda den svagare parten i ett avtalsförhållande. Denna synpunkt får speciell betydelse i sådana avtalsförhållanden som nära berör elementära ekonomiska eller personliga förhållanden, såsom arbets- och hyresavtal, avbetalningsköp etc.

Tredje man kan beröras av en hävning. Detta gäller t.ex. den som har rätt att nyttja avtalsobjektet eller har panträtt däri. Hävandet av ett avtal kan dessutom få verkningar för en större eller mindre krets av personer, t.ex. för dem som anställts för att tillverka den produkt som sålts genom avtalet. I den mån sociala synpunkter av detta slag är aktuella kommer även ett allmänintresse in i bilden.

De rättspolitiska strävandena att upprätthålla *stadga och fasthet* i avtalsförhållanden förtjänar också uppmärksamhet. En omfattande hävningsrätt urvattnar principen om avtals bindande kraft. Sett ur rättssäkerhetens synpunkt är detta betänkligt.

Det är sålunda en mångfald intressen och synpunkter som gör sig gällande när man har att utforma och tillämpa regler om hävning. En avvägning måste ske.

Betr. denna problematik, Bengtsson 161 ff, Christensen 27 ff.

Ett beaktande av de olika intressen, som kan beröras av en hävning, leder till att man inte kan ge borgenären hävningsrätt oberoende av avtalsbrottets art och styrka. Starka skäl talar för en *begränsning* av borgenärens rätt att häva.

Lag, praxis och doktrin anvisar tre vägar.

1) *Lagen preciserar förutsättningarna* för hävning. Det sker på olika sätt, mera eller mindre bestämt.

Ibland anger lagen *de avtalsbrott* som ger borgenären hävningsrätt. När lagen innehåller en detaljerad reglering av hävningsfallen, kan man anta att hävning inte är möjlig i andra fall än de som nämnes i lagen. Särskilt när syftet med hävningsreglerna är att skydda den svagare parten i avtalsförhållandet är det motiverat att betrakta lagens reglering som uttömmande.

HyresL § 31 anger uttömmande de fall i vilka hyresrätten kan förverkas (avtalet häves av hyresvärden). Detta kan även anses framgå indirekt av § 33, som stadgar att förbehåll om annan grund för hyresrättens förverkande är ogiltigt. Motsvarande stadgande finns inte i fråga om hyresgästens hävningsrätt oaktat lagen nämner flera fall i vilka hyresgästen har rätt att häva (uppsäga avtalet).

Enligt uttryckliga stadganden i JordlegoL §§ 4 och 21 kan legoavtal inte hävas (uppsägas) på annan än i lagen angiven grund, detta gäller både legogivarens och legotagarens hävningsrätt. — H a k u l i n e n, Vuokraoikeus I 124 f, anser att stadgandet i § 4 ej kan tillämpas enligt sin ordalydelse, en hävning bör vara möjlig i vissa fall som lagen inte reglerat.

Det förekommer även stadganden enligt vilka avtalsbrottet skall ha nått en viss *styrka* eller *omfattning* innan borgenären får häva.

Ibland är gränsen exakt angiven.

AvbetKöpL § 2 anger bestämda kvoter (av köpeskillingen), detta innebär en begränsning av hävningsrätten till förmån för köparen. — Se även UpphovsL § 34, ArbAvtL § 44 m. 2.

I andra fall anger lagen en *obestämd gräns* för hävningsrätten. Det ankommer i sista hand på domstol att avgöra om avtalsbrottet har en sådan styrka eller omfattning att hävning kan ske enligt lagstadgandets direktiv.

ArbAvtL § 43 m. 1 »vägande skäl» (se nedan), L om produktionskommittéer 30.12. 1949 § 5: medlem av produktionskommitté får inte avskedas »utan synnerligen giltig orsak». — Se även Työsopimuslakikomitean mietintö 55 f.

Lagen anger ibland omständigheter som skall *beaktas* vid bedömandet av hävningsrätten in casu. Det är inte fråga om preciserade hävningsförutsättningar utan om bedömningsgrunder som ger ett ganska stort spelrum.

SjöL § 126 m. 1: bortfraktarens dröjsmål ger befraktaren rätt att häva fraktavtalet om »bortfraktaren vid avtalets ingående insett eller bort inse, att det med befordringen avsedda ändamålet skulle väsentligen förfelas på grund av sådant dröjsmål»; se även § 146. — B e c k m a n 200 ff, R i s k a, Om försäkring av driftsintresse 234 ff, G r ö n f o r s, Befraktarens hävningsrätt 7 ff, 19 ff.

HB 15: 4 — »Bolagsman som med bedrägeri, och för sin egen nytto, giör then andra mehn och skada, varde skild vid sin bolagsrätt». — Se även SjöL § 39 m. 2.

KollAvtL § 11 m. 1: »Hava bestämmelser i kollektivavtal så väsentligen åsidosatts, att avtalsförhållandets fortsatta iakttagande skäligen icke kan fordras av övriga av avtalet bundna - -». — S a r k k o, Työrauhavelvollisuudesta 214 f och där åberopad litteratur.

Lagens reglering kan även innehålla en *kombination* av olika förutsättningar. Detta är fallet med förutsättningarna för hävning av arbetsavtal. Lagen — ArbAvtL § 43 — anger primärt att arbetsavtal kan hävas »om vägande skäl det påkallar» och ger i anslutning därtill en allmän och vid definition av vad som bör anses som vägande skäl: »sådan försummelse eller sådant beteende från den ena partens sida eller sådan

förändring av förhållandena främst inom dennas skaderiskområde, på grund varav det av den andra parten icke skäligen kan krävas, att han skall fortsätta avtalsförhållandet». Sekundärt anges i m. 2 och 3 genom en exemplifiering när hävning kan ske: »i synnerhet i följande fall», varefter det sker en uppräkning av tänkta avtalsbrott. De av lagen nämnda fallen är inte uttömmande.

2) För vissa avtalstyper är hävningsrätten *utesluten* eller starkt *begränsad*. Det gäller dels avtal med lång giltighetstid, dels avtal som normalt förutsätter medverkan av ett större antal personer. Man räknar med att hävning i sådana fall kunde åstadkomma allvarliga olägenheter.

Enligt JordlegoL § 21 m. 1 (ingressen) kan tomtlegoavtal ej hävas (uppsägas) på de grunder som enligt samma paragraf gäller för övriga legoavtal; betr. stadgandets innebörd, se Hakulinen, Vuokraoikeus I 174 f.

Efter det aktiebolag införts i handelsregistret kan aktieägare enligt ABL § 15 inte undandra sig sin betalningsskyldighet, d.v.s. inte frigöra sig från det avtal varigenom han tecknat aktie. Lagrummet tar sikte på fel vid bolagets bildande, vilka kan vara av sådan art att ett med tecknare ingånget avtal är ogiltigt; på samma sätt bör man kunna bedöma situationer som kan betraktas såsom avtalsbrott och som enligt allmänna regler skulle ge tecknare hävningsrätt; se även § 22 m. 1. — Jfr ABLFörslag 1969 § 7 m. 3 (Kommittébetänkande 1969: A 20).

AndelsL § 15 innehåller ett stadgande som motsvarar ABL § 15; en väsentlig olikhet förefinnes likväl däri, att medlem i andelslag när som helst kan utträda (utan angivande av orsak), § 20 m. 1.

I fråga om bolag och andra juridiska personer kommer avtalsrättsliga regler endast i begränsad utsträckning till användning.

3) Den mest betydande begränsningen framträder i *väsentlighetsregeln:* ett avtal kan hävas endast när avtalsbrottet är väsentligt. Innebörden härav klarlägges nedan (IV).

Kravet på väsentlighet har i några fall kommit till uttryck i lagtext. Man använder uttryck sådana som »av väsentlig betydelse» eller »icke av ringa betydelse».

Se HyresL §§ 15, 16, 31 m. 2, JordlegoL § 60, SjöL § 176 samt de speciella formuleringarna i §§ 126 m. 1, 146 m. 1; Staffans 249 f.

Det är meningslöst att i olika uttryck, som använts i lagen, spåra en betydelseskillnad. Det är fråga om en och samma princip låt vara att bedömningsfakta kan variera beroende på avtalstyperna.

I de flesta fall ger lagen inte någon vägledning. Trots det har man godtagit väsentlighetsregeln. Det är ostridigt att den inte kan begränsas till bestämda typer av avtal eller avtalsbrott. Regeln gäller avtal i allmänhet. Den är uttryck för en rättspolitisk strävan att med hänsyn till olika intressen, som berörs av avtal, begränsa borgenärens hävningsrätt. Även de i punkt 1) nämnda specialfallen kan uppfattas såsom tillämpningar av väsentlighetsregeln.

Se HyresL § 31 m. 2: omständighet, som av lagen betecknas som hävningsgrund (m. 1), ger inte hyresvärden hävningsrätt om den är av ringa betydelse.

Det primära motivet för väsentlighetsregeln är hänsynen till gäldenären. Hans intresse kräver vanligen att borgenären inte upplöser avtalet med anledning av ett ringa avtalsbrott. Den samverkan mellan parterna, som avtalsförhållandet innebär, får inte ensidigt och utan tillräckliga skäl omintetgöras av den ena parten. Lojalitetssynpunkten har särskild tyngd i de fall då borgenären vill utnyttja ett avtalsbrott som förevändning att frigöra sig från ett oförmånligt avtal. Det är naturligt att borgenären bär en viss risk för rubbningar i avtalsförhållandet. Det kan också framhållas, att rättsordningen i sin strävan att upprätthålla nödig stadga ofta bortser från mindre betydande avvikelser.

Jfr t.ex. jämkning av oskäliga avtalsvillkor, s. 158.

I nordisk doktrin anses väsentlighetsregeln vara en allmän hävningsregel.

Se särsk. Rodhe § 37 vid not 65—92, Ussing 85 ff, Arnholm III 257 ff, Bengtsson 103 ff. — Uppfattningarna har framför allt kommit att präglas av de nordiska köplagarnas stadganden om hävning, se SvKöpL §§ 21, 28, 42.

För finländsk rätt har frågan om väsentlighet behandlats huvudsakligen med avseende på köp av lös egendom; se Chydenius I 132 f, 144, Palmgren 123 ff, Palmgren—Olsson 107, Heikonen—Aaltonen 96 f, 149, Godenhielm 65 f, Portin 69. — Betr. förlagsavtal, Saxén, Förlagsavtalet 198 ff.

I tysk och schweizisk rätt har frågan om väsentlighet såsom betingelse för hävning lösts på annat sätt: borgenären bör (vid Verzug) uppmana gäldenären att prestera inom viss frist, först när denna gått ut kan Rücktritt ifrågakomma; det kan sägas att borgenären på detta sätt fixerar när dröjsmålet är att uppfatta såsom väsentligt, frågan har dock en annan innebörd än väsentlighetsbedömningen i nordisk rätt; se BGB § 326 (jfr § 361), Larenz I 281 f, Fikentscher 236; SchwOR Art. 107 (jfr 108), BernerKomm. 546 ff, von Büren 372, 374 f. — Se även s. 202 f.

I engelsk rätt har man tillgodosett gäldenärens skyddsintresse genom att uppdela bestämmelserna i avtal i »conditions» (»important elements of the contract») och »warranties»; endast brott mot condition medför hävningsrätt, medan brott mot warranty endast ger rätt till skadestånd; se Chitty I nr 595, Treitel 519 ff, Cheshire—Fifoot 122 ff.

Jfr IntKöpL vars art. 10 ger en definition av väsentligt avtalsbrott »fundamental breach of contract»; i många fall förknippas påföljderna vid att avtalsbrottet är »fundamental»; se betr. olika avtalsbrott art. 26—28 (dröjsmål), 30—32 (avlämnande på fel plats), 43—45 (»lack of conformity»); se Gaarder, Festskr. Arnholm 448 ff, 455 f.

Rättspraxis i Finland har i stor utsträckning följt väsentlighetsregeln. Hävning har ofta motiverats med att avtalsbrottet varit väsentligt. Ibland har hävning tillbakavisats med hänvisning till att avtalsbrottet inte varit väsentligt. Även när domstolarna använt andra uttryck än väsentligt har det ofta varit fråga om en bedömning i överensstämmelse med väsentlighetsregeln.

Bl.a. i följande avgöranden har HD använt termen väsentlig för att beteckna ett avtalsbrott av den styrka att hävning kunnat ifrågakomma:

HD 1968 II 51: utfört borrningsarbete (brunn) kunde inte på grund av väsentligt fel i det tekniska utförandet anses som ett dugligt arbetsresultat; entreprenörens krav på betalning enligt avtalet ogillades.

HD 1968 II 15: köp av fastighet förklarades hävt på grund av säljarens yrkande, då köparen inte fullgjort de avtalade sytningsprestationerna och dessa varit väsentliga förutsättningar för fastighetens försäljning.

HD 1967 II 41 (ref. s. 207).

HD 1948 II 351: hävning av hyresavtal godkändes ej då hyresgästens användning av lägenheten inte väsentligen avvek från det i avtalet förutsatta ändamålet.

HD 1939 II 432: yrkande på hävning av avverkningsavtal ogillades då köparen ej i väsentlig mån brutit mot avtalet.

HD 1932 I 41: säljare av fastighet ansågs ej ha brutit mot köpvillkoren så väsentligt, att hävning kunde ifrågakomma.

Se även *HD 1927 II 249, 1925 D II 302* och *495, 1923 D II 154.*

I många avgöranden framgår det av motiveringen att HD företagit en väsentlighetsbedömning oaktat det inte expressis verbis sagts att avtalsbrottet varit väsentligt:

HD 1959 II 42: såld maskin hade inte genom reparation fåtts i sådant skick som man med skäl kunde kräva.

HD 1950 II 420: det hade ej visats att såld maskin haft sådant fel, att köparen haft rätt att häva.

HD 1950 II 272: köpgodset ansågs ha varit så undermåligt att köparen haft rätt att vägra mottaga det (häva).

HD 1945 II 189: i hyresavtal rörande B tillhörig bostadslägenhet ingick en bestämmelse att hund inte fick hållas i lägenheten; hyresgästen A hade trots varning från Bs sida hållit hund, Bs krav på As vräkning förkastades då hunden ej ens påståtts vålla förfång för övriga invånare och A ej kunde anses ha brutit mot ordning och god sed (HovR godkände talan).

HD 1945 II 182: hästköp hävdes på grund av fel som i hög grad nedsatte hästens värde.

HD 1945 II 74: hävning av köp av gengasaggregat som till följd av konstruktionsfel ej fungerat så som man kunde kräva.

Man kan även påvisa avgöranden av HD i vilka motiveringarna för hävning inte ger vid handen att en väsentlighetsbedömning skulle ha förekommit. Huruvida en väsentlighetsprövning det oaktat skett undandrar sig bedömning.

HD 1950 II 369: sålt kött hade varit i någon mån förskämt och således inte avtalsenligt, varför krav på hävning godkändes.

HD 1948 II 180: såld vara hade ej till kvalitet och förpackning varit avtalsenlig, köparen ansågs berättigad att vägra ta emot varan.

HD 1940 II 283 (ref. s. 206).

Rättspraxis i Finland kan inte anses ge en helt klar bild av läget. Den *slutsatsen*

kan i varje fall dras, att väsentlighetsregeln i stor utsträckning använts. Det finns ingenting som jävar uppfattningen att den utgör en allmän hävningsregel.

Domstolarnas avgöranden har till största delen gällt köp av lös egendom. Praxis ger intet belägg för att andra avtalstyper borde bedömas annorlunda. Också i fråga om dem bör utgångspunkten och regeln vara att hävning förutsätter ett avtalsbrott som är väsentligt för borgenären.

IV. När är ett avtalsbrott *väsentligt* eller av väsentlig betydelse? Vilket är väsentlighetskravets innebörd?

Betr. allmänna synpunkter på väsentlighetsbedömningen, se särsk. Rodhe § 37 vid not 65—92, Bengtsson 103 ff, 190 ff, Christensen 65 ff, Ussing 85 ff, Portin 70 ff samt, i fråga om fel i köpgods, Aaltonen, Tavaran virheistä I 117 ff.
IntKöpL art. 10, se s. 220.

Bedömningen inriktas på att klarlägga när avtalsbrottet är *väsentligt för borgenären.*

Avtalsbrottets art är inte i och för sig avgörande. Man kan i allmänhet inte säga att avtalsbrott av viss typ är väsentliga medan andra inte är det. Påståendet gäller inte de fall då lagen anger de avtalsbrott som betingar hävning (III 1). Också i fråga om dessa förekommer likväl ibland en väsentlighetsbedömning.

Se HyresL § 31 m. 2.

Avgörande är inte heller den åsidosatta förpliktelsens beskaffenhet — huvudförpliktelse, biförpliktelse etc.

Man vinner inte heller något på att med avseende på hävning gradera avtalsbrotten såsom grova, lindriga etc. Beroende på omständigheterna kan t.ex. ett längre dröjsmål vara oväsentligt medan ett kort dröjsmål i ett annat fall kan vara så väsentligt att hävning kan ske.

Väsentlighetsbedömningen kommer i praktiken att starkt variera i fråga om olika avtalstyper, prestationer och avtalsbrott. Detta beror på att de fakta, som bör beaktas, starkt växlar. Man kan t.ex. inte på samma sätt bedöma avtal om engångsprestationer (köp etc.) och varaktiga avtal (hyres- och arbetsavtal etc.).

Hellner, 83, framhåller riktigt att väsentlighetsbedömningen kan ske på olika sätt och att någon fullständig överensstämmelse mellan de olika kontraktsbrotten ej finns ens inom köprätten.

Det centrala i väsentlighetsrekvisitet är avtalsbrottets *faktiska verkningar.* Bedömningen gäller avtalsbrottets väsentlighet in concreto. Man frågar: vilken faktisk betydelse har avtalsbrottet för borgenären?

Denna bedömning har som utgångspunkt borgenärens behov av rättsskydd. Det

gäller att överväga om avtalsbrottet för borgenären medför förlust, olägenhet eller men av det slag eller den omfattning att han bör ha möjlighet att upplösa avtalet.

När avtalsbrottets verkningar inte når upp till denna nivå — avtalsbrottet har blott ringa betydelse — är det naturligt att företräde ges gäldenärens behov av skydd. Man utgår från att hävningen normalt medför olägenheter för gäldenären. För att undvika dessa ger man inte borgenären rätt att häva när hans behov av rättsskydd i denna form inte är tillräckligt starkt.

Det sker sålunda en avvägning mot varandra av parternas motsatta intressen. Även tredje mans och det allmännas intressen bör ibland tas med i bedömningen (s. 19). De pekar vanligen i samma riktning som gäldenärens.

Exceptionella förhållanden kan föranleda att omständigheter, som normalt skulle ge hävningsrätt, ej betraktas såsom väsentliga.

Se *HD 1942 II 159:* avstängning för längre tid av vattenledning i bostadslägenhet i Helsingfors ansågs i rådande förhållanden (vinterkriget) ej vara sådan olägenhet som berättigade hyresgästen att häva hyresavtalet. — Jfr *HD 1941 II 150.*

Väsentlighetsbedömningen in casu får inte bindas vid bestämda fakta eller värderingar. Svaret på frågan om avtalsbrottet är väsentligt eller inte skall framgå ur en fri *helhetsbedömning* av den föreliggande situationen. Några allmänna synpunkter kan tjäna som vägledning.

Bedömningen är i första hand *individuell.* Man har att utreda vilka följder avtalsbrottet haft eller kan komma att få för borgenären i den konkreta situation som är för handen. Vanligen har avtalsbrottet ekonomiska konsekvenser — sämre avtalsobjekt, förlust genom dröjsmål etc. Också andra olägenheter måste beaktas — störning av buller, psykiskt men etc.

Väsentligt avtalsbrott är ofta för handen när avtalsobjektet med hänsyn till omfång, egenskap eller värde avsevärt avviker från det som uppgivits eller borgenären haft anledning att räkna med. Felets kvalitet eller kvantitet är dock inte i och för sig avgörande utan dess betydelse för borgenären.

Belysande för denna frågeställning är köprättens felregler; se Godenhielm 112 ff. Se även *HD 1933 II 204:* såld fastighets areal var 45 ha, ej 50 ha såsom uppgivits, hävning godkändes inte då differensen var relativt liten och säljaren ej haft noggrann uppgift om arealen.

För väsentlighetsbedömningen räcker det inte alltid att avtalsbrottets konkreta verkningar konstateras. Dessa måste ställas i relation till det tänkta läge som hade inträtt om avtalet hade fullgjorts riktigt. Denna jämförelse kan ge svar på frågan: väsentligt eller ringa avtalsbrott.

Här sker sålunda en hypotetisk bedömning likartad med den som förekommer vid beräknande av avtalsersättning (s. 352).

De ekonomiska följderna av likadana avtalsbrott kan kännas olika för olika borgenärer. En ekonomisk förlust kan utan svårighet bäras av ett stort företag, medan samma förlust hårt kan drabba en enskild person. Denna relativa olikhet i verkningar beaktas i allmänhet inte när man har att avgöra om avtalsbrott är väsentliga. Man ser de ekonomiska konsekvenserna i förhållande till det enskilda avtalet. Om avtalsbrottet avsevärt rubbat avtalsbalansen, kan avtalsbrottet anses ha väsentlig betydelse.

Trots den individuella bedömningen bör man eftersträva en *standardisering*. Man tar fasta på de normala eller typiska följderna av ett avtalsbrott av det slag som förekommit. Det är viktigt att gäldenären kan förutse om ett avtalsbrott kan ge borgenären rätt att häva. Härvid får han hålla sig till normala eller typiska verkningar, sådana som han borde kunna förutse. I praktiken blir den individuella prövningen ofta en bedömning av en typsituation.

Ibland kan särskilda omständigheter leda till att olägenheterna för borgenären av ett avtalsbrott är större än de normalt är i liknande situationer. Ett avtalsbrott kan sålunda vara väsentligt oaktat det skulle ha blott ringa betydelse för en annan borgenär i ett analogt avtalsförhållande. Här måste man primärt ta hänsyn till gäldenären. Denne kan utgå från det som är normalt eller typiskt. Man frånkänner borgenären hävningsrätt ifall inte gäldenären varit eller bort vara medveten om de speciella omständigheter som gör avtalsbrottet väsentligt för borgenären. Borgenären undgår denna risk genom att på förhand uppmärksamgöra gäldenären på de särskilda omständigheterna, t.ex. att ett obetydligt dröjsmål kan orsaka stora förluster. Om så inte skett, håller man sig till de normala följderna.

Det sagda betyder att väsentligheten bör ha varit *synbar* för gäldenären.

Bengtsson 209 ff, Rodhe § 37 vid not 79—81, Hellner 83 f, Almén § 21 vid not 189—191, § 42 vid not 67a—72, Ussing 86, Arnholm III 258 f.

Ifall *avsikten* med avtalet helt eller huvudsakligen skulle förfelas till följd av avtalsbrottet, är detta väsentligt. Ibland har man uttryckt saken så, att borgenärens intresse av avtalets fullgörande bortfallit.

Se *HD 1934 II 156:* A hade överträtt en i ett avtal om köp av aktier intagen konkurrensklausul; B ansågs berättigad att häva köpet, då avtalet genom att A handlat i strid med sin förbindelse att inte konkurrera med B, hade förlorat en väsentlig del av sitt värde.

Jfr BGB § 326 m. 2 (kein Interesse), SchwOR Art. 108 (nutzlos).

Ofta är det anledning att kräva mindre i fråga om väsentlighet när gäldenären överträtt en *uttrycklig avtalsbestämmelse* än när han handlat i strid med det som blott förutsatts i förhållandet mellan parterna.

Genom hävning kan borgenären ibland *minska riskerna* för en ytterligare förlust av avtalsbrottet. Sålunda kan han, när hävningen verkställts, t.ex. göra ett förmånligt täckningsavtal, vilket begränsar gäldenärens ekonomiska ansvar för avtalsbrottet.

Hävningen är då förenlig även med gäldenärens fördel. En mildare bedömning av väsentlighetsrekvisitet kan därför vara befogad när ett förmånligt täckningsavtal kan ingås.

Det är möjligt att den *nytta*, som borgenären har av en hävning, är minimal i jämförelse med de olägenheter som uppstår för gäldenären. Denna disproportion kan beaktas vid väsentlighetsbedömningen.

Om *andra rättsskyddsmedel* än hävning ger borgenären ett effektivt skydd, kan hävningsrätt förvägras honom om det in casu råder tvekan om avtalsbrottets väsentlighet.

Avtal av *stor ekonomisk betydelse* bör inte kunna hävas utan starka skäl. Detta är fallet särskilt när ett större antal personer, t.ex. såsom arbetstagare, är beroende av att avtalet fullgöres. De sociala synpunkterna bör ställas i relation till borgenärens anspråk på rättsskydd i form av hävning.

För hävning av överlåtelseavtal rörande *fastighet* bör man i regel kräva en hög grad av väsentlighet beroende främst på de olikartade intressen som kan vara förknippade med äganderätt till fastighet och de olägenheter som en upplösning av avtalet därför kan medföra.

Se Vahlén, Formkravet 286 f.

Borgenären kan, efter det dröjsmål inträtt, utsätta en *frist* inom vilken han emotser prestation. Detta kan vanligen uppfattas så att dröjsmålet är väsentligt i och med att fristen går ut. Detsamma gäller t.ex. om borgenären angivit en tid inom vilken gäldenären erbjudes möjlighet att avhjälpa fel i avtalsobjektet.

Se Bengtsson 246 f.

Det förekommer att borgenären, utan att framställa några anspråk, anmärker på åtgärd eller försummelse som innebär avtalsbrott eller uppmanar gäldenären att företa rättelse. Om ändring trots det inte sker inom skälig tid, kan hävningsrätt ofta anses vara för handen. Genom anmärkningen eller uppmaningen har borgenären låtit gäldenären förstå att avtalsbrottet är väsentligt för honom.

Se HyresL § 31 m. 1 p. 4 samt JordlegoL § 21 m. 1 p. 2 och 3, som förutsätter anmärkning resp. anmaning innan hävning kan ske.

I varaktiga avtalsförhållanden kan *avtalsbrott upprepas*. Skall detta beaktas när man bedömer väsentligheten?

I regel tar man hänsyn till det enskilda avtalsbrottet och ser till dess faktiska verkningar.

Se HyresL § 31 m. 1 p. 1, som ger hyresvärden rätt att häva om hyran inte betalas senast fjärde dagen efter överenskommen tid.

Ofta är upprepningen likväl relevant. Den kan för borgenären medföra olägenheter som inte är förknippade med det första avtalsbrottet. Den skapar osäkerhet i fråga om avtalets hållbarhet och kan tas som tecken på att avtalsförpliktelserna även framdeles kommer att åsidosättas. Genom en upprepning accentueras ofta olägenheter som inte är ekonomiska. Hyresvärden kan ha överseende med ett enstaka fall av lastbart leverne i den uthyrda lägenheten. Om upprepning sker, ackumuleras olägenheterna till den gräns då hävningsgrund är för handen.

Å andra sidan kan en borgenär, som utan invändningar funnit sig i upprepade avtalsbrott, t.ex. försenade periodiska betalningar, anses ha godkänt avtalsbrotten eller åtminstone inte betraktat dem som väsentliga.

Se *HD 1945 II 68:* hyresvärd hade ända från början av hyresförhållandet år 1941 utan anmärkning tillåtit att hyresgästen med avvikelse från avtalet betalade hyran i efterskott, ofta först påföljande månad; hyran för mars 1944 hade betalats först den 5 april, förseningen ansågs vara ringa och hyresvärden tillerkändes inte hävningsrätt.

I varaktiga avtalsförhållanden kan avtalsbrott, utan att innebära ekonomisk förlust, betyda en rubbning av förtroendeförhållandet mellan parterna. Också detta kan vara väsentligt.

Se H a k u l i n e n, Vuokraoikeus I 93, som i sådana situationer anser hävning (uppsägning) möjlig oaktat uppsägning enligt JordlegoL § 4 inte må ske på annan än i denna lag angiven grund.

Den omständighet, vilken åberopas som hävningsgrund, kan vara tillfällig eller *övergående* på ett sådant sätt att den inte kan betraktas som väsentlig och således inte ger borgenären rätt att häva.

Se *HD 1951 I 7:* arrendeavtal rörande fors kunde inte hävas då vattenmängden visserligen nedgått avsevärt på grund av ovanlig torka, men detta måste anses vara tillfälligt och övergående.

Också i avtal om *fortsatta* prestationer, t.ex. successiv leverans, kan en upprepning inverka på väsentlighetsbedömningen. Gränsen vid vilken hävning är möjlig kan nås genom upprepade avtalsbrott. Härvid kan det även bli fråga om hävning på grund av *anteciperat* avtalsbrott. Borgenären kan ha grundad anledning att räkna med att avtalsbrottet upprepas. Hävning kan härvid förekomma oaktat det avtalsbrott, som redan inträffat, möjligen inte var så väsentligt att det ensamt för sig kunde föranleda hävning.

Se *HD 1951 I 2* och *1931 II 110:* köparen hade haft grundad anledning att förmoda att även fortsatta leveranser skulle vara avtalsstridiga (han hade inte hävt den första leveransen). SvKöpL § 46.

Vid bedömningen av anteciperat avtalsbrott kan det vara av betydelse om gäldenären gett eller vägrat ge löfte att framdeles fullgöra avtalet.

Se *HD 1924 D II 505.*

Om borgenären utan att häva avtalet påtalat fel i delprestation och i det sammanhanget ställt villkor för kommande prestationer i överensstämmelse med avtalet, kan bristande uppfyllelse av sådant villkor anses som ett väsentligt avtalsbrott.

Se *HD 1939 II 559.*

Hävning kan även grundas på att avtalsobjektet har ett *rättsligt fel* eller ett *rådighetsfel.* Detta kan vara väsentligt beroende på den faktiska verkningen för borgenären. Här sker en vanlig väsentlighetsbedömning.

Betr. rättsliga fel och rådighetsfel s. 307.

Enligt SBL § 9 m. 1 svarar överlåtaren av en fordran för dennas giltighet; om fordringen är ogiltig, kan förvärvaren häva överlåtelseavtalet; om ogiltigheten rör blott en mindre del av fordringen, kan hävning vara utesluten på grund av att felet är ringa. — Förvärvaren kan inte häva på den grund att gäldenären enligt överlåten skuldsedel inte kan betala, men överlåtaren blir ansvarig om han åtagit sig ansvar del credere; se SBL § 9 m. 2; om överlåtaren vilselett förvärvaren, kan överlåtelseavtalet enligt vanliga regler bli ogiltigt. — Se även Hakulinen, Velkakirjalaki 86 ff.

HD 1969 II 18: A hade sålt en bil åt B; senare visade det sig att bilen smugglats in i landet, varom varken A eller B varit medveten, bilen beslagtogs som säkerhet för tull m.m.; då B ej kunde få bilen i sin besittning eller registrerad i sitt namn utan att betala betydande belopp i tull etc. och då A sålunda ej kunnat stå hemul (hänvisning till HB 1: 3), förklarades köpet hävt (se även *HD 1969 II 19,* nedan s. 312).

HD 1933 II 89: då säljaren ej kunnat utreda sin äganderätt till hela den sålda fastigheten utan endast till en del därav, förklarades köpet hävt.

En väsentlighetsbedömning förekommer även i de fall då det är fråga om en återgång av avtal till följd av omständigheter som har samband med *avtalets ingående.* Anledning till avtalets upplösning kan vara att part lämnat väsentligt felaktig uppgift om avtalsobjektet eller underlåtit att upplysa den andra parten om något förhållande som är väsentligt för denne.

Det har ovan framhållits (s. 207) att dessa situationer principiellt inte kan betraktas som hävning, vilket inte hindrar att där sker en väsentlighetsbedömning av samma slag som den vilken rör hävning.

Se *HD 1967 II 41, 1939 II 476* (motiveringen), *1938 II 20, 1932 II 111.*

I nordisk doktrin har försök gjorts att bestämma väsentlighetsbetingelsen med ledning av *förutsättningsläran:* borgenären skulle ej ha ingått avtalet om han förutsett avtalsbrottet. Väsentlighet innebär att en avgörande eller bestämmande förutsättning för avtalet har rubbats. I denna situation är borgenären berättigad att lösgöra sig från avtalet. För att kunna

avgöra om hävningsrätt föreligger måste man göra en hypotetisk bedömning: huru skulle borgenären ha förhållit sig vid avtalets ingående om han då skulle ha förutsett avtalsbrottet?

Förutsättningsläran har i nordisk doktrin utvecklats främst av Ussing, se särsk. Aftaler 457 ff, Obligationsretten 85 ff, Ussing bygger på äldre dansk doktrin, särskilt på Lassens utredningar. I Danmark har förutsättningsläran ingående behandlats och vidare utvecklats av Fr. Vinding Kruse, Ejendomsretten II 759 ff, och A. Vinding Kruse, Misligholdelse 43 ff. På senare tid har förutsättningsläran rönt stark kritik av bl.a. Illum, Augdahl, Jørgensen, Vahlén och Rodhe (SvJT 1971 178 f). — En god översikt av förutsättningslärans förhållande till den för hävning erforderliga väsentlighetsbedömningen och av den kritik, som riktats mot förutsättningslärans tillämpning vid hävning, ges av Bengtsson 110 f, som själv framför vägande kritiska synpunkter. Av särskilt värde är även den ingående kritiska bedömning som närmast med avseende på fel i köpgods utförts av Jørgensen 39 ff.

Om finländsk doktrin kan sägas att förutsättningsläran i allmänhet inte fått fotfäste. Hävningsbetingelserna har hos oss i regel inte grundats på förutsättningssynpunkter. Väsentlighetsbetingelsen har bedömts på annat sätt. — Det är under dessa förhållanden mindre motiverat att i syfte att klarlägga väsentlighetsprövningen ingå på en kritisk granskning av förutsättningsläran. I Finland har vi ingen anledning att föra in förutsättningsläran i sammanhang där dess värde är tvivelaktigt och där andra och bättre lösningar står till buds.

Den utredning av väsentlighetsbedömningen, som ovan gjorts, och de olikartade fakta, till vilka där hänvisats, ger vid handen, att bedömningen av avtalsbrottets betydelse för borgenären inte kan begränsas på det sätt som förutsättningsläran gör. Hänsyn måste i stor utsträckning tas till gäldenärens intresse. Man har att se huru en hävning påverkar hans situation. Ibland har man dessutom att beakta tredje mans rätt och en del allmänna intressen, varvid även sociala synpunkter kan komma in i bedömningen. Sådana fakta och synpunkter har inte plats i den hypotetiska bedömning som förutsättningsläran bygger på.

Förutsättningssynpunkterna är likväl inte helt främmande för finländsk rätt. SjöL § 126 m. 1 tvingar direkt till en hypotetisk prövning: »... äge befraktaren häva fraktslutet, där bortfraktaren vid avtalets ingående insett eller bort inse, att det med befordringen avsedda ändamålet skulle väsentligen förfelas på grund av sådant dröjsmål». — Det är att observera att SjöLs stadganden är uttryck för en internationell enhetlighet, den i § 126 angivna bedömningsgrunden har man inte anledning att godta för andra fall.

Också i rättspraxis kan man finna tillfälliga spår av ett förutsättningsresonemang i anslutning till hävning av avtal, t.ex.

HD 1968 II 15: som en omständighet, vilken motiverade hävning av ett fastighetsköp, angav HovR (HD gav ej fullföljdstillstånd) att den i avtalet tillförsäkrade sytningen och dess erläggande måste anses ha väsentligen medverkat till köpets ingående (sytning hade sedermera inte erlagts).

HD 1961 II 119: köparen hade utan egen förskyllan misstagit sig i fråga om såld fastighets värde, därför och då köparen uppenbarligen inte skulle ha avslutat köpet om han varit medveten om det verkliga värdet (byggnad) och säljaren måste anses ha insett detta, förklarades köpet hävt.

IntKöpL art. 10 betraktar ett avtalsbrott såsom väsentligt, när gäldenären vid avtalets ingående insett eller bort inse, att en förnuftig person med samma kvalifikationer och i samma ställning som borgenären inte skulle ha ingått avtalet, om han hade förutsett avtalsbrottet och dess följder. — Se Hellner, SvJT 1965 257 ff, Bengtsson 142 ff, Godenhielm, DL 1965 93 ff, Scandinavian Studies in Law 1966 14 f. — Framtiden får utvisa om denna metod att bestämma väsentligheten — med ledning av ett i visst mån subjektivt kriterium — kommer att accepteras inom olika nationella rättssystem.

V. Ibland förekommer en *vidgad* hävningsrätt: borgenären kan häva oaktat avtalsbrottet har endast ringa betydelse eller helt saknar relevans för honom.

En utvidgning motiveras framför allt av en strävan att skapa säkerhet i avtalsförhållanden. När gäldenären vet att ett visst avtalsbrott, t.ex. dröjsmål, utan vidare kan leda till hävning, är det angeläget för honom att prestera exakt. Genom att vidga hävningsrätten — lösgöra den från väsentlighetsbedömningen — accentueras hävningsrättens preventiva funktion, vilken i vanliga fall kan vara ganska obetydlig.

Här skall nämnas fyra situationer i vilka hävningsrätt är för handen utan att vanliga krav ställes på avtalsbrottets väsentlighet.

1) I *handelsförhållanden*, där avtalsstabiliteten är särskilt viktig, förekommer en vidgad hävningsrätt. Den är dock ingalunda generell. Omständigheterna in casu måste alltid beaktas. En för gäldenären strängare bedömning är likväl påkallad. Detta motiveras med att en fackman, som driver en organiserad verksamhet vari avtalet ingår som ett led, bör ha ett strängare ansvar för följderna av avtalsbrott.

SvKöpL § 21 m. 2 stadgar att varje dröjsmål vid handelsköp ger hävningsrätt; Almén § 21 vid not 198a ff, Bengtsson 262 ff.

I Finland är det inte anledning att vara lika sträng; det är inte motiverat att enligt svensk förebild upprätthålla en skarp gräns mellan handelsköp och civilköp, det är tillfyllest att man skärper kravet på effektivitet och planmässighet beträffande den som är köpman (fackman); så även Portin 73 not 41, Handelsköp och civila köp (JFT 1963 116—142) 128. När det är fråga t.ex. om köp med stor ekonomisk betydelse, kan man inte se bort från väsentlighetskravet. — Se även Palmgren 126, Godenhielm 128, Heikonen—Aaltonen 112, 149.

SjöL §§ 126 m. 2 och 146 m. 2: varje dröjsmål ger hävningsrätt när fartyget enligt fraktavtalet skall vara färdigt att inta last eller ställas till förfogande inom viss tid (tidsbefraktning); se även § 148.

2) Borgenären kan på ett för gäldenären synbart sätt ha *fäst särskild vikt* vid att avtalet eller en enskild bestämmelse däri följes. Föreskrift att avtalstiden noga bör iakttas kan ofta tolkas så, att hävning är möjlig utan prövning av väsentlighetsrekvisitet. Detsamma kan gälla när part tillförsäkrat en egenskap hos avtalsobjektet och denna saknas.

Se SvKöpL § 21 m. 2, Almén § 21 vid not 197 f, § 42 vid not 73.
Jfr BGB § 361 och SchwOR Art. 108, som innehåller stadganden om Fixgeschäft.
Se även SjöL § 126 m. 2.

3) Om gäldenären *meddelar*, att han inte kommer att fullgöra avtalet, kan borgenären grunda hävning härpå oberoende av varje väsentlighetsbedömning. Detta gäller inte om meddelandet avser en sekundär avtalsbestämmelse vars åsidosättande inte kan innebära ett väsentligt avtalsbrott.

Även vid annat anteciperat dröjsmål kan man tala om en vidgad hävningsrätt.

Se Christensen 181 ff.

4) När gäldenären handlat *svikligt* eller i avsikt att tillfoga borgenären skada, kan det in casu vara motiverat att låta borgenären häva även när avtalsbrottet inte är väsentligt.

Se s. 100 f.

VI. Även om man in casu kan konstatera att ett avtalsbrott, sett ur borgenärens synvinkel, är väsentligt, följer därav inte utan vidare att hävningsrätt föreligger. För gäldenären kan avtalsförhållandets upplösning genom hävning innebära så allvarliga olägenheter, att hans behov av rättsskydd bör tillgodoses så, att *borgenären förvägras rätt att häva.* Man kan bl.a. peka på sådana fall i vilka gäldenärens förberedelser eller andra åtgärder för avtalets fullgörande framskridit så långt att hävning skulle medföra oproportionerligt stora förluster eller olägenheter av annat slag. Härvid bör man även bedöma gäldenärens möjligheter att genom avtal med tredje man utnyttja det arbete, som han redan nedlagt på sin prestation till borgenären, t.ex. hans möjligheter att sälja en byggnad som uppförts med avvikelse från entreprenadavtalets bestämmelser.

Det har ansetts att hävning av entreprenadavtal kan förekomma endast om särskilt starka skäl kan anföras; se Reino Erma, Urakoitsijan suoritusvirheen vaikutuksista sopimussuhteeseen rakennusurakassa (Festskr. Kivimäki, 1956, 58—84) 74 ff.

Se även SjöL § 133; också § 127 utesluter hävning (av hänsyn till tredje man, d.v.s. annan befraktare), Beckman 209.

När man har att överväga om hävningsrätt skall ges borgenären eller inte, bör man beakta de övriga rättsskyddsanspråk som står till borgenärens förfogande — krav på ersättning, vederlagsminskning etc. Om borgenären skäligen blir tillgodosedd genom ett sådant anspråk, bör man utesluta hävning, om denna skulle orsaka gäldenären allvarliga olägenheter.

Faktiska omständigheter, som ansluter sig till avtalet eller har samband med dess fullgörande, kan även utesluta hävningsrätt. Några fall skall nämnas.

Jfr BGB §§ 350—355, Esser 366 f, Larenz I 305 ff, Berner Komm. 569 f.

Om *naturaprestation har skett* — avtalsobjektet har t.ex. kommit i förvärvarens besittning — kan detta ofta fattas så, att den part, som presterat, avstått från hävning vartill motpartens förhållande framdeles kan ge anledning. Det har ansetts att säljare, som låtit köparen komma i besittning av godset, inte kan häva till följd av utebliven betalning. Genom förbehåll kan part bevara sin hävningsrätt.

Se Hakulinen 166, Godenhielm 165 f, Heikonen—Aaltonen 220 f, Portin 74 ff samt SvKöpL § 28 m. 2, Alméns § 28 vid not 105 ff, Rodhe § 37 vid not 97—100, Hellner 115 f, Ussing 95 ff.

HD 1970 II 34: av A till B sålda och överlämnade möbler, vilka ej var betalda, hade av A återtagits strax innan B försattes i konkurs; A ålades att till konkursboet utge möblernas värde (de fanns ej mera i As besittning), då A ej förbehållit sig äganderätt till möblerna och ej heller rätt att häva köpet på grund av Bs dröjsmål med betalningen.

Erläggande av vederlagsprestation (penningar) anses inte avskära hävningsrätten.

Se *HD 1961 II 119.* — Ussing 96.

Den omständigheten att borgenärens rätt till avtalsobjektet är sakrättsligt skyddad utesluter inte hävning. Frågan om äganderättens övergång har inte relevans i detta sammanhang.

Hävning kan uteslutas på den grund att borgenären *inte kan återställa* godset eller inte återlämna det i ursprungligt skick. Detta är en naturlig konsekvens av hävningens innebörd: avtalet upplöses med sådan verkan att prestation som skett skall återgå. Om detta inte är möjligt, är hävningen inte genomförbar trots att ordinära hävningsförutsättningar är för handen. Denna begränsning i hävningsrätten gäller inte ifall avtalsobjektet förstörts eller skadats till följd av omständighet för vilken borgenären inte bär risken.

Det berörda problemet är aktuellt främst inom köprätten; se SvKöpL §§ 57, 58, Alméns § 57 vid not 26, § 58 vid not 22—76, Rodhe § 37 vid not 102, Ussing 97 f, Arnholm III 260 f.

Se även *HD 1969 II 19, 1958 II 34* (avtalsobjektet kunde ej återställas, prisnedsättning i stället för hävning), *1936 II 472, 1939 II 352.*

Den omständigheten att avtalsobjektet inte kan återställas i oförändrat skick behöver inte i alla situationer utesluta hävning. Gäldenärens intresse kan tillgodoses så, att borgenären betalar ersättning för värdeminskningen.

Se *HD 1934 II 512.*

Det faktum att borgenären använt avtalsgodset utesluter inte i och för sig hävning. En användning är i många fall nödvändig eller naturlig. En försummelse av vårdplikten kan likväl utesluta hävning.

Se *HD 1934 II 228, HD 1930 II 22.*

Frågan om hävning kan bli aktuell även i sådana fall då avtalets egentliga förpliktelser fullgjorts av gäldenären men avtalsobjektet förstörts eller skadats medan det befunnit sig i gäldenärens besittning.

Exempel: en bil, som lämnats till reparation, har förstörts eller skadats i verkstaden efter det reparationsarbetet utförts; hävning innebär att ägaren inte är skyldig att betala reparationskostnaderna; ersättningen av bilens värde är en separat fråga (se s. 378 ff).

I hithörande fall kan hävningsrätten inte lösgöras från orsakerna till skadan på avtalsobjektet. Om denna berott på gäldenären eller hans medhjälpare — dessa kan inte exculperas — förefaller det rimligt att låta borgenären häva. Har skadan däremot orsakats av en händelse, för vilken gäldenären inte svarar, sker bedömningen bäst med ledning av en riskfördelning. Man frågar vilken av parterna som står faran för avtalsobjektet. Är det borgenären, bör han betala avtalat vederlag trots att gäldenärens motprestation inte blir till någon nytta för honom — det arbete, som gäldenären nedlagt på avtalsobjektet, har gått till spillo när detta förstörts.

Dessa problem har behandlats av Gomard 163 ff. — Se betr. ersättningsskyldighet i här avsedda fall s. 378.

Bedömningen är likartad när den störning som inträffat, rör borgenärens person; t.ex. en teaterbesökare faller i trappan till teatern och skadar sig så, att han inte kan övervara föreställningen, det erlagda biljettpriset bör återbetalas, ifall skadan uppstått under sådana omständigheter att teatern är ansvarig för densamma. — Se Gomard 174 f.

Hävningsrätten kan uteslutas på den grund att borgenären genom avtalsklausuler getts möjligheter att göra särskilda påföljder gällande. Hans rättsskyddsbehov tillgodoses då på annat sätt. Sålunda kan garantiklausuler, som ger borgenären rätt att påfordra avhjälpande av fel i avtalsobjektet, utesluta hävning (s. 464).

Hävningsrätten kan komma att uteslutas på den grund att *avtalsbrottet eliminerats* innan borgenären utövat sin hävningsrätt. Främst ifrågakommer de fall då gäldenären presterar sentida eller rättar eller kompletterar en felaktig eller bristfällig prestation.

Genom att gäldenären företar rättelse förlorar avtalsbrottet inte utan vidare sin betydelse. Dess verkningar kan fortbestå. Om detta är fallet och följderna av avtalsbrottet trots rättelsen är väsentliga för borgenären, kan han häva. Vid dröjsmål kan hävningen ske genom att borgenären vägrar ta emot den prestation som erbjudes för sent.

Se ArbAvtL § 44 m. 1: hävningsrätten förutsättes förfalla om skälet till hävning förlorat sin betydelse.

När den rättelse, som gäldenären vidtagit, avlägsnat avtalsbrottets för borgenären menliga verkningar — gäldenären har t.ex. betalat eller säljaren har reparerat fel i köpgodset — kan det med fog sägas att avtalsbrottet inte mera är väsentligt. Den primära betingelsen för hävning har ryckts undan. I varaktiga avtalsförhållanden kan avtalsbrott likväl ha upprepats i den utsträckning att borgenären, oaktat avtalsbrotten i efterhand eliminerats, bör ges hävningsrätt på den grund att man kan räkna med att gäldenären även framdeles åsidosätter sina förpliktelser. Den osäkerhet som,

upprepade avtalsbrott kan leda till för borgenären, bör beaktas när man har att avgöra om ett åsidosättande av avtalet är väsentligt eller inte.

Jfr Bengtsson 134, 247 ff, Rodhe § 38 vid not 37. Se även Sundberg 201 f. Ett specialfall regleras i AvbetKöpL § 5.

Jfr HyresL § 16 m. 1 och § 32: hävning (uppsägning) kan inte ske efter det hyresvärden avhjälpt fel i lägenheten eller hyresgästen vidtagit rättelse av åtgärd som utgör grund för hävning från hyresvärdens sida. Däremot kan på grund av dröjsmål med hyresbetalning gjord uppsägning inte återgå om hyran betalats efter det uppsägningen verkställts (delgivits hyresgästen); se Godenhielm, Uusi huoneenvuokralaki 207. — Se även JordlegoL § 21 m. 2.

Om en fastighet är belastad med större eller flere inteckningar än säljaren uppgivit, kan detta vara hävningsgrund. Om inteckningarna dödas eller de intecknade skuldsedlarna ställes till köparens förfogande, är hävning utesluten; se t.ex. *HD 1930 II 149.*

Ibland anger lagen att hävning skall ske inom en bestämd *frist.*

Se ArbavtL § 44, JordlegoL § 21 m. 2.

Enligt HB 1: 4 (in fine) gäller vid hästköp en »frestetid» om tre dygn; betr. innebörden härav se *HD 1945 I 19* (pleniavgörande) samt Godenhielm 140 ff och där refererade domstolsavgöranden.

Underlåten eller försenad *reklamation* kan beröva borgenären rätten att häva (s. 476).

Hävning kan uteslutas till följd av ett borgenärens förhållande som kan tolkas såsom ett *godkännande* av avtalsbrottet eller av ett tidigare likartat avtalsbrott.

HD 1961 II 2: genom att ta emot försenad delleverans ansågs köparen ha godkänt att avtalet fortfarande gäller trots förseningen.

HD 1923 D II 208: försenad hyresbetalning hade förekommit vid tidigare tillfällen, hyresvärden hade inte erinrat om att hyran skall betalas i tid; hävning godtogs inte.

När gods säljes genom *offentlig auktion,* kan detta ofta anses betyda att hävning på grund av fel i godset är utesluten eller begränsad.

Se SvKöpL § 48, Almén § 48 vid not 1 ff.

Den avvägning av olika intressen, som i viss utsträckning måste ske när förutsättningarna för hävning in casu bedömes (s. 222), kan leda till att borgenären förvägras hävningsrätt av hänsyn till *tredie mans intresse.*

Se SjöL § 127.

VII. I princip är hävningsrätten inte beroende av gäldenärens culpa. Hävning kan ske oberoende av gäldenärens relation till de fakta som föranlett avtalsbrottet. Den generella hävningsgrunden är en enda: väsentligt avtalsbrott.

Frågan om *gäldenärens vållande* är likväl inte helt irrelevant. Lagen kan binda hävningen vid gäldenärens culpa.

Se UpphovsL §§ 33 och 34.

I de fall då lagen anger särskilda hävningsgrunder kan dessa vara utformade så, att de innefattar ett uppsåtligt eller vårdslöst handlande eller förfarande från gäldenärens sida eller att vållandet ingår som en beståndsdel jämte andra i hävningsgrunderna.

ArbAvtL § 43 m. 1 (se s. 210) anger »försummelse» som en beståndsdel i de »vägande skäl» som kan föranleda hävning.
SjöL § 126 m. 1 och § 146 m. 1 in fine.
Se även Taxell, Festskr. Nial 501 f, Jørgensen 156, 159 (avtal rörande fast egendom).

Ett kvalificerat vållande kan ge borgenären en *vidgad* hävningsrätt. Det kan sålunda vara motiverat att inte skydda den gäldenär som förfarit *svikligt* eller avsiktligt handlat i strid med borgenärens intressen. Ett svikligt förfarande från parts sida innebär ett medvetet åsidosättande av lojalitetskravet. Då avtalet innefattar en samverkan mellan parterna för gemensamma syften, framstår det som naturligt att borgenären till följd av gäldenärens svek får undandra sig fortsatt samverkan. Det är dock knappast möjligt att generellt ge borgenären en på detta sätt vidgad hävningsrätt. Frågan måste prövas in casu.

Se SvKöpL §§ 42, 43, 47, 48, Almén § 42 vid not 77—80, § 43 vid not 66 a samt Godenhielm 113, Aaltonen, Tavaran virheistä II 95 ff, Heikonen—Aaltonen 149, Rodhe § 29 vid not 91, Bengtsson 230 ff, Ussing 87 f, Gomard 150 ff, Arnholm III 257.
Se även HB 15: 4: bedräglig bolagsman skiljes från bolaget, bolagsavtalet häves för hans del.
Jfr FörsAvtL § 18: försäkringsgivaren fritas helt eller delvis från ansvarighet i förhållande till den som uppsåtligen eller av grov vårdslöshet framkallat försäkringsfallet.

I speciella situationer har man anledning att överväga om inte hävningsrätten borde *falla bort* på den grund att gäldenären *inte vållat* avtalsbrottet. Man kan bl.a. peka på ett sådant fall då avtalsbrottet visserligen är väsentligt men en hävning skulle betyda en oproportionerligt stor ekonomisk förlust för gäldenären. Då det gäller att i sådana situationer väga parternas intressen mot varandra, kan det vara riktigt att frånkänna borgenären hävningsrätt med åberopande dels av de ekonomiska verkningar, som en hävning skulle ha för gäldenären, dels av frånvaron av vållande hos denne. Härvid har man också att beakta om borgenärens intresse i tillräcklig utsträckning kan tillgodoses på annat sätt än genom hävning.

Se även Bengtsson 234 f.

Undantagsvis är det motiverat att *utesluta* hävning på den grund att gäldenären inte haft culpa eller utvisat blott ringa vårdslöshet. En uteslutning av hävningsrätten bygger i dessa fall på en skälighetsprövning.

Se AvbetKöpL § 2 m. 2. Stadgandet framstår som ett undantag från gängse hävningsregler och kan inte tillämpas ex analogia. Synpunkter av det slag, som lagrummet anger, bör likväl kunna beaktas då fråga är om avtalsförhållanden i vilka det är angeläget att skydda den svagare parten.

Ibland består själva avtalsbrottet av ett vållande. Detta är fallet då till gäldenärens avtalsenliga skyldigheter hör en *vårdplikt*. Man har då att ta hänsyn till själva vållandet vid sidan av den för väsentligheten primära bedömningsgrunden avtalets faktiska verkningar.

Se HyresL § 20 jfr § 31 m. 1 p. 6.

I *varaktiga* avtalsförhållanden kan ett vållande, särskilt om det upprepats, innebära en risk för fortsatta avtalskränkningar. I den meningen kan culpan ha relevans när avtalsbrottets väsentlighet bedömes. Det kan vara motiverat att ge borgenären en vidgad hävningsrätt även på den grund att gäldenären genom sitt vållande visat att han inte lojalt tar del i det samarbete som avtalsförhållandet innefattar. Det sagda gäller även i viss mån avtal om upprepade prestationer.

Se s. 218.

I arbetsavtal och andra avtal, som innebär ett *personligt* förhållande mellan parterna, kan den enas uppsåtliga eller vårdslösa handlande rubba förtroendet. Detta måste påverka väsentlighetsbedömningen. I dessa avtalsförhållanden kan en kränkning av motpartens person — även om den inte direkt har samband med avtalets fullgörande — bli en hävningsgrund.

Se ArbAvtL § 43 m. 2 p. 3.
Se även Ussing 89, Gomard 160 ff.

Vållande vid avtalets ingående — *culpa in contrahendo* — kan vara relevant när det blir fråga om hävning. Det ligger nära att låta en borgenär, som t.ex. fått felaktiga upplysningar, lösgöra sig från avtalet. Såsom ovan framhållits (s. 207) sker detta i princip i stöd av reglerna om avtals ogiltighet — AvtL § 30 (svek) eller § 33 (åsidosättande av upplysningsplikt i strid med tro och heder). Ifall denna lösning inte är möjlig eller borgenären väljer att åberopa hävningsreglerna, t.ex. med hänvisning till att avtalsobjektet är felaktigt, kan vållandet tillmätas betydelse. Gäldenärens culpa är visserligen inte en tillräcklig hävningsgrund. Men den kan vara ett tilläggsmotiv för hävning när det ordinära kravet på väsentlighet inte helt fyllts.

Se s. 213 anförda rättsfall samt dessutom:
HD 1963 II 12: köp av bil hävdes på den grund att säljaren uppgivit felaktig årsmodell; avtalsbrottets väsentliga verkningar framträdde däri att det inte i landet fanns att få reservdelar till denna årsmodell men nog till den som säljaren uppgivit.
HD 1961 II 52 (ref. s. 207).

I sådana fall då gäldenärens culpa enligt det som här sagts kan ha rättslig betydelse är det möjligt att fästa avseende jämväl vid fel eller försummelser från en *medhjälpares* sida. Det är dock knappast görligt att i alla situationer jämställa medhjälpares fel eller försummelser med gäldenärens eget vållande.

Se betr. detta problem Bengtsson 241 ff.

Borgenärens vållande kan utesluta hävning. Man kan främst nämna de fall då part före avtalets ingående haft möjlighet att undersöka avtalsobjektet eller på annat sätt skaffa sig upplysningar om detsamma men underlåtit att göra det. Särskilda krav ställes på den part som är fackman.

Se *HD 1936 II 432:* köparen (A) hade innan ett köp av fastighet slutits besökt fastigheten två gånger och därvid i sin egenskap av lantbruksfackman kunnat bilda sig en uppfattning om fastigheten; A ansågs ej kunna häva köpet trots att de uppgifter som säljaren lämnat delvis var felaktiga.

VIII. Ibland är hävningen *partiell:* avtalet upplöses endast till en del.
Den partiella hävningen kan ha olika innebörd beroende på prestationernas beskaffenhet.

1) Ett avtal om *engångsprestation* är ofta odelbart på ett sådant sätt att partiell hävning inte är möjlig — köp av speciesgods, ombudsavtal etc.
När prestationen är delbar — t.ex. leverans av viss mängd vara — kan partiell hävning bli aktuell. Den kan även ifrågakomma som valbart alternativ till total hävning. Det är knappast möjligt att ange generella lösningar som vore tillräckligt konkreta. I stort sett har man att följa allmänna hävningsregler.

Allmänt om problemet partiell hävning, Rodhe § 38 vid not 1—20.
Frågan partiell eller total hävning har diskuterats med avseende på köp, se Alméns, tillägg till §§ 42 och 43 vid not 2—75, Arnholm III 237 f, Christensen 44 ff.
Se även SjöL §§ 129 (avståndsfrakt), 132, 135 m. 2.

När man vid partiell hävning bedömer kravet på väsentlighet, kan man göra det antingen med ledning av den del av prestationen, till vilken avtalsbrottet hänför sig, t.ex. fel i en del av köpgodset, eller med beaktande av avtalet i dess helhet. Det förra tillvägagångssättet förefaller att vara det naturliga. Hävningen gäller blott den del av avtalet beträffande vilken ett avtalsbrott förekommit.

Ibland kan borgenären välja mellan total och partiell hävning. Han får likväl inte godtyckligt dela upp avtalet. Avgörande för hävningsrättens omfattning bör vara hänsynen till gäldenären. Ifall en partiell hävning skulle orsaka denne andra eller större olägenheter än en total hävning, bör den i regel inte ifrågakomma. Det bör ske en avvägning mot varandra av parternas intressen.

2) I avtal om *upprepade prestationer* — t.ex. successiv leverans — kan de enskilda prestationerna ofta betraktas särskilt för sig. När avtalsbrott förekommit, är en partiell hävning ofta motiverad.

Om hävningen omfattar endast en delprestation, bedömes väsentligheten med hänsyn enbart till denna.

Partiell hävning är utesluten om delprestationerna har ett sådant inbördes samband att det skulle lända gäldenären till avsevärt men att avtalet delvis blir i kraft. Då måste hävningen bli total, varvid väsentlighetsbedömningen tar sikte på avtalet i dess helhet.

Se *HD 1951 I 2.*

Betr. köprättens regler om successiv leverans, Palmgren 137 ff, Godenhielm 67, Heikonen — Aaltonen 152 ff; SvKöpL §§ 22, 46, Almén § 22 vid not 3 ff, § 46 vid not 7 ff, Bengtsson 293 ff, Christensen 147 ff.

I ett val mellan total och partiell hävning — när förutsättningar för vardera är för handen — bör borgenären beakta vad som ur gäldenärens synpunkt är bättre, ifall vardera vägen erbjuder borgenären ett tillfredsställande rättsskydd.

3) När ett *varaktigt* avtal häves innan prestation hunnit ske — hyresgästen har t.ex. inte tillträtt lägenheten — är det fråga om total hävning.

Efter det avtalsförhållandet trätt i funktion är läget ett annat. Hävningen kan inte omintetgöra prestationer, som redan ägt rum, t.ex. enligt arbets- eller hyresavtal. Hävningen tar sikte på framtiden. Det sker en upplösning av avtalsförhållandet räknat från hävningen medan den förflutna delen av avtalsperioden förblir intakt. Hävningen har inte retroaktiv verkan. I den meningen är den partiell.

Väsentligheten bedömes enligt samma grunder som vid avtal i allmänhet. Ofta består avtalsbrottet i vållande, t.ex. åsidosättande av nyttjanderättshavares vårdplikt. Försummelse att fullgöra en av de periodiska prestationer, som vanligen ansluter sig till varaktiga avtal, t.ex. underlåten hyresbetalning, kan vara ett tillräckligt väsentligt avtalsbrott. Upprepade fel eller försummelser, som i sig kan vara ringa, kan ge anledning till hävning.

Se även s. 217 f.

När hävning skett, betalas vederlag, t.ex. hyra, för den tid avtalet fungerat.

Se FörsAvtL § 16 m. 2. — Ussing 95.
I tysk rätt har ett Dauerschuldverhältnis, som börjat fullgöras, inte i allmänhet ansetts kunna bringas att upphöra enligt reglerna om Rücktritt och Schadenersatz wegen Nichterfüllung (s. 202); i stället förekommer Kündigung; se i fråga om tjänsteavtal BGB § 626, som föreskriver att Kündigung utan frist kan ske »wenn ein wichtiger Grund vorliegt», se Larenz I 22 ff, 307 f, Esser 195 f. — Ett likartat stadgande ingår i SchwOR Art. 352. — Se även Bengtsson 31 ff, 48.

4) När på ena sidan i ett avtalsförhållande finns *flera parter*, kan en hävning tänkas ske endast i förhållande till någon av dessa. En sådan partiell hävning kan likväl återverka på avtalsförhållandet i övrigt på ett sådant sätt att den leder till total hävning.

Ett bolagsförhållande kan enligt HB 15: 4 upplösas i förhållande till en bolagsman, men i övrigt bestå. Se även KollAvtL § 11 m. 2 och 3.

IX. Hävning sker genom ett meddelande från borgenären till gäldenären — *hävningsförklaring.*
Hävningsförklaringen är ett påbud från borgenären till gäldenären. För att vara verksam bör den fylla kraven på en giltig viljeförklaring t.ex. med avseende på avgivarens rättsliga handlingsförmåga.
Förklaringen riktas till gäldenären eller till någon som har rätt att företräda honom.

Särskilda stadganden härom ingår i HyresL § 34 och JordlegoL § 23; se även Godenhielm, Uusi huoneenvuokralaki 230 ff.

Hävningen kräver intet samtycke av gäldenären. Den är en ensidig åtgärd från borgenärens sida. Gäldenärens godkännande undanröjer likväl eventuella tvivel beträffande borgenärens rätt att häva.

HD 1942 II 158: köpare av bil hade hävt köpet på grund av fel, säljaren ansågs ha godkänt hävningen genom att därefter sälja bilen till tredje man.

Om gäldenären gör invändning mot hävningen, påverkar detta inte dess giltighet. Invändningen kan likväl ha betydelse om gäldenären senare hävdar att borgenären inte varit berättigad att häva.
I det följande berörs hävningsförklaringens form, innehåll och rättsverkan.

1) Hävningsförklaringen är inte bunden vid viss *form.* Den kan ske skriftligt eller muntligt. En konkludent förklaring kan vara tillfyllest. Ibland kan passivitet uppfattas som hävning.

I undantagsfall har lagen reglerat hävningsförklaringens form; se HyresL § 34, JordlegoL § 23; i de två lagrummen är det inte fråga om absoluta formföreskrifter, det är tillfyllest att uppsägningen (hävningen) skett »bevisligen». I dessa fall räcker likväl inte en konkludent förklaring, ett uttryckligt meddelande kräves.

Ett avböjande av erbjuden prestation kan ofta uppfattas som en hävningsförklaring (konkludent).

HD 1950 II 272, 1948 II 180.

Medan prestation pågår kan hävning ske genom att borgenären förbjuder gäldenären att fortsätta.

Se *HD 1940 II 283.*

Vägran att erlägga betalning kan, beroende på omständigheterna, uppfattas som hävningsförklaring.
Stämning till domstol kan utgöra hävningsförklaring.

Se *HD 1951 II 81.*

I undantagsfall kan borgenärens *passivitet* ha samma verkan som en hävningsförklaring.

Om det föreligger dröjsmål på säljarens sida, kan säljaren fråga om köparen är beredd att ta emot försenad prestation. Om köparen underlåter att svara, anses han ha förlorat sin rätt att kräva godset, vilket är liktydigt med hävning. — Se SvKöpL §§ 26, 31 samt Rodhe § 38 vid not 31—32, Ussing 84 f.

Det förekommer även att ett avtal utan vidare kan anses hävt när ett avtalsbrott av viss styrka eller omfattning förekommit.

Se ArbAvtL § 44 m. 2.

Hävning av *formbundna avtal* kan inte alltid ske enbart genom en vanlig hävningsförklaring. En återgång av fastighetsköp förutsätter antingen att parterna ingår ett i föreskriven form (JB 1: 2) avfattat avtal därom, eller att domstol förklarar köpet hävt. Detta är nödvändigt för att tvekan om vem som är ägare inte skall uppstå. Motiven är desamma som bär upp formstadgandena om fastighetsöverlåtelse.

Man kan hänvisa till bl.a. följande avgöranden i vilka domstol förklarat fastighetsköp hävt: *HD 1968 II 15, 1959 II 103.* I *HD 1958 II 67, 1938 I 50* förutsättes att hävning bör ske enligt JB 1: 2; detta betyder att talan inte utföres vid domstol. — Se även Hakulinen, Kiinteistön luovutuksen muodosta 116 f.

Hävningsförklaring rörande fastighetsöverlåtelse är likväl inte betydelselös. Den kan vara nödvändig för att anspråket på hävning skall anses vara framställt i rätt tid.

Alla formbundna avtal kan inte bedömas på samma sätt som fastighetsöverlåtelse. Jordlegoavtal häves på det sätt som anges i JordlegoL § 23. Trots att avtalet är formbundet (§ 3) behövs det inte vare sig avtal om återgång eller fastställelse av domstol.

Se även HyresL §§ 1, 34.

En speciell form av hävning är det förfarande som enligt ABL § 20 iakttas när *aktierätt* förklaras förverkad till följd av betalningsdröjsmål.

Jfr AndelsL § 21.

I fråga om *kollektivavtal* är en hävningsförklaring inte tillfyllest. Hävningen sker genom talan inför arbetsdomstolen som kan förklara kollektivavtalet »vara hävt» (KollAvtL § 11). Denna ordning motiveras av kollektivavtalens stora faktiska betydelse och vidsträckta rättsverkningar.

S a r k k o , Työrauhavelvollisuudesta 214 f.

2) Hävningsförklaringen behöver inte ha ett bestämt *innehåll*. Det är tillfyllest att av densamma eller av de omständigheter, under vilka den avges, framgår att borgenären upplöser avtalet med sådan verkan att parternas skyldighet att fullgöra bortfaller. Termen häva behöver inte användas. Förklaringen bör vara sådan att gäldenären uppfattat eller bort uppfatta den som hävning. En anmärkning eller protest mot ett avtalsbrott räcker i allmänhet inte. Beroende på omständigheterna kan den likväl uppfattas som en hävningsförklaring.

Se R o d h e § 38 vid not 21—23, P o r t i n 67.
HyresL § 34 och JordlegoL § 23 bör anses kräva, att det av själva meddelandet framgår att det är en uppsägning.

Det är inte nödvändigt men oftast naturligt att grunden för hävningen anges.

Enligt HyresL § 34 skall hävningens (uppsägningens) orsak anges.

3) Hävningens *rättsverkan* inträder omedelbart utan tidsfrist. Verkningarna räknas normalt från den tidpunkt då hävningsförklaringen kom gäldenären till handa. Meddelande om hävning frambefordras på borgenärens risk. Reklamationsreglerna gäller sålunda inte (AvtL § 40).

HyresL § 36 m. 1 och JordlegoL § 21 m. 3 stadgar uttryckligen att legoavtalet upphör omedelbart efter det »uppsägning» skett.
P o r t i n 67 och av honom åberopad litteratur, H a k u l i n e n, Vuokraoikeus I 120 f.

Hävningsförklaring kan återkallas enligt reglerna om återkallelse av viljeförklaringar.

Se AvtL § 7.

En sentida återkallelse blir verksam om den godkännes av gäldenären.

Borgenären kan i hävningsförklaringen ange viss senare tidpunkt från vilken hävningens verkan inträder. Detta är en ändamålsenlig ordning, t.ex. vid en del varaktiga avtalsförhållanden. Borgenären kan även, när avtalsbrott förekommit, utsätta en frist inom vilken gäldenären har att fullgöra vid äventyr att avtalet utan vidare anses hävt.

Se Rodhe § 37 vid not 82.

I tysk och schweizisk rätt kräves vid dröjsmål i regel att borgenären uppmanar gäldenären att prestera inom viss frist; BGB § 326 (jfr § 361), SchwOR Art. 107, 108.

När kollektivavtal förklaras hävt, räknas rättsverkningarna från tidpunkten för arbetsdomstolens utslag, vilket inte kan överklagas.

X. Borgenären bär *risken* för att tillräckliga hävningsförutsättningar är för handen. Om han företar en obefogad hävning och sålunda inställer sin prestation, kan gäldenären betrakta detta som avtalsbrott och för sin del göra härav betingade påföljder gällande. Sålunda kan gäldenären fasthålla vid avtalet och för sin del kräva prestation. Han kan också välja att häva avtalet. Mot varandra kommer då att stå två hävningsförklaringar. Det är i sista hand domstolens sak att avgöra vilken av dem som är befogad.

HD 1940 II 233: A var anställd hos B som uppköpare. B hade avskedat A och därvid åberopat att A var oduglig och i väsentliga delar brutit mot avtalet. A krävde ersättning för frångången lön och särskilda kostnader. Då det ej visats att A varit oduglig eller att han brutit mot avtalet, ansågs B ej ha haft hävningsrätt, varför As anspråk godkändes.

HD 1931 II 5: köparen ansågs ej ha haft anledning att vägra mottaga godset, varför säljarens yrkande på betalning av skillnaden mellan avtalat pris och det pris, som han erhållit vid försäljning till tredje man, godkändes.

Se även Rodhe § 38 vid not 40—43.

Om gäldenären godtar hävningsförklaringen, inträder verkningarna därav utan hänsyn till om nödiga förutsättningar för hävning, t.ex. väsentligt avtalsbrott, varit för handen eller inte. Frågan om hävningsförutsättningarna förlorar då sin relevans. Gäldenärens underlåtenhet att reagera mot en obefogad hävningsförklaring kan ibland uppfattas som ett godkännande.

Gäldenärens invändning mot hävningsförklaringen kan leda till att förklaringen återtas av borgenären. Därigenom elimineras hävningsförklaringens rättsliga verkningar.

Om gäldenären inte finner sig i hävningen utan för sin del håller fast vid avtalet,

kan han, ifall hävningen sedermera av domstol anses befogad, bli skyldig att ersätta de kostnader och den förlust som orsakats av att hävningens genomförande framskjutits.

Se *HD 1932 II 140* (vårdkostnader).

XI. *Uppsägning* och hävning bör principiellt hållas åtskilda. Ofta står de dock mycket nära varandra. Detta gäller särskilt i varaktiga avtalsförhållanden.

I lag har termen uppsägning använts för att beteckna sådant som egentligen är hävning. Detta har främst föranletts av att uppsägning och hävning föreskrivits ske i samma ordning. Uppsägningen har uppfattats såsom det *sätt* på vilket avtalsförhållandet bringas att upphöra helt oberoende av orsaken härtill.

Se betr. HyresL och JordlegoL s. 204. — Se betr. hävning och uppsägning, Bengtsson 6 f, Christensen 4 f, Sundberg 84 f, Schmidt, Tjänsteavtalet 64 ff.
Se även UCC sec. 2—106: definition av termerna »termination» (uppsägning) och »cancellation» (hävning); Hawkland 291 f.

Uppsägning är ett av den ena parten till den andra riktat *meddelande* som leder till att avtalsförhållandet avvecklas eller upphör. Två typer förekommer:

a) Genom uppsägning anges den tidpunkt vid vilken prestation skall ske, en skuld skall t.ex. betalas en månad efter uppsägning;

b) Uppsägningen fixerar den tidpunkt vid vilken ett varaktigt avtalsförhållande skall upphöra.

Uppsägning förekommer när avtalstiden inte är bestämd, ett arbetsförhållande gäller t.ex. tillsvidare (ArbAvtL § 2 m. 2). Uppsägning kan även förekomma när avtalstiden är fixerad; underlåten uppsägning leder till att avtalstiden förlänges, se HyresL § 5.

Uppsägning betecknar vanligen något annat och mera än enbart sättet för avtalsförhållandets upphörande. Den anger det *normala* rättsliga medel genom vilket avtalet upphör. Uppsägningen är inbyggd i det varaktiga avtalsförhållandets mekanism.

Uppsägning är det naturliga sättet att upplösa ett avtalsförhållande som gäller tillsvidare, t.ex. arbetsavtal (ArbAvtL § 2 m. 2) och jordlegoavtal (JordlegoL § 22 m. 2); hyresavtal enligt HyresL kan ej gälla tillsvidare, se § 4 m. 3.

Uppsägningen kan vara ett sätt att få ett varaktigt avtalsförhållande att upphöra *i förtid*. En särskild grund härför bör föreligga. Denna utgöres inte av ett avtalsbrott.

Se t.ex. HyresL § 30, ArbAvtL § 41.

Obehörig uppsägning kan part låta bli att efterkomma, i vilket fall den är utan

verkningar. Om den obehöriga uppsägningen verkställes, betraktas den som avtalsbrott.

Se ArbAvtL § 45.

Uppsägning och hävning skiljer sig i princip från varandra i följande avseenden:

— hävningens rättsgrund är alltid ett avtalsbrott medan uppsägning i princip grundar sig på bestämmelse i lag eller avtal men inte på avtalsbrott,

— hävningens rättsverkan inträder omedelbart, uppsägningens efter en viss tid (uppsägningstid),

— även den part, som skall fullgöra en prestation, kan uppsäga avtalet, t.ex. gäldenären i ett ensidigt gäldförhållande.

Den här skisserade ordningen är likväl inte i alla stycken konsekvent genomförd.

Med avseende på *grunden* (orsaken) till uppsägning kan man skilja mellan följande typsituationer:

1) Uppsägning sker *utan särskild orsak* eller åtminstone utan att en orsak behöver åberopas. Detta är fallet dels när avtalet innehåller en ospecificerad uppsägningsklausul, dels när lagen tillåter eller förutsätter en uppsägning utan att ange några betingelser.

2) Uppsägningsrätten kan vara *begränsad i lag*. Genom en sådan reglering skyddar samhället den svagare parten i avtalsförhållanden som är av väsentlig betydelse för medborgarna. Regleringen tjänar ett socialt syfte och tillgodoser allmänna intressen. I gällande lagstiftning förekommer begränsningar med avseende på arbets- och hyresavtal.

Lagtekniskt har regleringarna skett något olika:

ArbAvtL § 37 m. 2 stadgar att arbetstagare inte får uppsägas »utan särskilt vägande skäl», detta allmänna stadgande kompletteras med en uppräkning av händelser som inte betraktas som särskilt vägande skäl och som sålunda inte kan komma i fråga som grund för uppsägning; se även ArbAvtL § 53 m. 2 (förtroendeman). — I HyresL § 37 (ändr. 30.12. 1970) anges konkret i vilka fall uppsägning kan ske från hyresvärdens sida, med tillägg av formuleringen »av härmed jämförlig eller annan synnerligen vägande orsak». — L om produktionskommittéer 30.12. 1949 § 5 m. 3: medlem av produktionskommitté får inte uppsägas eller avskedas »utan synnerligen giltig orsak».

3) Lagen anger vissa fakta som berättigar part att uppsäga avtalet med åsidosättande av eventuella begränsningar av uppsägningsrätten. Uppsägningen förutsätter i dessa fall *särskilda uppsägningsgrunder*.

En sådan ordning är naturlig då det skett faktiska förändringar som inverkar på avtalsförhållandet eller på parts möjligheter att tillgodogöra sig avtalet. Det är inte fråga om avtalsbrott utan om störningar av annat slag. Dessa fall bedömes enligt reglerna om inverkan av ändrade förhållanden, som ger part rätt att lösgöra sig från sin avtalsbundenhet (s. 160).

Se ArbAvtL § 41, HyresL §§ 11, 26—29, JordlegoL §§ 14—16, 19, 61, FörsAvtL §§ 28, 47, SjöL § 135; *HD 1949 II 303.* — Ett specialfall regleras i KollAvtL § 11 m. 2: uppsägningen är indirekt en följd av avtalsbrott, dess egentliga grund utgör de ändrade förhållanden som inträtt när kollektivavtalet hävts mot någon men inte mot alla parter.

4) Det förekommer att uppsägning sker på basen av ett *avtalsbrott.* Det är möjligt att borgenären inte vill åberopa detta utan föredrar att i normal ordning säga upp avtalet. Detta är oftast en för gäldenären förmånligare lösning. I detta fall utgör avtalsbrottet den faktiska grunden för avtalsförhållandets avveckling.

Det bör in casu bedömas om arbetstagares avtalsbrott kan betraktas som sådant särskilt vägande skäl som ger arbetsgivaren uppsägningsrätt; jfr ArbAvtL §§ 37 och 43.

Se även FörsAvtL §§ 13, 51 m. 2 (jfr § 76), som ger försäkringsgivaren uppsägningsrätt på grund av faktorer som utgör avtalsbrott; dessa uppsägningsregler utesluter hävning, härigenom skyddas försäkringshavaren; se I g n a t i u s, Vakuutussopimuslaki 37 f, 130.

Hävning innebär i princip att avtalsförhållandet upphör omedelbart (s. 232). I varaktiga avtalsförhållanden, som skall gälla en längre tid, kan detta vara oändamålsenligt. Den part, mot vilken hävningen riktar sig, kan drabbas hårt av att avtalsförhållandet med ens avbrytes. Därför kan det vara motiverat att trots gäldenärens avtalsbrott ge borgenären rätt att lösgöra sig från avtalet först efter en viss tid. Syftet är att för gäldenären lindra verkningarna av avtalsförhållandets upplösning.

En hävning av detta slag står mycket nära uppsägning. Rättsgrunden är ett avtalsbrott, principiellt är det således fråga om hävning.

Se JordlegoL §§ 54, 60, jfr § 21 m. 3 samt FörsAvtL § 13 (dröjsmål med premien) jfr § 17, § 51 (åsidosättande av säkerhetsföreskrift), B e n g t s s o n 604 ff. — De i FörsAvtL §§ 5 och 47 nämnda uppsägningsfallen har inte avseende på avtalsbrott.

Uppsägning kan undantagsvis ske omedelbart — utan iakttagande av uppsägningstid.

Se ArbAvtL § 42 m. 1.

Uppsägningen sker genom ett *meddelande* av samma slag som hävningsförklaring (s. 230). I några fall har lagen uppställt särskilda krav på uppsägningens form och innehåll.

Se HyresL § 34, JordlegoL § 23, KollAvtL § 3 m. 2.

5. INNEHÅLLANDE AV PRESTATION

I. I ömsesidiga avtalsförhållanden står parternas förpliktelser mot varandra. Den ena partens prestation är en förutsättning för den andras. När gäldenären inte fullgör det som åligger honom, är en naturlig reaktion att borgenären innehåller sin motprestation. Detta kan förekomma såväl vid dröjsmål som vid icke avtalsenlig prestation.

Till en särskild grupp har man hänfört de fall då borgenärens förpliktelse går ut på att till gäldenären återställa egendom som tillhör denne; borgenärens rätt att innehålla prestation (egendom) har i dessa fall kallats *retentionsrätt* (se s. 249). För övriga situationer har Rodhe präglat termen detentionsrätt, se § 35 vid not 3, denna term har även använts av Godenhielm; Almén betecknar även dessa fall som retentionsrätt, denna term är inte lämplig i dessa sammanhang. — Termen detentionsrätt användes inte i denna framställning.
Se även SvKöpL § 14, BGB § 320 jfr § 273, SchwOR Art. 82, 83.

Denna påföljd av gäldenärens avtalsbrott är ofta blott *temporär*. Grunden till densamma bortfaller när avtalsenlig prestation sker eller erbjudes av gäldenären. Innehållandet av borgenärens prestation kan likväl vara en slutlig åtgärd och beteckna ett första steg mot hävning.

Innehållande kan förekomma när parternas prestationer skall ske samtidigt — utväxlas mot varandra — eller när borgenärens prestation skall ske vid en senare tidpunkt än gäldenärens. I det senare fallet förutsättes att gäldenärens prestation uteblivit eller inte är avtalsenlig.

Vid kreditköp kan köparen, när betalningstiden är inne, vägra betala om säljaren t.ex. inte avlägsnat fel i godset.

Undantagsvis kan borgenären innehålla en prestation som han enligt avtalet är skyldig att fullgöra i förskott. Detta är fallet om det föreligger anteciperat dröjsmål hos gäldenären.

Hakulinen 157, Rodhe § 35 vid not 73.

Ett innehållande kan även tänkas ske så att borgenären underlåter att fullgöra en borgenärsförpliktelse.

Se *HD 1953 II 47:* köparen skulle leverera råvara för tillverkning av den kontraherade varan; när det parti, som säljaren levererat, var felaktigt, var köparen inte skyldig att fortsätta råvaruleveransen.

Borgenärens rätt att innehålla prestation har olika *motiv* och tjänar olika syften. I första hand tillgodoses kravet på *säkerhet*. I det ömsesidiga avtalet är en säkerhetsmekanism inbyggd: prestationerna skall i princip utväxlas mot varandra för att

garantera att avtalet på ömse sidor fullgöres. Part kan självfallet avstå från den säkerhet som han har i den egna prestationen. Men där detta inte skett och annat inte heller följer av lag, har part säkerhet i sin egen prestation. Den säkerheten utnyttjar han genom att vid ett avtalsbrott från andra partens sida för sin del vägra fullgöra.

Se *HD 1963 II 23:* B hade av A köpt en fastighet bl.a. med villkor att fastigheten ej belastades med inteckningar och att äganderätten övergick först när full betalning erlagts; då A i köpebrevet åtagit sig att svara för att fastigheten inte belastades med inteckningar, men inteckningar likväl fanns till ett belopp, som översteg den utestående delen av priset, förklarade HD att B ej var skyldig att betala innan A med gravationsbevis visat att fastigheten var fri från inteckningar, B skulle ej heller betala ränta. — Så även *HD 1963 II 97.*

Säkerhetssynpunkten är inte ensam avgörande. I många fall måste man ge borgenären rätt att innehålla prestation oaktat gäldenären erbjuder särskild säkerhet — köparen erbjuder sig t.ex. att ställa pant för det förfallna men obetalda priset. Ställandet av säkerhet innebär en avvikelse från avtalet. Borgenären (säljaren) är i princip inte skyldig att finna sig i detta. Han kan utnyttja den primära säkerheten, sin egen prestation.

Se Portin 109 och där anförd litteratur, Christensen 84 ff.

Genom att hålla inne sin prestation kan borgenären förmå gäldenären att prestera. Innehållandet tjänar som ett *påtryckningsmedel.*

Gäldenärens avtalsbrott har rubbat *balansen* mellan prestation och motprestation. Genom att vägra fullgöra försöker borgenären återställa denna balans: innehållandet leder till att parternas prestationer skall fullgöras mot varandra vare sig avtalet förutsätter detta eller ej.

Innehållandet av prestation bevarar och underlättar borgenärens möjligheter att framdeles *häva* avtalet och är ofta blott en förberedelse för hävning. Om t.ex. en säljare skulle avlämna godset oaktat köparen inte betalat, kunde säljarens rätt att senare häva köpet — ifall han gjort förbehåll härom vid avlämnandet — omintetgöras genom att köparen disponerat över godset.

Gäldenären, som för sin del underlåtit att prestera, kan rimligen inte ha ett anspråk på att borgenären fullgör sin motprestation.

De anförda motiven ger vid handen att innehållandet tillgodoser borgenärens behov av rättsskydd.

Se *HD 1943 II 80:* (HDs motivering »för att trygga sin egen fördel»).

De synpunkter, som här anförts, pekar närmast på de situationer då gäldenären inte avtalsenligt fullgjort sin huvudförpliktelse. Innehållandet av prestation kan bli aktuellt även när part underlåtit att fullgöra en förpliktelse av annat slag. En köpare

behöver t.ex. inte betala mot erhållande av varuhandlingarna, om godset inte försäkrats när avtalet förutsätter detta.

Se bl.a. Portin 195 f. — Jfr *HD 1945 I 7:* säljaren av fastighet hade ej överlämnat åtkomsthandlingarna oaktat han förbundit sig att göra det; detta gav inte köparen rätt att innehålla köpeskillingen.

Borgenären kan även tänkas innehålla sin prestation som motvikt till en ersättningsskyldighet som åvilar gäldenären på grund av ett åsidosättande av avtalet. Detta kan bli aktuellt i varaktiga avtalsförhållanden. Innehållandet blir ett led i en kvittning.

Exempel: hyresvärden är enligt HyresL § 16 ersättningsskyldig, hyresgästen kan innehålla en mot ersättningsbeloppet svarande del av hyran.
Se även Ussing 81, 154.

När borgenären in casu har rätt att innehålla sin prestation, betyder detta ingalunda alltid att han får hålla sig helt passiv. Ofta bör han vidta åtgärder som syftar till definitiv fullgörelse. En säljare kan ofta anses skyldig att avsända godset oaktat dröjsmål med betalningen förekommit. Säkerhetssynpunkten tillgodoses genom att säljaren kan hindra att godset utlämnas till köparen. Säljarens rätt att innehålla prestation ges här i form av en *stoppningsrätt.* Förutsättning härför är inte att gäldenären är insolvent.

Se Godenhielm 174, Portin 110 ff.

Om gäldenären är insolvent, kan stoppningsrätten utvidgas: borgenären kan innehålla sin prestation trots att han enligt avtalet vore skyldig att prestera före gäldenären. Som stöd härför kan åberopas anteciperat dröjsmål.

Se KonkS § 49; samma regel bör anses gälla vid annan insolvens än köparens konkurs; se Godenhielm 176 ff och av honom åberopad litteratur, jfr SvKöpL § 39. — Den för köp uppställda regeln kan tänkas bli tillämplig även på andra avtal, t.ex. entreprenad- och ombudsavtal.

De allmänna motiven för borgenärs rätt att innehålla prestation gäller *ömsesidiga avtal i allmänhet.* En begränsning till bestämda avtalstyper är inte a priori motiverad. De speciella förhållanden, som har avseende på vissa typer av avtal och avtalsprestationer, betyder likväl att rätten att innehålla prestation kan vara begränsad.

Se Hakulinen 152, Portin 109, Ussing 79, Schmidt, Tjänsteavtalet 201.

Rätten att innehålla prestation har sin största betydelse vid avtal om överlåtelse. Köpet står här i förgrunden. Också vid fastighetsköp kan innehållande av prestation förekomma.

Se SvKöpL § 14, Rodhe § 35 vid not 39—42, 49—53, Hellner 56 f.

Endast en detaljundersökning av olika avtal kan ge svar på frågan i vilken omfattning en borgenär har rätt att innehålla sin prestation. — I *varaktiga* avtalsförhållanden — arbetsavtal, hyresavtal etc. — kan det i allmänhet inte bli fråga om att den ena parten vid den andras avtalsbrott innehåller sin motprestation. En arbetstagare kan inte vägra fortsätta arbetet om förfallen lön lämnats obetalad, han kan blott häva avtalet enligt ArbAvtL § 43, däremot kan han vägra arbeta, om arbetsgivaren ej vidtagit nödiga skyddsåtgärder. Hyresvärden kan inte avstänga vatten och värme från lägenheten eller underlåta att hålla lägenheten i behörigt skick på den grund att hyran inte betalats; han är hänvisad till stadgandena om hävning, HyresL § 31 p. 1. En annan sak är att arbetsgivaren kan låta bli att betala lön för den tid arbetstagaren underlåtit att komma till arbete eller att hyresgästen kan betala nedsatt hyra om lägenheten inte är i behörigt skick, HyresL § 16 m. 1. — En ombudsman kan vanligen inte avbryta fullgörandet av ett uppdrag på den grund att huvudmannen inte betalat förfallen delprovision.

II. Rätten att innehålla prestation kan bli aktuell även i *ensidiga* avtalsförhållanden.

En gäldenär är inte skyldig att betala om han inte erhåller kvitto eller annat bevis. Vägrar borgenären utge sådant, är gäldenären inte skyldig att deponera skuldbeloppet.

När löpande skuldebrev utgivits, måste detta återställas när betalning erbjudes. Annars kan betalning vägras. Likaså måste pant återlämnas.

Se SBL § 21.

I de nämnda fallen är det närmast fråga om åsidosättande av borgenärsförpliktelser. Vägran att fullgöra en sådan framstår som en temporär åtgärd som normalt inte leder till annat än ett uppskov med prestationen.

Rodhe § 35 vid not 85.

III. Kan vilket avtalsbrott som helst ge borgenären rätt att innehålla sin prestation?

Vid *dröjsmål* med gäldenärens prestation har borgenären — om nödiga förutsättningar i övrigt är för handen — utan vidare rätt att vägra prestera. Dröjsmålet behöver inte vara väsentligt.

Se Schmidt, Tjänsteavtalet 201.

Situationen är en annan när gäldenären har fullgjort men prestationen varit *felaktig*, bristfällig eller i annat avseende icke avtalsenlig. Om förutsättningar för hävning är för handen — gäldenärens avtalsbrott är väsentligt — synes det klart att borgenären kan innehålla sin prestation. Innehållandet kan då betraktas som ett steg mot hävning även om borgenären inte ännu i detta skede beslutat häva.

Om gäldenärens avtalsbrott inte är av den art eller omfattning att borgenären har

hävningsrätt, kan man förvägra borgenären rätt att innehålla sin prestation. Innehållandet skulle rubba avtalsbalansen. Borgenären kan visserligen göra ett avdrag svarande t.ex. mot reparationskostnader eller den av fel eller brist i avtalsobjektet orsakade minskningen i avtalsobjektets värde. Men detta är egentligen inte ett innehållande av prestation utan en form av vederlagsminskning (se s. 412).

Detta gäller likväl inte generellt. Om t.ex. borgenären genom bestämmelse i avtalet avstått från hävningsrätt, bör man inte frånkänna honom möjlighet att innehålla sin prestation. Vid bedömningen in casu har man särskilt att beakta dels borgenärens behov av säkerhet, dels innehållandets funktion som ett påtryckningsmedel (p. I).

Man kan således konstatera att utövandet av rätten att innehålla prestation ibland bygger på en väsentlighetsbedömning av samma slag som den vilken sker då hävningsförutsättningarna in casu prövas. Detta gäller närmast de fall då borgenären innehåller hela sin prestation (jfr IV). En reservation måste likväl göras. Borgenären måste ofta snabbt avgöra om han skall innehålla sin prestation eller inte. Det blir sällan tid att företa en ingående väsentlighetsbedömning. Ofta räcker det med en helt summarisk prövning. Så snart borgenären — i de fall då väsentligheten är relevant — kan avgöra att gäldenärens avtalsbrott inte är väsentligt, måste han fullgöra för att inte komma i dröjsmål.

Det kan inträffa att borgenären måste fullgöra oaktat gäldenärens prestation uteblivit. Om sålt speciesgods, för vilket risken övergått på borgenären vid köpslutet, förstöres innan säljaren blivit skyldig att avlämna det, kan köparen inte vägra betala.

Ibland skall borgenärens prestation erläggas till *tredje man*. Dennes rätt kan betinga att borgenären måste fullgöra oaktat han inte får någon motprestation. Om en köpare t.ex. för den obetalda delen av priset utgivit ett innehavarskuldebrev eller accepterat en växel, som överlåtits till tredje man, kan han bli skyldig att betala enligt skuldebrevet eller växeln oaktat säljaren underlåter att avlämna godset eller presterar felaktigt gods.

IV. När förutsättningar för ett innehållande är för handen, utgår man från att borgenären får innehålla *hela* prestationen. Detta gäller oaktat gäldenären blott till en del brutit mot avtalet. Det totala innehållandet är ett effektivare påtryckningsmedel än det partiella.

Se härom närmare Hakulinen 153 ff, Christensen 100.

Om borgenärens prestation är delbar, kan borgenären nöja sig med att innehålla blott *en del* därav. När borgenären inte yrkar på ny eller kompletterad prestation och inte heller häver avtalet, bör han i regel nöjas med att innehålla blott en så stor del av sin prestation att han har erforderlig säkerhet. Påtryckningssynpunkten är i detta fall irrelevant.

Exempel: köpare, som erhållit felaktig vara och behåller den, får innehålla så stor del av priset att det täcker det minskade värdet och eventuella ersättningar.
Se Arnholm III 254, Ussing 80.

V. När borgenären för sin del fullgjort avtalet utan att gäldenären presterat, har han avstått från den säkerhet som innehållande av prestation ger. Någon rätt att kräva tillbaka det erlagda har borgenären inte annat än i samband med hävning, vilken förutsätter att det som fullgjorts, återgår. Ett undantag gäller: säljaren har enligt KonkS § 49 m. 2 *återkravsrätt* när köparen försatts i konkurs och godset först efter konkursen mottagits av köparen. Utövandet av återkravsrätten leder antingen till att prestation sker — priset betalas — eller till att köpet häves — säljaren återfår godset.

Se även SjöL § 166. — Godenhielm 178 ff, Portin 108, 120 f; SvKöpL § 41, Hellner 130.

6. SJÄLVHJÄLP (SJÄLVTÄKT)

6.1. Allmänna synpunkter

Principen om förbud mot självhjälp är djupt rotad i rättsordningen. Den innebär att en person, som inte får åtnjuta en rätt eller förmån som tillkommer honom, är hindrad att på egen hand förverkliga sitt anspråk. Han måste, för att komma till sin rätt, använda något av de rättsskyddsmedel som lagen anvisar. Detta betyder att han vanligen måste vända sig till offentlig myndighet — domstol, exekutiv myndighet etc. Genom myndighetens åtgärder kan den rätt, som åsidosatts, bli förverkligad. Principen har kommit till uttryck bl.a. i SL 16: 14, jfr SP § 12, samt UL 7: 14.

Förbudet mot självhjälp gäller även inom avtalsrätten. Om ett avtal inte fullgöres riktigt, får borgenären inte ingripa i gäldenärens besittningsförhållanden eller egenmäktigt vidta andra åtgärder riktade mot gäldenären eller hans egendom. Borgenären är hänvisad till de skyddsmedel som rättsordningen anvisar i syfte att förverkliga krav på avtalsprestation. Medverkan av offentlig myndighet blir härvid nödvändig — i regel fastställes borgenärens anspråk av domstol och det förverkligas genom åtgärd av exekutiv myndighet. Detsamma gäller andra anspråk, som borgenären framställer med anledning av avtalsbrott, t.ex. krav på ersättning.

Så långt principen om förbud mot självhjälp sträcker sig är den absolut. Parterna kan inte förbehålla sig rätt att vidta åtgärder som faller inom offentlig myndighets behörighetssfär.

Se Rodhe § 33 vid not 7—9.

Undantagslöst är detta inte. En begränsad avtalsfrihet förekommer. När gäldenären ställt handfången pant som säkerhet, har borgenären givits rätt att utan anlitande av myndighet själv ta ut värdet av sitt anspråk ur panten. Även retentionsrätt kan grundas på avtal (s. 250).

Den allmänna principen om förbud mot självhjälp innebär ingalunda att borgenären vore helt hindrad att med anledning av avtalsbrott själv vidta åtgärder som ingriper i gäldenärens förmögenhetssfär. Så långt får principens tillämpning inte utsträckas. Det har ovan (s. 237) framhållits att borgenären i regel kan innehålla sin motprestation vid bristande fullgörelse från gäldenärens sida. Även hävning betyder ett ingrepp i gäldenärens rätt enligt avtalet.

Regeln om förbud mot självhjälp är obestämd. Den anger en yttersta gräns för borgenärens aktivitet efter det avtalsbrott inträffat. Man kan inte med ledning enbart av den lösa några konkreta påföljdsfrågor. I det följande berörs tre påföljder vilka kan betecknas som självtäkt från borgenärens sida och vilka därigenom framstår som *avvikelser* från principen om förbud mot självhjälp: täckningsavtal (6.2.), kvittning (6.3.) och retentionsrätt (6.4.).

6.2. Täckningsavtal (kompensationsavtal)

När gäldenären *underlåtit att prestera* kan borgenären komma till sin rätt genom att avtala med tredje man att denne utför prestationen — *täckningsavtal.* Därmed kompenserar han den uteblivna prestationen (kompensationsavtal). Jämsides härmed häver borgenären det ursprungliga avtalet. Den ekonomiska förlust i form av högre pris, särskilda kostnader etc., som täckningsavtalet orsakar, ersättes av gäldenären. I den meningen kommer följderna av borgenärens åtgärder att drabba gäldenären. Detta är en form av självtäkt.

Inom köprätten har täckningsavtal (täckningsköp) en vidsträckt utbredning. I princip kan kompensationsavtal förekomma även vid andra avtal. Det gäller likväl att för varje avtalstyp särskilt undersöka om ett täckningsavtal med därav orsakad ersättningsskyldighet för gäldenären är möjligt.

Se betr. köp, Godenhielm 86, Almén § 25 vid not 138 b ff, Hellner 106 f. — Se även SchwOR Art. 98 m. 1, Berner Komm. 492 ff.

HD 1937 II 108: då fraktförare ej mottagit allt avtalat gods, sändes resten med annat transportmedel; frakföraren ålades att betala merkostnaderna.

Om en arbetstagare inte utför sitt arbete och arbetsgivaren i hans ställe anställer en annan arbetstagare mot högre lön, är det knappast rimligt att den första arbetstagaren betalar löneskillnaden; möjligen kan en sådan betalningsskyldighet ifrågakomma då det gäller ett alldeles kortvarigt och tillfälligt arbete; jfr 1922 års ArbAvtL § 24.

I en del fall kan borgenären, i stället för att anlita tredje man, själv vidta de åtgärder som avtalsprestationen innefattar. Detta gäller främst arbetsprestationer. Borgenären utför själv det arbete som gäldenären underlåtit att göra.

Ett exekutionsrättsligt lagstadgande berör hithörande problem: UL 3: 4 m. 1 reglerar situationen efter det gäldenären genom dom ålagts att »något fullgöra» som även kan utföras av annan — borgenärens krav på avtalsprestation har fått domstolens medhåll. Om gäldenären trots domen inte fullgör, kan överexekutor bemyndiga borgenären att själv eller genom annan utföra prestationen — vanligen ett arbete — på gäldenärens bekostnad. Självtäkten grundar sig i dessa fall på beslut av exekutiv myndighet.

Är borgenären tvungen att gå denna väg via domstol och överexekutor? Är det möjligt för borgenären att utan bemyndigande av överexekutor utföra eller låta utföra arbetet på gäldenärens bekostnad?

Det läge som uppkommit när gäldenären underlåtit att prestera, kan ofta klaras upp på det för båda parter bästa sättet genom att borgenären själv vidtar åtgärder som kan minska de ofördelaktiga verkningarna av avtalsbrottet. Omvägen via domstol och överexekutor är lång och dyr. Om inga särskilda hinder in casu kan anses föreligga, bör borgenären ha rätt att själv eller genom annan utföra det som gäldenären underlåtit och kräva kostnaderna av gäldenären. Stadgandet i UL 3: 4 m. 1 kan inte hindra detta. Lagrummet reglerar med avseende på verkställigheten den situation som är för handen efter det dom på avtalsprestation givits. Dess tillämpning sträcker sig inte till de fall då borgenären, utan att vända sig till domstol, genom egna åtgärder försöker förverkliga det som avtalet syftar till. Frågan om täckningsavtal och därmed jämförliga åtgärder bör lösas oberoende av de exekutionsrättsliga stadgandena. Borgenärens starka intresse av att få avtalsprestation så snart som möjligt bör skyddas. Gäldenärens intresse tillgodoses genom att han inte är skyldig att ersätta kostnader som kunnat undvikas (s. 354).

Det sagda motiverar att man för täckningsavtal eller liknande åtgärder från borgenärens sida inte kräver särskilt bemyndigande i lag. I samband med godkännande av krav på avtalsprestation kan domstol ålägga gäldenären att utföra ett arbete, t.ex. en entreprenad, vid äventyr att det får utföras av borgenären på gäldenärens bekostnad.

HD 1963 II 38: enligt avtal mellan järnvägsstyrelsen och en stad skulle järnvägen bygga vissa broar och staden utföra vägarbeten; järnvägen, som hade fullgjort sin del av avtalet, hade tvingats att på grund av stadens underlåtenhet utföra vissa vägarbeten; staden ålades att betala kostnaderna härför och förpliktades att utföra resten av vägarbetena inom förelagd tid vid äventyr att järnvägen hade rätt att utföra dem på stadens bekostnad.

HD 1947 II 40: i täckningsavtal hade fastställda maximipriser för avverkning och transport av virke överskridits, kostnaderna härför utdömdes inte; borgenärs rätt att ingå täckningsavtal ifrågasattes inte.

Vid *försenad* prestation kan det bli fråga om ett »temporärt» täckningsavtal. Sålunda kan en hyresgäst, som inte i tid får tillträda lägenheten, temporärt hyra annan lägenhet och kräva kostnaderna härför av hyresvärden.

Täckningsavtal och »självprestation» från borgenärens sida förekommer inte blott när gäldenären underlåtit att fullgöra. Även *felaktig prestation* — prestation som i något avseende inte överensstämmer med avtalet — kan ge borgenären anledning till självtäkt. Sålunda kan borgenären själv eller genom annan avhjälpa fel i avtalsobjektet och ta ut kostnaderna härför av gäldenären enligt vanliga ersättningsregler. Genom borgenärens åtgärder preciseras den konkreta förlusten av avtalsbrottet.

Enligt HyresL § 16 kan hyresgästen i vissa fall på hyresvärdens bekostnad avhjälpa fel i hyrd lägenhet; Godenhielm, Uusi huoneenvuokralaki 122 ff; Lejman 152 ff. — I jordlegoförhållanden kan legotagaren utföra arbeten på legogivarens bekostnad även då lagen inte innehåller stadgande därom; Hakulinen, Vuokaroikeus I 59 f, 69.

6.3. Kvittning

I. *Kvittning* innebär att motstående krav (fordringar) bringas att upphöra till den del de täcker varandra. Kraven skall vara likartade. I praktiken blir det endast fråga om penningfordringar och krav som kan förvandlas till anspråk på penningbelopp.

I princip kan kvittning förekomma t.ex. med avseende på likartade varufordringar; arbetsprestationer kan inte kvittas mot varandra; Halila 87, Halila — Ylöstalo 47, Esser 167.

Kvittningen är ofta defensiv: när borgenären kräver betalning, kvittar gäldenären med sin motfordran. Den offensiva kvittningen betyder att en borgenär, som inte fått betalt, kvittar med en fordran som gäldenären har mot honom.

Den *offensiva* kvittningen, om vilken det här närmast är fråga, framstår som en påföljd av avtalsbrott — av gäldenärens underlåtenhet att betala. Den är ett medel genom vilket borgenären de facto får betalt trots att gäldenären inte direkt presterar. Detta sker genom att borgenären disponerar över den motfordran som gäldenären har mot honom. I den meningen innebär kvittningen självtäkt.

Två huvudmotiv bär upp kvittningen.

För det första är kvittningen ett enkelt, snabbt och säkert medel att få betalt. Borgenären behöver inte ens rikta ett anspråk mot gäldenären. Han kan nöja sig med att meddela att han kvittat. Omvägen via offentlig myndighet undvikes.

För det andra tillgodoser kvittningen säkerhetssynpunkter. Borgenärens möjlighet att få betalt påverkas inte av att gäldenärens betalningsförmåga är svag. Genom kvittningen nås samma resultat som genom direkt betalning. I gäldenärens konkurs accentueras säkerhetssynpunkten.

Betr. kvittningsmotiven Halila 22 ff, Halila — Ylöstalo 41 f, Ussing 319 f, Arnholm III 178 ff.

Dessa synpunkter talar starkt för att ge borgenären rätt till kvittning ifall inte särskilda skäl åberopas häremot. Hänsynen till gäldenären eller allmänna intressen kan utesluta kvittning. I avsaknad av lagregler har man att in casu avgöra när sådana hänsyn hindrar borgenären att få betalt genom kvittning.

I undantagsfall begränsas eller uteslutes kvittning genom *lagstadgande.*

ArbAvtL § 26; Työsopimuslakikomitean mietintö 40 f; se även Schmidt, Tjänsteavtalet 203 ff.

ABL § 19 m. 3, vars primära syfte är att skydda aktiebolagets borgenärer. Ett liknande kvittningsförbud har utan uttryckligt stöd i lag ansetts gälla för andelslag; Halila 132 ff, Halila — Ylöstalo 53.

Betr. allmänna begränsningar i kvittningsrätten, Halila 106 ff, Halila — Ylöstalo 50 ff, Ussing 338 ff, Arnholm III 186 ff. — Se även Esser 168 ff, von Büren 488 ff, Berner Komm. 643 ff (SchwOR Art. 125).

Kvittning förutsätter att såväl fordran som motfordran är förfallna.

Offensiv kvittning sker genom att borgenären därom meddelar gäldenären — kvittningsförklaring. Denna medför rättsverkan från den tidpunkt då den kommit gäldenären till handa.

Betr. förfarandet, Halila — Ylöstalo 54 ff, Ussing 343 ff, Arnholm III 191 f.

Kvittningsrätt kan uteslutas genom *avtal.*

Enligt HyresL § 49 är det förbjudet att i hyresavtal inta klausul, som utesluter kvittningsrätt för hyresgästen; avsikten är att skydda denne; motsvarande stadgande finns i JordlegoL § 4.

II. Kvittning av krav, som hänför sig till *samma avtalsförhållande,* blir aktuell egentligen blott då borgenärens krav är en följd av ett avtalsbrott. Borgenären har fått ett betalningskrav, t.ex. med anledning av vårdkostnader eller kostnader för avhjälpande av fel i avtalsobjektet. Han kvittar sina kostnadskrav mot gäldenärens vederlagsfordran enligt avtalet — köppris, hyra etc. Situationen kan också vara den motsatta: huvudfordringen tillkommer borgenären. Denne kan för kvittning använda t.ex. uppburen dividend för pantsatta aktier i syfte att få betalt för ränta eller amortering som gäldenären inte erlagt.

Kostnad, som hyresgäst enligt HyresL § 16 m. 1 haft för reparation av lägenheten, kan kvittas mot obetalad hyra; Godenhielm, Uusi huoneenvuokralaki 124, se även Hakulinen, Vuokraoikeus I 85. — Om hyresvärden inte godkänner hyresgästens anspråk på ersättning, riskerar hyresgästen att avtalet häves till följd av underlåten hyresbetalning; Rodhe § 33 vid not 16.

HD 1945 II 6: kvittning av ersättningskrav (icke återställda transportkärl) mot innehållen betalning för fullgjord leverans.

HD 1935 II 128: kvittning av avtalsvite mot innehållen betalning.

Den ordning, som här förordats, är naturlig. Det är ändamålsenligt att avtalsförhållanden avvecklas så att krav och motkrav »spelas ut» mot varandra. Den gemensamma grunden för kraven — samma avtal — utgör, jämte de allmänna motiven för kvittning, ett tillräckligt starkt argument för en generell kvittningsrätt för borgenären. Det är inte tillfyllest att låta borgenären innehålla sin prestation, detta är blott en temporär åtgärd. Man bör såvitt möjligt underlätta en definitiv avveckling. Kvittningen är ett lämpligt och effektivt medel.

Hänsynen till gäldenären, särskilt sociala synpunkter, kan utesluta eller begränsa kvittning. Detta gäller främst arbetsavtalsförhållanden i den mån kvittning över huvud är möjlig.

Se Sigeman, Lönefordran 152 ff.

En arbetsgivares krav på ersättning för skada, som arbetstagaren orsakat i arbetet, kan inte kvittas mot arbetstagarens lönefordran i sådan omfattning att gränsen mot den för utmätning fria delen av lönen överskrides; ArbAvtL § 26 m. 1 (jfr 1922 års ArbAvtL § 25); se även SjömansL § 20 m. 2.

III. Kvittning kan även förekomma när fordringarna hänför sig till *olika avtal* eller gäldenärens motfordran över huvud inte grundar sig på ett avtal. Motiven för en kvittning är inte i detta fall lika starka som när det är fråga om ett och samma avtalsförhållande. Huvudsakligen kan man blott åberopa att kvittningen är ett bekvämt sätt för borgenären att få betalt. Säkerhetssynpunkten däremot kan inte tilläggas samma relevans som den har i ett avtalsförhållande där parternas ömsesidiga prestationer ofta utgör säkerhet för varandra. Säkerhetssynpunkten får likväl ökad styrka i gäldenärens konkurs.

Trots den något svagare grunden bör man ge borgenären en generell kvittningsrätt oberoende av grunden till gäldenärens motfordran. Detta gäller både utanför och i konkurs.

Hänsynen till gäldenären eller till allmänna intressen kan — såsom tidigare framhållits (II) — utesluta eller begränsa borgenärens rätt till kvittning. Endast två i lag inte reglerade fall skall här beröras.

Om borgenären realiserat en gäldenären tillhörig *pant* och ett överskott har uppkommit, får borgenären inte utnyttja detta för betalning av en annan fordran mot gäldenären, för vilken fordran den realiserade panten inte utgjort säkerhet. Annars skulle panträtten vidgas genom ensidig åtgärd av borgenären.

Se även Halila 126, Ussing 342.

Det har diskuterats om en *bank* kan kvitta med en motfordran som gäldenären har hos banken i form av sparkonto, checkräkning etc. Det har i allmänhet ansetts att kvittning är möjlig.

Halila 123 ff, Halila — Ylöstalo 52.

HD 1961 II 5: då byggnadsföretaget A försattes i konkurs, fanns på dess checkräkning utan kredit ett belopp som banken meddelade att den använde för kvittning mot en fordran vilken uppkommit genom att banken infriat borgensförbindelser till förmån för A. Då borgensförbindelserna uppkommit före konkursen och banken ansågs berättigad att enl. KonkS §§ 33 och 34 företa kvittning, förkastades konkursboets talan att utfå det på checkräkning innestående beloppet.

HD 1958 II 23: i konkursdom berättigades sparbank kvitta lånefordran mot belopp innestående på konkursgäldenärens sparräkning. — Jfr HovR, som förkastade kvittningsyrkandet, då depositionerna inte pantsatts hos banken. — Se även kommentar i DL 1958, rättsfall nr 41 (H a l i l a).

De nämnda avgörandena av HD har avseende på fall då gäldenären försatts i *konkurs*. Det synes riktigt att ge banken kvittningsrätt. Säkerhetssynpunkten framträder starkt och konkurslagstiftningen förutsätter att kvittning kan ske på den grund att motfordringen uppfattas som en säkerhet (KonkS § 34). Kvittningen ingår som ett led i det prioritetssystem som gäller konkursfordringar.

Samma regel bör gälla vid *utmätning*. Frågan blir aktuell främst när gäldenären saknar andra utmätningsbara tillgångar än tillgodohavandet i bank.

Man kan ifrågasätta om samma ordning skall gälla *utanför konkurs*. Det är möjligt att bankens generella föreskrifter om kunds rätt att få disponera konto i banken kan uppfattas så att honom tillförsäkrats dispositionsrätt enligt föreskrifterna. Kunden kan ha lagt upp ett konto, t.ex. för att fullgöra en underhållsskyldighet, betala skatter eller andra skulder eller för att målspara. Kund i bank har ett behov av att hans depositioner kan reserveras för bestämda ändamål. Starka skäl talar sålunda för att av hänsyn till gäldenären utesluta banks rätt till kvittning. I många fall kan man även anse att banken konkludent avstått från kvittningsrätt. Möjligen kan man in casu bedöma olika typer av konton på olika sätt. Det föreligger t.ex. starkare skäl att freda ett målsparkonto än en checkräkning. Den riktigaste linjen synes dock vara att helt utesluta kvittningsrätt utanför konkurs och utmätning.

I rättspraxis har en annan ståndpunkt intagits:

HD 1966 II 19: bank hade en växelfordran mot A, som hade sparräkning i banken. A överlät sitt tillgodohavande till B, som yrkade på att få lyfta beloppen, banken vägrade då den ansåg sig ha kvittningsrätt och bankens växelfordran uppkommit innan anmälan om överlåtelse gjorts till banken. HD medgav kvittning (med vissa begränsningar som gällde Bs rätt till de deponerade medlen).

HD 1933 I 94: bank ansågs berättigad kvitta växelfordran mot gäldenärens deposition på kapitalräkning; min. (1) ville fastställa HovRs utslag genom vilket bankens direktör dömts till straff för egenhandsrätt.

Se A r n h o l m III 187.

Om man skulle ställa sig på den ståndpunkten att kvittning är möjlig utanför konkurs och utmätning, bör det i varje fall observeras att tredje mans rätt till gäldenärens banktillgodohavande tidsmässigt bör ha företräde framom bankens kvittningsrätt. Detta gäller bl.a. utgivna men ännu inte inlösta checkar, bemyndigande för tredje man att för egen räkning lyfta penningar från bankkontot etc.

6.4. Retentionsrätt

Självtäkt förekommer i den formen att borgenären med anledning av att gäldenären inte fullgör en avtalsförpliktelse, i sin besittning kvarhåller gäldenären tillhörig egendom. Denna borgenärens rätt att innehålla gäldenärens egendom kallas *retentionsrätt.*

Retentionsrätten är av två olika slag.

1) Borgenären kan fortsätta att inneha egendom som han på grund av avtalet redan *har i sin besittning.* Det är fråga om egendom, som borgenären vore skyldig att utge, ifall avtalsbrott inte hade förekommit på gäldenärens sida. Utgivandet av egendomen, som tillhör gäldenären eller undantagsvis tredje man, är ett led i avtalsförhållandets normala avveckling. Denna avbrytes genom kvarhållandet. Som exempel tjänar hantverkares rätt att innehålla egendom, som han reparerat, tills ägaren betalar reparationskostnaderna.

Denna typ av retentionsrätt påminner starkt om det ovan (s. 237) behandlade fallet då borgenären innehåller sin motprestation och då den innehållna egendomen antingen tillhör borgenären eller först genom det aktuella avtalet blivit gäldenärens egendom (t.ex. köp av species varvid äganderätten övergått vid köpslutet). Denna rätt att innehålla egendom betecknas ofta som retentionsrätt; R o d h e har för att skilja den från egentlig retentionsrätt präglat termen *detentionsrätt,* denna term har inte allmänt accepterats.

2) Borgenären har rätt att genom ensidig åtgärd *i sin besittning överföra* egendom som tillhör gäldenären. Enligt avtalet har borgenären inte någon rätt eller några skyldigheter med avseende på denna egendom. Den rycks in i avtalsförhållandets avveckling som en följd av avtalsbrottet. Sålunda kan en hyresvärd, om hyran inte till fullo erlagts när hyresförhållandet upphör, i sin besittning överföra hyresgästen tillhörig egendom som finns i hyreslägenheten (HyresL § 50).

Det primära motivet för retentionsrätten — i båda här nämnda former — är borgenärens krav på *säkerhet,* vilket är en väsentlig faktor i ömsesidiga avtal. Säkerhetsmomentet framträder tydligt i olika lagstadganden om retentionsrätt. I en del fall stadgas uttryckligen att retentionsrätten upphör om gäldenären ställer säkerhet för sin skuld (HyresL § 50, JordlegoL § 20). Borgenärens faktiska möjligheter att få betalt ökas starkt genom retentionsrätten. I gäldenärens konkurs förstärkes säkerheten avsevärt — den fordran, för vilken retentionsrätt gäller, har samma förmånsrätt som fordran förenad med handfången pant (FörmånsF § 3). Även vid utmätning kan retentionsrätten göras gällande (UL 4: 12).

Retentionsrätten är ett *påtryckningsmedel.* Redan hotet om dess utövande kan förmå gäldenären att anstränga sig att prestera.

Allmänna synpunkter på retentionsrätt, H a k u l i n e n 209 ff, W r e d e — C a s e l i u s 534 ff, H a n n i k a i n e n 148 ff.

Den situation, som uppkommer när borgenären utövar retentionsrätt, är ett *provisorium*. Retentionsrätten syftar till att framkalla prestation men kan inte göra det direkt. Borgenären har inte befogenhet att avyttra den innehållna egendomen och därigenom erhålla betalning.

I undantagsfall har borgenären rätt att få betalt genom realisation av den innehållna egendomen.

I gäldenärens *konkurs* tillkommer borgenären rätt att efter bevakning med primär förmånsrätt få betalt ur den ifrågavarande egendomen (FörmånsF § 3). Genom konkursförfarandet avvecklas retentionsrätten och borgenären tillgodoses så långt egendomens realisationsvärde förslår. Denna ordning motiveras dels med att kravet på säkerhet ökas när gäldenären är insolvent, dels med att konkursförfarandet är inriktat på att avveckla konkursgäldenärens avtalsförhållanden. Det provisorium, som retentionsrätten innebär, kan inte tillåtas bestå.

Om den kvarhållna egendomen *utmätes* för annan fordran, har borgenären rätt till betalning ur köpeskillingen ifall han framställer yrkande därpå (UL 4: 12).

I ett *specialfall* ger lagen borgenären rätt att sälja egendomen och få betalt ur försäljningspriset — L om rätt för hantverkare att sälja gods, som ej avhämtas, 20.6. 1952.

Om egendom, som är föremål för retentionsrätt, är utsatt för förskämning eller snar förstörelse, kan borgenären i enlighet med sin vårdplikt sälja godset för att undvika förlust för gäldenären och samtidigt trygga sin rätt enligt avtalet. De vid försäljningen influtna medlen skall borgenären innehålla för gäldenärens räkning. Om avveckling av avtalsförhållandet inte sker inom skälig tid, är borgenären berättigad att få betalt via kvittning.

Retentionsrätten grundar sig i många fall på uttryckligt stadgande i *lag*.

Se främst HB 11: 3 och 12: 8, RB 15: 12, UP § 22, HyresL § 50, JordlegoL § 20, SjöL §§ 113, 175.

Genom klausul i *avtal* eller genom särskild överenskommelse mellan parterna kan borgenären tillerkännas retentionsrätt. Även sådan retentionsrätt kan göras gällande i gäldenärens konkurs i överensstämmelse med FörmånsF § 3.

Så även Hakulinen 213 f, Wrede — Caselius 537; se även Staffans 76 ff. — Jfr Hannikainen 259 f.

HD 1951 II 145: HD uttalade, att på avtal grundad retentionsrätt bör anses äga giltighet även mot tredje man och sålunda även mot gäldenärens konkursbo; borgenärens fordran fastställdes i gäldenärens konkurs med förmånsrätt enligt FörmånsF § 3.

Det råder tvekan därom huruvida retentionsrätt kan anses gälla utan grund i *vare sig lag eller avtal*.

Se Hakulinen 211 f och där åberopad litteratur, Berndt Godenhielm, Om virkessäljarens retentionsrätt (JFT 1963 264—280), Rodhe § 35 vid not 21.

Jfr den tyska rättens »allgemeines Zurückbehaltungsrecht» (BGB § 273) och »kaufmännisches Zurückbehaltungsrecht» (HGB § 369).

Det är knappast möjligt att ge ett allmängiltigt svar. Förhållandena varierar avsevärt med hänsyn till olika avtalstyper. Med tanke på den bristfälliga lagstiftningen — många avtalstyper är mer eller mindre oreglerade — är det inte riktigt att begränsa retentionsrätten till de fall som lagen uttryckligen reglerar. Svaret måste bli beroende på en bedömning in casu. Man har att beakta de allmänna motiven för retentionsrätt samt omständigheter som kan anföras som stöd för en rätt för borgenären att innehålla prestation (s. 237 f).

Det ter sig naturligt att t.ex. den, som på lega innehar lös egendom, får kvarhålla denna vid legotidens utgång som säkerhet för sådan kostnad som ägaren skall gottgöra legotagaren. Detsamma bör anses gälla gods som ombudsman innehar för att fullgöra huvudmannens uppdrag. Egendomen kan innehållas som säkerhet för obetalt arvode. Skriftlig fullmakt måste likväl återställas när huvudmannen det kräver, se AvtL § 15.

Retentionsrätt kan undantagsvis förekomma med avseende på fast egendom.

Se Hakulinen 213. — *HD 1935 I 7* (med hänvisning till HDs dom 25.1. 1933).

Retentionsrätt utan direkt stöd i lag medför förmånsrätt i konkurs och vid utmätning.

Borgenären kan inte kvarhålla annan gäldenären tillhörig egendom än den som har samband med det avtal vars bestämmelser åsidosatts. Man ställer krav på *konnexitet.* Häri inbegripes inte nödvändigt — såsom ovan framhållits — att egendomen är sådan som borgenären enligt avtalet vore skyldig att utge — se HyresL § 50 och JordlegoL § 20.

Betr. konnexiteten, Hakulinen 210 ff, Rodhe § 35 vid not 29—31.

HD 1963 II 30: bil hade för tre olika reparationer varit inlämnad till verkstad och återlämnats efter första och andra reparationen; verkstaden kvarhöll bilen som säkerhet för obetalda kostnader för samtliga reparationer; HD ansåg att retentionsrätten endast gällde betalningen för den sista reparationen emedan bilen efter de två första reparationerna återlämnats. — Det kan tilläggas att reparationerna grundade sig på olika avtal och att konnexitet på den grund inte var för handen.

Av domsmotiveringen kunde man sluta sig till att retentionsrätten alltid anses upphöra då egendomen återlämnas; så behöver inte nödvändigt vara fallet — t.ex. en bilverkstad bör anses ha bibehållit sin retentionsrätt om bilen, efter att ha återlämnats till ägaren, senare hämtas tillbaka för kompletterande reparation enligt avtalet.

7. ERSÄTTNING — OLIKA FORMER

Ersättning såsom en påföljd av avtalsbrott omfattar de fall då gäldenären i *stället för* avtalad prestation eller *utöver* fullgjord men inte avtalsenlig prestation har att betala borgenären ett penningbelopp. Denna gäldenärens ersättningsskyldighet — ersättningsansvar eller endast ansvar — aktualiseras av avtalsbrottet eller är en följd av omständigheter som har samband med detta.

När man ger begreppet ersättning vid avtalsbrott denna vida innebörd, innesluter det olika fall av betalningsskyldighet som inte i alla avseenden kan följa enahanda regler. Man kan i den meningen tala om olika typer eller former av ersättning. Olikheter förekommer främst med avseende på ersättningens förutsättningar och omfattning.

Man bör även ha klart för sig att ersättningsproblemen starkt varierar med avtalstyper, avtalsprestationer och avtalsbrottens beskaffenhet. Skiljaktigheterna är ibland så väsentliga att man t.o.m. kan ifrågasätta om det är riktigt och ändamålsenligt att bedöma avtalsrättens ersättningsproblem enligt enahanda riktlinjer. Ersättningsproblematiken är mera enhetlig och kan bedömas enligt ett enklare schema då fråga är om utomkontraktuell ersättning.

Den följande framställningen utgör ett försök att finna några *allmänna riktlinjer* för ersättning betingad av avtalsbrott. Den *reservationen* bör ständigt göras att de allmänna linjerna ofta kan och måste brytas av hänsyn till regler och förhållanden som har avseende på olika typer av avtal och avtalsprestationer.

På basen av förekommande skiljaktigheter kan man indela ersättningsformerna på olika sätt. Någon vedertagen systematik finns inte. Den indelning, som användes i det följande, betingas närmast av ändamålsenlighetssynpunkter om vilkas relevans man kan ha olika uppfattning.

Jfr den av R o d h e, § 43, använda indelningen.

De fall av ersättning, som kommer att behandlas, *indelas* i följande grupper:

1) *Avtalsersättning* eller ersättning för *positivt avtalsintresse:* ersättningens syfte är att det belopp, som gäldenären har att betala, skall försätta borgenären i den ekonomiska situation som skulle ha inträtt om riktig uppfyllelse av avtalet hade skett. Det är t.ex. fråga om ersättning på grund av dröjsmål eller fel i avtalsobjektet. I det belopp, som gäldenären skall betala, ingår dels ersättning för uteblivna intäkter (intäktsersättning) dels ersättning för särskilda kostnader (kostnadsersättning).

De centrala problemen gäller avtalsersättningens förutsättningar och ersättningsbeloppets beräknande.

Ett nära samband med den egentliga avtalsersättningen har de fall då avtalsobjektet förstörts eller skadats i samband med avtalets fullgörande. En sak, som t.ex. läm-

nats till gäldenären för reparation, har till följd av bristande vård skadats medan den befann sig i gäldenärens besittning. För sådana fall, som inte helt bör skiljas från vanlig avtalsersättning, användes termen *sekundär avtalsersättning.*

En annan ersättningsform, som ligger nära den egentliga avtalsersättningen, representeras av de fall i vilka gäldenären har att betala ersättning i form av vederlag för att han underlåtit att utge egendom som enligt avtalet bör överlämnas till borgenären. Såsom beteckning på dessa fall användes termen *vederlagsersättning.* Hit hör t.ex. gäldenärens skyldighet att betala uppskovsränta.

De här nämnda två varianterna — sekundär avtalsersättning och vederlagsersättning — kan i fråga om ett och samma avtal förekomma vid sidan av egentlig avtalsersättning, t.ex. uppskovsränta jämte annan ersättning.

2) Ett alternativ till avtalsersättning utgör *ersättning enligt negativt avtalsintresse:* borgenären skall ekonomiskt sett försättas i samma läge som om avtalet inte alls hade ingåtts. Ersättningen omfattar olika slag av kostnader: föranledda dels av avtalets förberedande och ingående, dels av förberedelser för avtalets fullgörande och för avtalsobjektets utnyttjande, dels av själva avtalsbrottet. I ersättningen inräknas inte uteblivna intäkter.

3) De nämnda ersättningsformerna bygger på ekonomiska värden. Vid sidan av dem kan man konstruera en ersättning som ger borgenären ett penningbelopp såsom kompensation för att avtalsbrottet åsidosatt ett intresse vilket inte kan uppskattas i penningar, åtminstone inte enligt objektivt fixerbara grunder. Dessa fall benämnes *ersättning för intressen utan ekonomiskt värde.*

4) Till en gemensam grupp har slutligen hänförts *särskilda slag av ersättning* — fall som inte lämpligen inordnas i någon av de föregående grupperna. Inom denna kategori kommer att behandlas vinstersättning, ersättning grundad på avtalsobjektets skadebringande egenskaper samt plikt såsom påföljd av att kollektivavtal åsidosatts.

I det följande behandlas de olika ersättningsformerna särskilt för sig. Huvudvikten fästes vid den centrala ersättningsformen — avtalsersättningen.

I undantagsfall kan *tredje mans* handlande eller underlåtenhet ingripa i avtalsförhållandet på ett sådant sätt att borgenären kan tänkas få ett ersättningsanspråk mot tredje man. En utanför avtalet stående person, för vilken gäldenären inte svarar, kan t.ex. ha förstört eller skadat avtalsobjektet innan avtalet fullgjorts. De speciella problem, som gäller borgenärens ersättningskrav mot tredje man, behandlas inte i det följande.

Se härom bl.a. Arnholm III 279 ff och där åberopad litteratur samt E. Selvig, Erstatningsansvar og skadet interesse (Lov og Rett 1963 193—206).

8. AVTALSERSÄTTNING

8.1. Allmänt

I. Avtalsbrott ger ofta borgenären anledning att kräva ersättning med ledning av det ekonomiska värde som avtalet har för honom — avtalsvärdet. Tanken är att borgenären skall försättas i samma ekonomiska situation som skulle ha inträtt om riktig fullgörelse hade skett. Borgenärens ekonomiska intresse av avtalet — *det positiva avtalsintresset* — blir härigenom tillgodosett. Denna lösning innebär ett förverkligande av principen om s.k. full ersättning.

Se bl.a. Godenhielm 85, Hakulinen 52 f, Rodhe § 45 vid not 1—11, Almén § 25 vid not 72a, Hellner 104, Ussing 106—109, 142, Arnholm III 284, 287, Larenz I 252, Esser 284, von Büren 80 f, 376, Chitty I nr 1431, Corbin 5.

I dansk rätt användes termen opfyldelsesinteresse, i tysk rätt Erfüllungsinteresse.

Avtalsbrottet utgör det faktum som aktualiserar ersättningsanspråket. *Grunden* för detta anspråk är själva *avtalet*. Borgenären håller fast vid och åberopar avtalet i syfte att erhålla det ekonomiska utbyte som avtalet förutsätter. För att understryka denna rättsliga grund för borgenärens betalningsanspråk och framhäva ersättningens omfattning användes termen *avtalsersättning*.

Ett krav på avtalsersättning blir aktuellt i följande *typsituationer:*

— när avtalet inte alls har fullgjorts eller borgenären har hävt avtalet till följd av icke-avtalsenlig uppfyllelse, kan borgenären kräva ersättning för den förlust som han lidit (enbart avtalsersättning),

— när gäldenärens uppfyllelse har uteblivit eller avvisats (helt eller delvis) och borgenären kräver avtalsprestation, kan han vid sidan därav yrka på ersättning såsom kompensation för att prestationen sker sentida (avtalsersättning jämte krav på avtalsprestation),

— när uppfyllelse har skett, men i strid med avtalet (t.ex. försenad prestation eller fel i avtalsobjektet), kan borgenären kräva ersättning som ger honom kompensation för att prestationen avviker från avtalet (avtalsersättning som komplettering till fullgjord prestation).

Jfr Hakulinen 52: det ursprungliga gäldförhållandet fortfar att gälla i form av ett skadeståndsförhållande, en penningprestation träder i stället för eller vid sidan av den ursprungliga prestationen; se även Larenz I 254.

Enl. BGB kan vid dröjsmål ifrågakomma två olika slag av ersättning: enligt § 286 m. 1 (ersättning för skada orsakad av dröjsmålet) och enl. § 286 m. 2 (ersättning »wegen Nichterfüllung»), betr. ömsesidiga avtal se § 326; Larenz I 272 f, Fikentscher 231 f, 234 ff. — Vid »Schlechterfüllung» förekommer ersättning vid sidan av den primära prestations-

plikten, Larenz I 281, eller ersättning »wegen Nichterfüllung» enl. § 286 m. 2, Fikentscher 250 ff.

Krav på avtalsersättning framkallas vanligen av att gäldenären åsidosatt sin huvudförpliktelse. Även försummelse av *sekundära* avtalsförpliktelser eller av förpliktelser, som endast indirekt följer av avtalet, kan föranleda ersättningsanspråk.

HD 1950 I 26: bortfraktare var ersättningsskyldig för kostnader, som orsakats avlastaren av att i fartyget inte kunnat inlastas allt det virke, som förts till lastningshamnen, emedan fartygets befälhavare underlåtit att ge avlastaren besked om den mängd virke som fartyget kunde ta emot.

HD 1949 II 46: vid köp av fastighet hade A förbundit sig att utge sytning åt B; A sålde sedermera fastigheten utan att förbehålla B bostad på fastigheten, varför B nödgades flytta; A ålades ersätta den förlorade naturaförmånen.

HD 1932 II 263: köpare hade vägrat ta emot avtalad vara, säljarens krav på ersättning godkändes, ersättningen motsvarade den förlust, som uppstått vid försäljning av godset till tredje man, och vissa direkta utgifter.

Om åsidosättande av biförpliktelser, Hakulinen 61, 224 f.

Avtalsersättningens syfte är att tillförsäkra borgenären det faktiska avtalsvärdet. Borgenären skall inte tillfogas ekonomisk förlust — t.ex. i form av utebliven vinst — genom avtalsbrottet. Om en förlust redan uppkommit eller beräknas uppkomma, skall den kompenseras — utgifter skall ersättas och utebliven vinst gottgöras.

Ersättningen skall tillföra borgenären ett penningbelopp som motsvarar genom avtalsbrottet utebliven eller minskad ekonomisk förmån.

Avtalsersättningen skall även ge borgenären *säkerhet*. I förhållande till gäldenären fungerar ersättningen som ett påtryckningsmedel — det är vanligen gäldenären till fördel att fullgöra avtalet riktigt och därigenom undgå ersättningsansvar.

Se Ussing 108 f.

Om avtalsbrottet inte orsakat borgenären någon ekonomisk förlust, är frågan om avtalsersättning inte aktuell (se dock s. 358 ff).

Gäldenärens skyldighet att betala avtalsersättning kan leda till att *avtalsbalansen rubbas* till hans nackdel. Alltid är detta inte fallet, t.ex. när gäldenären i stället för att prestera en sak utger dess värde. Oftast innebär likväl avtalsersättningen en ökad ekonomisk börda för gäldenären, t.ex. när han ersätter utebliven vinst och kostnader, som orsakats av avtalsbrottet, utan att han haft motsvarande intäkter.

När man har att lösa den intressekonflikt, som frågan om avtalsersättning vanligen framkallar i förhållandet mellan borgenär och gäldenär, bör man beakta bägge parters fördel. Utgångspunkten är att borgenären skall bli fullt ersatt. Den linjen bör likväl inte drivas ensidigt. Gäldenärens rättsskyddsbehov får inte förbises.

Både borgenärens och gäldenärens ekonomiska intressen bör sålunda beaktas i fråga om dels *grunden* för ersättningsskyldigheten, dels ersättningens *omfattning*.

Själva avtalsbrottet kan ha orsakat borgenären *kostnader*, t.ex. för reklamation eller för uppbevaring av felaktigt gods som skall återställas till säljaren. För att borgenären i ekonomiskt avseende skall försättas i samma situation som om avtalet hade uppfyllts riktigt bör även sådana kostnader ersättas. Kravet på ersättning för kostnader orsakade av avtalsbrottet är att betrakta som ett accessorium till den egentliga avtalsersättningen. En likartad bedömning är sålunda påkallad. Kostnadsersättningen bör inrymmas i avtalsersättningen.

Andra ersättningskrav kan ifrågakomma vid sidan av egentlig avtalsersättning.

Ett särskilt problem bildar de situationer då borgenärens ekonomiska förlust inte direkt hänför sig till avtalets fullgörande men likväl inträffar *i avtalsförhållandet eller i samband därmed*. Detta är fallet om en borgenären tillhörig egendom, när den för avtalets uppfyllelse innehas av gäldenären, skadas eller förstöres — en till reparation inlämnad bil har t.ex. skadats genom åtgärd av gäldenärens arbetstagare. Den ekonomiska förlusten har möjliggjorts av avtalsförhållandet men den behöver inte ha direkt samband med avtalets fullgörande. Borgenärens krav på ersättning för sådan förlust måste synbarligen bedömas något annorlunda än den egentliga avtalsersättningen (s. 378 f).

I den mån *vederlagsersättning* uppfattas som en gottgörelse för att borgenären inte får utnyttja sin egendom har även den ett nära samband med avtalsersättningen (s. 383).

Till en särskild grupp har man att hänföra de fall då gäldenären vid avtalets ingående brutit mot sin upplysningsplikt eller på annat sätt förfarit felaktigt — *culpa in contrahendo*. I sådana fall kan borgenären framställa ersättningsanspråk som till sin omfattning kan motsvara krav på avtalsersättning. Principiellt är ersättningsansvarets grund likväl en annan — vållande vid avtalets ingående. Culpa in contrahendo-fallen observeras inte i denna framställning.

Se bl.a. *HD 1949 II 398:* säljarens underlåtenhet att upplysa köparen om fel i godset innefattade bedrägeri och föranledde ersättningsskyldighet. — Se även *HD 1949 II 405* samt *1950 II 27, 44* och *122*.

Ersättning av »Erfüllungsinteresse» kan i tysk rätt förekomma på grund av culpa in contrahendo; Fikentscher 65.

II. Det som här benämnts avtalsersättning, kallas vanligen *skadestånd* (skadeersättning). Man utgår från att avtalsbrottet orsakat borgenären skada som gäldenären bör ersätta. Kravet på ersättning grundas på avtalsbrottet såsom orsak till den ekonomiska förlusten. Skadan i avtalsförhållanden fixeras genom en jämförelse mellan två händelseförlopp, ett hypotetiskt, som bort inträffa genom avtalets uppfyllelse, och ett verkligt som faktiskt inträffat. Skadan har betecknats som skillnaden mellan de två händelseförloppen. Det mot skadan svarande penningbeloppet har benämnts förlust.

Se Rodhe § 44 vid not 1 och 8 samt av honom åberopad litteratur, Jørgensen, Erstatningsret 24 f, Arnholm III 267 f.

För avtalsersättningen, såsom den i det föregående uppfattats och i det följande närmare kommer att utvecklas, gäller principiellt ett annat *utgångsläge* än för ett skadestånd med nyss angiven innebörd. Man startar inte från skadan eller skadeorsakandet utan från avtalet och dess normer. Borgenären bör få det ekonomiska utbyte som avtalet förutsätter. Betalning av avtalsersättning innebär i speciell mening en uppfyllelse av avtalet låt vara att denna sker med avvikelse från de för avtalsförhållandet ursprungligen gällande handlingsnormerna.

Skadan och förlusten finns självfallet med i bedömningen. Om borgenären inte lidit ekonomisk skada, har han intet krav på ersättning. I den meningen bygger ersättningen även på uppkommen skada. Borgenären skall i princip inte bli ekonomiskt lidande av att ett avtalsbrott förekommit. För att man skall kunna ge honom kompensation måste förlusten beräknas.

Också själva avtalsbrottet — den handling eller underlåtenhet som orsakat förlust — har relevans. Det aktualiserar ersättningsansvaret. Men borgenärens krav på ersättning grundar sig i princip inte på de fakta som konstituerar avtalsbrott — dröjsmål, fel i avtalsobjektet etc.

Teoretiskt uppfattar jag ersättningssituationerna på följande sätt:

Avtalet utgör *grund* för borgenärens ersättningsanspråk. Borgenären bör ekonomiskt försättas i samma situation som om avtalet hade fullgjorts riktigt.

Avtalsbrottet aktualiserar ersättningsansvaret. Det utgör anledningen till att påföljdsnormerna träder i funktion. Men det bildar inte själva grunden till ersättningsansvaret.

Skadan — den ekonomiska förlust som avtalsbrottet orsakat — bestämmer ersättningens *omfattning*. Men det sker indirekt: den av avtalsbrottet orsakade förlustsituationen kan bestämmas endast genom en jämförelse med det ekonomiska resultat som avtalets riktiga fullgörande skulle ha lett till. Avtalet finns alltid i bakgrunden.

Det väsentliga i detta resonemang är att ersättningsanspråket inte grundas på avtalsbrottet eller på de omständigheter som föranlett detta, t.ex. på gäldenärens vårdslöshet. Gäldenärens culpa uppfattas sålunda inte såsom en betingelse för skyldighet att betala avtalsersättning. I det avseendet skiljer sig avtalsersättning principiellt från skadestånd utanför avtalsförhållanden, där ersättningsgrunden befinner sig i själva skadesorsakandet och omständigheterna bakom detta, inte minst i den skadeorsakandes culpa.

I överensstämmelse med det som här sagts utgår den följande framställningen från att avtalet, trots avtalsbrottet, är bindande och normerande i den meningen att borgenären skall erhålla avsett ekonomiskt utbyte. *Avtalet skall förverkligas i ekonomiskt avseende.* Det är inte nödvändigt att därutöver fixera några särskilda förutsättningar för gäldenärens ersättningsskyldighet, t.ex. culpa. En annan sak är att vållande eller frånvaron av vållande kan påverka gäldenärens ersättningsansvar.

Konkreta avgöranden rörande ersättningsskyldighet i avtalsförhållanden påverkas måhända inte i större utsträckning av huru man teoretiskt bedömer och löser de här

berörda problemen. *Ersättningsbeloppen* kommer att i stort sett beräknas enligt enahanda riktlinjer oberoende av om man utgår från avtalet såsom grund för avtalsersättningen eller från skadeorsakandet såsom grund för skadeståndet. Vid bestämmandet av avtalsersättningens belopp har man att, i nära överensstämmelse med det som gäller utomkontraktuellt skadestånd, att med varandra jämföra två händelseförlopp: det hypotetiska — i avtalsförhållanden avses därmed avtalets riktiga fullgörande — och det verkliga händelseförloppet (se s. 352). Endast genom en sådan jämförelse kan man fixera det penningbelopp (ersättning) som borgenären bör erhålla för att bli delaktig av avtalsvärdet. Man kan likväl inte förbise att de olika teoretiska utgångspunkterna i fråga om ersättningsansvarets grund — i det ena fallet avtalet, i det andra skadeorsakandet — kan påverka bedömningen av konkreta ersättningsfrågor.

Enligt den tankegång, som här följts, förefinnes det en principiell skillnad mellan avtalsersättning och utomkontraktuellt skadestånd. Också i konkreta frågor kan man inte sällan peka på väsentliga skiljaktigheter, t.ex. med avseende på ansvaret för medhjälpare. Man får dock inte för starkt understryka olikheterna på bekostnad av de många gemensamma dragen. Konkreta ersättningsfrågor kan inte lösas med utgångspunkt i om en situation kan uppfattas som ett avtalsförhållande eller inte. Gränsfall förekommer ofta, och reglerna för de två ersättningsformerna är i många avseenden likartade. Det är ofruktbart att försöka dra en skarp gräns mellan ersättning i och utanför avtalsförhållanden och att i allt uppställa separata regler för de två grupperna. Viktigt är däremot att man i fråga om den egentliga avtalsersättningen låter bedömningen ske med ledning av den faktor, som inte finns i det utomkontraktuella ersättningsansvaret, nämligen själva avtalet och dess ekonomiska värde för borgenären.

Betr. den här antydda problematiken, se bl.a. Gomard, särsk. 9—12, 99, 119 f, Ussing, Erstatningsret 7, Karlgren, Skadeståndsrätt 7 f, 165, Bengtsson, Om ansvarsförsäkring 7 f, 20 f, 22, Jørgensen 117 f, Erstatningsret 23 ff, A. Vinding Kruse, Erstatningsretten 25, Arnholm III 267 f, TfR 1941 502.

Frågan om ansvarighet i och utanför avtalsförhållanden är ett spörsmål därom på vilka punkter de två huvudtyperna av ansvarighet skiljer sig från varandra. Detta kan inte klarläggas med ledning av principiella överväganden. Endast en detaljerad analys kan ge svar på frågan. En klar gränsdragning synes inte möjlig.

Se bl.a. *HD 1962 II 46, 1958 II 21, 1947 II 160.*

Det som här sagts om avtalsersättning, utgör endast en allmän utgångspunkt för de följande övervägandena. Man får inte därav dra slutsatser in casu med avseende på ersättningsreglernas innehåll eller räckvidd. Det bör likväl förutskickas att den följande utredningen av problematiken kring avtalsersättningen leder till resultat som inte står i strid med det principiella utgångsläge som här skisserats.

Den följande framställningen ägnas huvudsakligen ett enda centralt problem: vilka omständigheter påverkar gäldenärens skyldighet att betala avtalsersättning — *ersättningsansvaret* (8.2.). Vid sidan härav behandlas mera summariskt frågan om beräknandet av ersättningsbeloppet — *ersättningens omfattning* (8.3.).

8.2. Ersättningsansvaret — allmänna synpunkter

8.2.1. *Den traditionella culparegeln*

I bedömningen av ersättningsansvaret har *gäldenärens vållande* (culpa) ansetts vara ett centralt moment.

Innebörden av begreppet vållande har klarlagts s. 93 ff.

Förutsättningarna för ersättningsansvar i avtalsförhållanden har komprimerats i *culparegeln:* gäldenären är skyldig att betala ersättning när han uppsåtligen eller av vårdslöshet framkallat avtalsbrottet. Vållande eller culpa har i princip betecknats som förutsättning för ersättningsskyldighet. Gäldenärens vållande är en nödvändig och tillräcklig betingelse för ersättningsansvar.

Culparegeln har i första hand utformats med avseende på utomkontraktuell ersättning.

Betr. culparegelns innebörd bl.a. Ussing, Erstatningsret 2, 8 ff, Rodhe § 48 vid not 1 f.

När det gäller ersättning till följd av avtalsbrott, är vållandet vanligen av typen *culpa in contractu* — den handling eller underlåtenhet, som uppfattas såsom vållande, har samband med avtalets fullgörande eller ansluter sig till det existerande avtalsförhållandet. Endast denna form av culpa behandlas i det följande, medan culpa in contrahendo lämnas utanför framställningen.

Avtalsrättens culparegel har stark förankring i *lagstiftningen*, både i äldre och nyare. Direkt eller indirekt har den kommit till uttryck i stadganden om olika avtalstyper. Något generellt stadgande, som skulle formulera en culparegel eller göra regeln tillämplig i avtalsförhållanden över huvud, finns likväl inte. Ett sådant skulle inte harmoniera med den lagstiftningsteknik som använts i vårt land. De många specialstadgandena bestyrker likväl uppfattningen att culparegeln betraktas som en allmän norm för ersättning i avtalsförhållanden. Eller kanske riktigare: lagstadgandena tillägger gäldenärens vållande relevans för ersättningsansvaret.

Ersättningsskyldigheten har bundits vid gäldenärens vållande bl.a. i följande *lagstadganden:*

HB 1: 4, 10: 3 och 4, 12: 2, 18: 4, HyresL §§ 14 m. 2, 15 och 16, JordlegoL §§ 10 och 11, SjöL § 118 (m.fl.), LuftbefordrL § 20, ArbAvtL § 51.

Rättspraxis har i stor utsträckning fäst avseende vid gäldenärens culpa. Den ger likväl inte klart besked därom att culparegeln med här angiven innebörd skulle vara den generella ansvarighetsnormen i avtalsförhållanden.

Se redogörelse för rättspraxis s. 265 f, 283.

I *nordisk doktrin* har man i allmänhet grundat det avtalsrättsliga ersättningsansvaret på gäldenärens vållande. Culparegeln uppfattas som en allmän ehuru inte undantagslös ersättningsprincip även i avtalsförhållanden.

Se bl.a. Hakulinen 223, 280, Vihma 83 f, Kivimäki—Ylöstalo 371, Erma 317 ff; Rodhe § 48 vid not 1 ff, Hellner 86 f, Bengtsson, Om ansvarsförsäkring 23 ff; Ussing 106 f, 110; Arnholm III 276 f (enl. gällande rätt i Norge).

Undantagsvis har skadeansvarets grund uppfattats på annat sätt:

Palmgren—Olsson 108: ersättningsskyldigheten i avtalsförhållanden förutsätter inte skuld på gäldenärens sida, det är i allmänhet tillräckligt att man kan fastslå att gäldenären inte fullgjort sin prestation i rätt tid eller på rätt sätt.

Arnholm, III 270 ff; med avseende på de situationer i avtalsförhållanden, då borgenären kräver ersättning för *underlåten* fullgörelse, betvivlar Arnholm att man kan operera med en allmän culparegel; utgångspunkten är den betydelse som rätten till ersättning har i själva obligationsmekanismen; när andra sanktioner vid många tillfällen är uppenbart otillräckliga, skulle hela obligationen bli betänkligt sårbar om gäldenärens ersättningsskyldighet inskränktes till de fall då han har culpa. — I fråga om *felaktig* prestation (mangelfull oppfyllelse), innefattande även försenad prestation, intar Arnholm en annan ståndpunkt (273 f): för de fel, som man gör, har man inte något objektivt ersättningsansvar, alltså bör man kräva culpa eller »et annet særlig grunnlag». — Se även Arnholms artikel Noen bemerkninger om erstatningsansvar i kontraktsforhold (TfR 1941 496—516) 502 ff.

I *utomnordisk rätt* finner man olika system:

I tysk rätt finns inte något allmänt stadgande om grunden för ersättningsskyldighet i avtalsförhållanden (jfr betr. utomkontraktuell skadeståndsskyldighet, BGB § 823). För två fall innehåller BGB stadganden: prestationens omöjlighet, § 280, och dröjsmål (Verzug), § 286; i bägge lagrummen förutsättes att gäldenären blir ersättningsskyldig endast på grund av omständigheter för vilka han svarar (§ 276), härmed avses eget vållande (dessutom medhjälpares vållande, § 278, och vid »Gattungsschuld», § 279). — För övriga fall av avtalsbrott saknas allmänna stadganden. Betr. olika slag av oriktiga prestationer, s.k. »positive Vertragsverletzungen» synes det råda enighet om att ersättningsskyldigheten, även i dessa fall, är bunden vid gäldenärens culpa; ersättningsregler för särskilda avtalstyper bygger även i allmänhet på gäldenärens culpa. — Se betr. här berörda problem, Larenz I 270 ff, 280 ff, Esser 351 f, 380 ff, Fikentscher 216 f, 232 ff, 254 f.

SchwOR Art. 97 har uttryckligen godtagit culparegeln (i form av en exculperingsprincip); BernerKomm. 548 ff, Guhl 193 ff.

I engelsk rätt är utgångspunkten en annan: varje avtalsbrott medför i princip ersättningsskyldighet, ansvaret bygger sålunda inte på gäldenärens culpa utan enbart på det faktum att ett avtalsbrott förekommit. Det understrykes starkt att den borgenär, som lidit förlust genom ett avtalsbrott, skall »so far as money can do it, be placed in the same situation with respect to damages, as if the contract had been performed». Ersättningsskyldigheten är den primära påföljden av avtalsbrott (enl. common law); olika faktorer kan begränsa ersättningsskyldigheten och ersättningens omfattning, en central fråga härvid är vilka förluster, som skall ersättas, i det avseendet har bl.a. utvecklats regler om »remoteness of damage». Se Chitty I nr 1431, 1450 ff, Treitel 587, 597 ff, Cheshire—Fifoot 502, 514 ff.

Det har varit en vansklig uppgift att i IntKöpL överbygga motsatserna mellan å ena sidan systemet med ett culpa-ansvar, å andra sidan ett system som inte godtar culparekvisitet; art. 24 och 41 har i princip accepterat tanken att avtalsbrottet, objektivt sett, är tillräckligt för att medföra ersättningsskyldighet, alltså oberoende av gäldenärens culpa; detta stränga ansvar har avsevärt mildrats av bestämmelserna i art. 74, under rubriken »Exemptions» (se ovan s. 115); närmare härom Godenhielm, DL 1965 110 ff, Scandinavian Studies in Law (1966, vol. 10) 30 ff, Gaarder, Festskr. Arnholm 457 f.

Graden av culpa tillmätes i allmänhet inte betydelse. Så snart vållande är för handen har förutsättning för ersättningsskyldighet ansetts föreligga. Endast i undantagsfall påverkas ersättningsansvaret av kvalificerad culpa.

Se s. 289 f.

Huruvida gäldenären i en konkret situation har culpa eller inte är beroende av en bedömning som inte begränsar kretsen av de omständigheter som kan beaktas. Det gäller att söka svar på frågan om gäldenären förhållit sig annorlunda än han bort göra, om gäldenären iakttagit den omsorg och handlat med det förutseende som man med avseende på avtalets fullgörande rimligen kan kräva av honom eller av en person i hans ställning. Variationerna kan vara mycket stora beroende på vilka avtal och avtalsbrott det in casu är fråga om.

Betr. culpabedömningen se s. 96 ff.

Den traditionella culparegeln gäller inte undantagslöst. På särskilda grunder tillåter man avvikelser (strikt ansvar). I allmänhet förutsätter man likväl att ansvar inte inträder utan culpa (presumtion för culpa).

8.2.2. *Inbrytningar i culparegeln*

Culparegelns ställning som allmän ersättningsnorm kan ifrågasättas. Det har på olika avsnitt skett djupa inbrytningar i den traditionella culparegelns tillämpningsområde.

Redan den objektiva culpabedömningen betyder att kravet på vållande hos gäldenären avsevärt har mjukats upp (se s. 97 f).

I det följande beröres några faktorer som starkt har påverkat och begränsat culparegelns tillämpning: gäldenärens ansvar för medhjälpares fel och försummelser (I), det strikta (objektiva) ersättningsansvaret (II), bevisbördan med avseende på vållande (III) samt avtalspraxis (IV). Därefter framföres några synpunkter på domstolarnas motiveringar i avgöranden rörande avtalsersättning (V).

I. En culparegel med innebörd att gäldenären är ansvarig endast när han själv vållat avtalsbrottet är inte möjlig att förverkliga. Avtal fullgöres ofta helt eller delvis genom *medhjälpares* åtgärder. Sett ur borgenärens synvinkel vore det orimligt att beakta blott gäldenärens personliga förhållande till avtalsbrottet utan att alls fästa avseende vid de fel och försummelser som kan ha stannat gäldenärens medhjälpare till last.

Betr. medhjälpares fel och försummelser, se s. 106 ff.

För att inte behöva uppge kravet på vållande hos gäldenären har man ofta *presumerat* att han har *culpa* när en medhjälpare begått ett fel. Gäldenären anses ha brustit i övervakning, instruktion etc. En sådan presumtion är mången gång riktig. Ofta saknar den likväl stöd i verkligheten.

Härom mera s. 335.

När presumtionen att gäldenären har culpa visar sig vara ohållbar, är det nödvändigt att gå till medhjälparens handlande eller underlåtenhet. Man erkänner att gäldenären svarar för sina medhjälpares fel och försummelser. Dessa tillmätes med avseende på gäldenärens ersättningsskyldighet samma betydelse som gäldenärens egen culpa. Gäldenären ansvarar för sina medhjälpare. Man har härför använt termen *principalansvar*.

I några fall har det genom *lagstiftning* fastslagits att gäldenären ansvarar för sina medhjälpare.

ArbAvtL § 8 m. 2, SjöL §§ 118, 130, IllKonkL § 18; jfr även TjänsteAnsvL §§ 3, 4 p. 3. Kivimäki—Ylöstalo 376 f, Hakulinen 229, 289.

I *rättspraxis* har gäldenärens ersättningsskyldighet i stor utsträckning knutits till medhjälpares vållande:

HD 1964 II 53 (ref. s. 341).
HD 1962 II 97: Bs bil hade skadats då den körts i land från As färja; A ålades ersättningsskyldig då han inte kunnat visa, att skadan inte berott på vållande från färjpersonalens sida.
HD 1960 II 62: bil inlämnad till reparationsverkstad hade skadats under provkörning; då verkstadens ägare inte visat att skadan inte vållats av den som utförde provkörningen, ansågs han vara ersättningsskyldig.
HD 1954 II 51: ersättningsskyldighet på grund av arbetsledares vårdslöshet.
Se även *HD 1945 II 129* och *1941 II 159*.

I de nämnda godtyckligt valda domstolsavgörandena användes motiveringar som närmast pekar på att medhjälparnas fel och försummelser bedömts som vanlig culpa. Det framgår däremot inte vilken måttstock för aktsamhetsbedömningen som använts

— gäldenärens eller medhjälparens. Medhjälparens fel eller försummelse har likväl överförts på gäldenären i den meningen att denne blivit ersättningsskyldig. Man har avstått från det i en sträng culparegel inneliggande kravet att gäldenären själv skall ha vållat avtalsbrottet.

Närmare s. 335 ff.

II. *Strikt ansvar* anses föreligga när vållande hos gäldenären eller hans medhjälpare inte uppfattas som en nödvändig betingelse för ersättningsskyldighet.

Strikt ansvar omfattar således inte de fall då gäldenären, utan att själv ha culpa, ansvarar för medhjälpares fel eller försummelser. För de fall, som avses i det följande, har Hellner, Försäkringsgivarens regressrätt 5 f, Rodhe, § 48 vid not 34 och Bengtsson, Om ansvarsförsäkring 18, använt termen rent strikt ansvar.
Ofta användes termen objektivt ansvar; se bl.a. 24 NJM Förhandl. 115 ff.

Det är fullt godtagbart att från varandra skilja ersättningsansvar och anledningen till det avtalsbrott som aktualiserat kravet på ersättning. Ingen »naturlag» föreskriver att vållandet har relevans för gäldenärens ersättningsskyldighet. Det är obestridligt att strikt ansvar förekommer i avtalsförhållanden.

Den centrala frågan är: i hurudana fall och i vilken utsträckning har det ansetts möjligt och motiverat att åvälva gäldenären ersättningsskyldighet utan att fästa avseende vid hans vållande? Huru långt har man utsträckt det strikta ansvaret?

På detta område är osäkerheten stor. Fasta regler och klara linjer saknas. Grundorsakerna är tre.

1) *Lagstiftningen* är synnerligen bristfällig. I fråga om penningprestationer finns det lagregler ur vilka man kan härleda ett strikt ansvar — se SBL § 6 (uppskovsränta) och § 7 (betalning i främmande valuta), i dessa fall är det närmast fråga om vederlagsersättning. Beträffande prestationer av annat slag (naturaprestationer) förekommer spridda stadganden om strikt ansvar.

WarrantF § 8, JärnvAnsvL § 1, JärnvTrafikS § 87, SjöL §§ 131—133, stadganden om hemul i JB 11: 1, HB 1: 3 (se s. 291).
Situationen är en annan i Danmark, Norge och Sverige, vilkas köplagar har stadganden om strikt ansvar vid leverans; se SvKöpL §§ 24, 43 och 50. De köprättsliga reglerna har vunnit fotfäste inom andra avtalsområden. — Den reglering, som är föreskriven i dessa lagrum, har i stor utsträckning kommit att tillämpas även i Finland; rättsläget är dock långtifrån klart, se t.ex. Taxell, JFT 1956 80 ff.

2) *Rättspraxis* är oklar och vacklande. HDs avgöranden ger en otydlig bild av i vilka fall och under vilka omständigheter strikt ansvar ansetts förekomma i avtalsförhållanden. Domstolarnas bristfälliga motiveringar har i hög grad bidragit till denna oklarhet.

En redogörelse för det strikta ansvaret enligt rättspraxis är inte motiverad i detta skede. Den passar bättre in i det senare sammanhang där olika situationer, som kan motivera strikt ansvar, analyseras (s. 293 ff). Det må likväl förutskickas att strikt ansvar kan förekomma under olikartade förhållanden och med skiftande argumenteringar. Med ledning av rättspraxis är det inte möjligt att dra en bestämd gräns mellan de ersättningssituationer, i vilka gäldenärens vållande har relevans, och de fall då strikt ansvar ansetts vara för handen.

Betr. domstolsavgöranden i vilka frågan om strikt ansvar varit aktuell, se s. 296 f etc..

3) Inte heller i *doktrinen* — vare sig i Finland eller i det övriga Norden — finner man klart angivna gränser mellan culpa-ansvar och strikt ansvar i avtalsförhållanden. Man kan, med hänvisning till den oklarhet som råder, ifrågasätta om det är ändamålsenligt eller ens möjligt att med tanke på avtalsförhållanden fixera en sådan gräns.

I detta sammanhang är det tillfyllest att konstatera, att culparegelns tillämpningsområde beskurits av det strikta ansvaret.

Även betr. utomkontraktuellt skadeansvar har en stark inbrytning skett i culparegeln dels genom principalansvaret (mera begränsat än i avtalsförhållanden), dels genom det strikta ansvaret. Det senare grundas i vissa fall på lagstadganden bl.a. JärnvAnsvL § 1, LuftfartsL §§ 52, 76 (ansvaret bedömes enl. äldre LuftfartsL § 6), L ang. elektr. anläggningar 11.5. 1928 § 11; i andra fall har rättspraxis stipulerat strikt ansvar för s.k. farlig verksamhet (fareansvar); se Hakulinen 300 ff, Karlgren, Skadeståndsrätt 15.

III. En stark inbrytning i den traditionella culparegelns tillämpningsområde har skett genom den lösning som i stor omfattning accepterats när det gäller *bevisbördan.*

Problemet är följande: skall borgenären, som kräver avtalsersättning, visa att gäldenären haft culpa, eller skall gäldenären, för att kunna tillbakavisa ersättningskravet, visa att vållande inte förelegat hos honom *(exculpering)?*

Enligt principen i RB 17: 1 är det borgenärens sak att bevisa de fakta på vilka han grundar sitt anspråk. Om man anser att vållande är en nödvändig förutsättning för gäldenärens skyldighet att betala ersättning, borde borgenären bevisa att avtalsbrottet innefattat vållande hos gäldenären. Under en lång tid har man likväl i stor utsträckning följt en annan linje.

I några fall har *lagen* tagit ställning till bevisbördan med avseende på culpa.

HB 12: 3 fritar depositarie (sluten deposition) från skyldighet att ersätta förkommet gods om han visar »med goda skiäl, at thet af hans vangiömo och vållande ej skedt är».

HyresL §§ 15, 16 uppställer uttryckligen exculpering såsom förutsättning för hyresvärdens befrielse från ansvar i de fall som lagrummen anger; se även Godenhielm, Uusi huoneenvuokralaki 117 f, *HD 1969 II 54.* — Samma regel som i fråga om hyresavtal har utan uttryckligt stadgande i lag ansetts gälla i fråga om legoavtal enligt JordlegoL; se Hakulinen, Vuokraoikeus I 58 f, 61, 63, 70 f.

Ibland använder lagen formuleringar, som synes peka på exculpering utan att bevisbördan kan sägas vara uttryckligen reglerad, t.ex. HyresL § 20 m. 1, SjöL §§ 118, 147, 178 (»där ej antagas må»), jfr SjöL §§ 171 m. 2, 173 m. 1 och LuftbefordrL § 20 enligt vilka lagrum bevisbördan är den motsatta (»där antagas må»).

En allmän regel om exculpering i avtalsförhållanden har godtagits av Hakulinen 221 f, Kivimäki — Ylöstalo 411, Godenhielm 74.

Utländsk rätt, se s. 286 f.

Beträffande situationer, som *inte reglerats i lag*, kan man hänvisa till ett stort antal domstolsavgöranden i vilka gäldenären ålagts ersättningsskyldighet med motivering att han ej visat att han iakttagit erforderlig omsorg och försiktighet — han har inte förmått styrka frånvaron av vållande. I domstolarnas motiveringar har olika formuleringar och uttryck använts beroende på de faktiska situationer som varit föremål för bedömning.

Problemet belyses av bl.a. följande avgöranden i vilka gäldenären *ålagts* ersättningsskyldighet, då han ej visat att han iakttagit erforderlig omsorg etc.:

HD 1963 II 37: A hade åtagit sig att reparera Bs bil, under reparationen antändes bilen av en svetslåga; A hade ej visat att han iakttagit sådan omsorg och försiktighet, som kunde fordras med hänsyn till arbetets art och förhållandena i övrigt, ersättning utdömdes.

HD 1951 II 71: B tillhörig klocka, som lämnats till A för reparation, hade stulits; A ålades ersätta klockans värde då han ej hade visat att klockan under stängningstid förvarats i låst kassaskåp eller att i övrigt nödig omsorg hade iakttagits. — Minoriteten (1) ansåg att sedvanlig omsorg iakttagits och att ersättning därför ej borde utdömas.

HD 1951 II 89: byggnad, som tillfälligt användes som arbetarbostad, hade brunnit på grund av bristfälliga uppvärmningsanordningar eller ovarsamhet med eld; den som hyrt byggnaden, ålades ersättningskyldighet, då han ej visat att uppvärmningsanordningarna varit i skick eller att ovarsamhet ej förekommit.

HD 1944 II 214 (låntagare), i samma riktning *HD 1942 I 28* och *II 37*.

Se även *HD 1951 II 62* (ref. s. 283), *1950 I 14*, *1946 II 58*, *1945 I 33*, *1936 II 122* och *156*, *1932 I 5*.

I konformitet med de nämnda avgörandena har domstolarna *ogillat* ersättningstalan på den grund att gäldenären förmått exculpera sig — visat att han iakttagit erforderlig omsorg.

HD 1950 II 118: skälig försiktighet hade iakttagits (pengar hade lyfts mot stulen sparkassebok).

HD 1939 II 242: gäldenären hade visat att han hade iakttagit sådan omsorg och försiktighet som man med beaktande av förhållandena skäligen kunde fordra (häst hade skadats under transport).

Domstolarna har inte undantagslöst följt regeln om gäldenärens exculpering. *Avvikelser* kan påvisas.

HD 1969 II 64: i motiveringen redogöres för på vilket sätt A (innehavare av garage) försummat sin vårdplikt med påföljd att en B tillhörig bil, som enligt hyresavtal förvarades i garaget, skadats genom att olovligt användas av As son. — Omständigheterna i fallet var sådana att det kan anses naturligt att domstolen redogjorde för huru vårdplikten åsidosatts och inte föll tillbaka på exculperingsprincipen.

HD 1936 II 122: det hade ej framgått att den som mottagit båt till förvaring, försummat att iaktta den aktsamhet som skäligen kunde fordras, ersättning utdömdes ej då båten förstörts genom brand.

Se även *HD 1934 II 187:* det hade ej visats att butiksföreståndare genom bristfällig kontroll eller över huvud genom oaktsamhet skulle ha orsakat förlust (brist som översteg tillåten mätningsförlust); ersättningsanspråket förkastades.

Det är inte möjligt att utan en ingående granskning avgöra om det i de här refererade avgörandena förekom sådana särskilda skäl som motiverade en från exculperingsprincipen avvikande lösning.

Exculperingsregeln har i praxis utsträckts att gälla jämväl *medhjälpares* vållande (se även s. 344):

HD 1946 II 154 (ref. s. 381).

HD 1945 I 33: gäldenären hade ej visat att han själv eller hans medhjälpare varit fria från försummelse eller vårdslöshet, ersättning utdömdes (bil hade stulits från reparationsverkstad).

HD 1945 II 129, 1941 II 159 (ref. s. 344) och *1938 II 284:* borgenärens ersättningsanspråk godkändes då gäldenären ej visat att hans medhjälpare iakttagit erforderlig försiktighet.

Se även *HD 1964 II 53:* Bs bil hade inlämnats till As verkstad för rengöring, nattetid hade den olovligen tillgripits av en i Bs tjänst anställd bensinförsäljare C, som hade kommit åt bilnyckeln på grund av sitt anställningsförhållande till A; B krävde av A ersättning för den skada som C tillfogat bilen. A hade ej visat att han vid val och övervakning av medhjälpare samt vid övrig tillsyn gjort allt vad han kunnat för att undvika skada och ej heller gjort sannolikt att underlåtenhet eller vårdslöshet ej stannat hans personal till last beträffande bilens uppbevaring, varför ersättning utdömdes. — Den primära grunden för ersättningsskyldigheten var i detta fall bristande exculpering i fråga om gäldenärens eget vållande (culpa in eligendo och custodiendo), sekundärt åberopades personalens vållande, i fråga om detta har HD nöjt sig med att B ej gjort »sannolikt» att culpa ej varit för handen.

Frågan om bevisbördan har här berörts endast för att påvisa att det via exculpering har skett en inbrytning i culpareglen. Anledning föreligger därför inte att närmare analysera vilka omständigheter som i de av domstolarna avgjorda fallen motiverat olika ståndpunkt med avseende på culpabevisningen. Man kan förmoda att praktiska synpunkter ofta varit vägledande (se s. 287). I detta sammanhang är det tillräckligt att konstatera att rättspraxis, utan direkt stöd i lag, tillämpat exculperingsregeln: gäldenären har att styrka frånvaron av culpa, annars är han ersättningsskyldig.

Det bör likväl observeras att exculpering i de i det föregående berörda domstolsavgörandena förekommit endast i fråga om vissa ersättningssituationer. Gemensamt

för dem har varit att gäldenären i stöd av avtalet innehaft borgenären tillhörig egendom — såsom lån eller deposition, för transport eller reparation etc. Avtalsbrottet har bestått i att egendomen förstörts, skadats eller förkommit medan den varit i gäldenärens besittning.

Se även Rodhe § 20 vid not 28.

Däremot kan man inte i fråga om avtalsförpliktelser av annat slag i rättspraxis finna belägg för en exculperingsregel. Enbart rättspraxis synes därför inte ge ett tillräckligt stöd för en exculperingsregel som skulle gälla avtalsförpliktelser i allmänhet. Däremot talar andra skäl för en sådan regel (s. 286 f).

Oberoende av i huru stor omfattning exculperingsregeln de facto tillämpas och huru man motiverar densamma betyder den omständigheten, att regeln i inte ringa utsträckning erkänts, en uppmjukning av principen att vållande är en nödvändig förutsättning för ersättningsskyldighet i avtalsförhållanden.

Godenhielm, Uusi huoneenvuokralaki 178, framhåller att hyresvärds ersättningsskyldighet enligt HyresL § 15 (exculpering) närmar sig objektivt ansvar.

IV. Den oklarhet, osäkerhet och ofullständighet, som präglar frågan om förutsättningarna för gäldenärens ersättningsansvar, har bidragit till att ersättningsfrågorna i praktiken i stor utsträckning regleras genom *avtalsklausuler*. Dessa är vanligen av typer friskrivningsklausuler: gäldenären fritar sig från ansvar för följderna av särskilt angivna händelser och åtgärder. Dessa förbehåll kan ha avseende på omständigheter utanför gäldenärens kontroll eller på handlande eller underlåtenhet av gäldenären själv eller av personer som är hans medhjälpare. Avtalsklausuler av denna typ — olika utformade och med skiftande innehåll — förekommer främst i standardiserade avtal av typen köp, entreprenad, transportavtal etc.

Se s. 454 ff.

En riklig användning av ersättningsklausuler leder till att förutsättningarna för gäldenärens ersättningsansvar allmänt fixeras på ett annat sätt än culpraegeln gör. Därigenom begränsas dess tillämpningsområde ytterligare.

V. Av central betydelse för frågan om culparegelns faktiska tillämpningsområde är *domstolarnas motiveringar* i avgöranden rörande gäldenärens ersättningsskyldighet.

En detaljredogörelse för rättspraxis är knappast erforderlig i detta sammanhang. Det torde räcka med några generella konstateranden.

En genomgång av HDs trycka avgöranden (åren 1931—1970) ger stöd för följande allmänna konklusioner:

1) Ibland har HD använt formuleringar som ger vid handen att ersättningsansvaret grundats på gäldenärens *vållande*. Dessa avgöranden är relativt få. Hit hör även de fall då gäldenären befriats från ansvar emedan det inte kunnat klarläggas att han haft culpa.

Se bl.a. *HD 1969 II 64, 1936 II 122, 1934 II 187* (refererade s. 266); se även *HD 1955 II 45, 1947 II 39, 83, 1936 II 99.*

2) Frågan om gäldenärens vållande har klarast framträtt i *exculperingsfallen*. Det har gällt för gäldenären att visa, att han inte haft vållande och/eller att hans medhjälpare inte gjort sig skyldiga till fel eller försummelser. HDs motiveringar visar klart på en culpabedömning. Ersättningsskyldigheten har likväl inte grundats på gäldenärens culpa utan frånvaron av vållande hos gäldenären har tillagts relevans — befriat från ersättningsansvar.

Se ovan p. III och där refererade domstolsavgöranden.

3) En särskild grupp bildar de fall i vilka HD kort redogjort för i vilket eller vilka avseenden prestationen inte överensstämt med avtalet (dess handlingsnormer). Ersättningsskyldigheten har grundats på denna bristande överensstämmelse. Domstolen har konstaterat att ett *avtalsbrott förekommit* och specificerat detta. Gäldenärens eventuella vållande har inte nämnts i motiveringen åtminstone inte explicit.

Se bl.a. *HD 1967 II 97* (reparation hade utförts felaktigt), *1964 II 120* (entreprenadavtal, ref. s. 340), *1950 II 422* (speciesköp, fel i godset), *1940 II 53* (reparation, annat och sämre gods återlämnades).
Se även avgöranden rörande fel i köpgods, refererade av Taxell, JFT 1956 83 f.

HDs motiveringar ger inte klart besked därom huruvida domstolen i de nämnda och andra likartade avgöranden tagit ställning till frågan om gäldenärens culpa. Det är uppenbart att culpa förelegat i en del fall medan den saknats i andra. Väsentligt är att frågan om gäldenärens vållande skjutits åt sidan — åtminstone i domsmotiveringarna. Ersättningsskyldigheten har frigjorts från det subjektiva moment, som inneligger i varje culpabedömning, och gjorts beroende av det objektiva faktum att prestation och avtal inte överensstämmer med varandra.

4) I många fall har ersättningskrav ogillats med hänvisning till omständigheter för vilka *borgenären* har ansetts böra svara, t.ex. försenad reklamation.

Se t.ex. *HD 1939 II 306* (köp, försenad reklamation), *1944 II 188* (leverans, försummelse att undersöka godset); refererade s. 474.

I här avsedda fall har HD inte tagit ställning till frågan om gäldenärens culpa. Det

har blott konstaterats att prestationen inte varit avtalsenlig. Denna omständighet skulle måhända ha varit en tillräcklig förutsättning för ersättningsskyldighet om inte borgenärens uppträdande hade eliminerat grunden för ersättningskravet.

Inte heller *borgenärens vållande* har varit relevant i domstolsavgörandena. Försenad eller utebliven reklamation, försummad undersökning av avtalsobjektet etc. leder till att ersättningsanspråket går förlorat helt oberoende av borgenärens eventuella culpa med avseende på hans underlåtenhet att handla (s. 470 ff).

HDs avgöranden i avtalsrättsliga ersättningsfrågor och de motiveringar, som domstolen har använt, ger vid handen att culparegeln ingalunda intar någon klart dominerande plats.

8.2.3. *Sammanfattning. Alternativ till den traditionella culparegeln*

I. Utredningen i det föregående — om den traditionella culparegeln och om inbrytningar i densamma — ger anledning till några konstateranden av betydelse för ersättningsansvaret i avtalsförhållanden. Såsom sammanfattning och precisering kan man framhäva följande slutsatser:

1) I många fall har *lagen* uttryckligen gjort ersättningsansvaret beroende av gäldenärens vållande. För många avtalstyper saknas lagstiftning, i andra fall finns ofullständiga lagstadganden.

Rättspraxis ger inte en klar bild av culparegelns tillämpning. Bortsett från de fall, då ett lagstadgande är direkt tillämpligt, kan man säga att det i viss utsträckning förekommit att gäldenärens ansvar grundats på vållande. Culpabedömningen har främst fått plats i exculperingsfallen. Ibland har domstolarna underlåtit att i sina motiveringar fästa avseende vid gäldenärens vållande. Man har blott hänvisat till att avtalsbrott förekommit, vilket inte behöver utesluta att en culpabedömning skett.

Den traditionella culparegeln har en stark ställning i nordisk *doktrin*. Den uppfattas som en allmän ehuru inte undantagslös ersättningsnorm i avtalsförhållanden. Det förefaller som om denna principiella inställning till culparegeln — åtminstone för Finlands del — inte skulle motsvaras av regelns faktiska position i rättslivet. Culpatänkandet har ett fastare grepp om doktrinen än om rättstillämpningen.

2) Gäldenären ansvarar i regel för sina *medhjälpares fel och försummelser*. Vållande hos en medhjälpare i samband med avtalets fullgörande har i doktrin och rättspraxis tillagts samma verkan som gäldenärens egen culpa. Oklart är om det för medhjälpares del sker en vanlig culpabedömning eller om det är tillfyllest att fel eller försummelse förekommit hos viss medhjälpare eller i den verksamhet vari avtalets fullgörande ingår. Gäldenärens ansvar för sina medhjälpare betyder under alla omständigheter ett avsteg från kravet på vållande hos gäldenären personligen.

3) Ett *strikt ansvar* — oberoende av vållande hos gäldenären och hans medhjälpare — förekommer i viss utsträckning. Kretsen av de faktorer, som kan motivera ett sådant ansvar, har inte fixerats. Med undantag för de fall, som lagen uttryckligen reglerar, har det inte klarlagts när gäldenärens vållande har relevans och när strikt ansvar är för handen.

4) I sin praktiska tillämpning modifieras och begränsas culparegeln av den ståndpunkt som praxis intagit till *bevisbördan*. I rättspraxis har det i inte ringa omfattning krävts att gäldenären, för att undgå ansvar, bör exculpera sig och sina medhjälpare. Exculperingsregeln har huvudsakligen tillämpats i de fall då gäldenären i stöd av avtalet innehar borgenären tillhörig egendom. Genom exculperingen anknytes vållandet, processuellt sett, till frågan om befrielse från ansvar och inte till ersättningsskyldighetens materiella förutsättningar.

5) *Avtalspraxis* har i allt större omfattning kommit att reglera ersättningsansvaret. Friskrivningsklausuler har blivit allt vanligare. I dem framträder tanken på en generell ersättningsskyldighet för gäldenären från vilken skyldighet han fritar sig i de fall och under de förutsättningar som avtalet anger. I ett system med ersättningsklausuler har såväl culparegeln som det strikta ansvaret en blott begränsad räckvidd.[1]

Culparegeln måste ses mot bakgrunden av de slutsatser som här dragits. När man gör det, har man anledning att betvivla att culparegeln — såsom allmänt antagits — verkligen är att betrakta som en allmän ersättningsnorm i avtalsförhållanden.

[1] Betr. de här berörda problemen, se även L. E. Taxell, Om rättsskydd vid avtalsbrott (Festskr. Arnholm, 1969, 563—574).

II. Oberoende av huru man ser på den traditionella culparegeln har culpa och culpabedömning stor betydelse i avgöranden som gäller gäldenärens ersättningsskyldighet i avtalsförhållanden. Därav följer likväl inte att vållandet är eller bör vara en nödvändig förutsättning för ersättningsansvar. Man har anledning att klarlägga och överväga möjligheterna att på annat sätt precisera förutsättningarna för gäldenärens ersättningsskyldighet och att i det sammanhanget se frågan om culpa ur nya infallsvinklar.

När det gäller att bedöma vållandets betydelse för gäldenärens ersättningsansvar, kan man, enligt mitt sätt att se, gå två olika vägar:

1) Man godtar *culparegeln i traditionell utformning*. Gäldenären är ersättningsskyldig när han vållat avtalsbrottet och därmed den förlust som ersättningen skall täcka. Vållandet är en nödvändig betingelse för ersättningsansvar. De fall då ersättningsskyldighet förekommer utan culpa — strikt ansvar — betraktas som undantag från culparegeln. Då man i detalj klarlägger ersättningsansvaret, är en huvuduppgift att utreda när och under vilka förutsättningar man skall eller kan avvika från culparegeln till förmån för ett strikt ansvar.

En culparegel med denna innebörd utesluter inte ett ansvar för medhjälpare.

2) Man utgår från att ersättning skall betalas när avtalsbrott har förekommit och borgenären till följd härav inte har fått de ekonomiska förmåner som avtalet anger eller förutsätter. Ersättningsansvar kan ifrågakomma oberoende av anledningen till att en avtalsförpliktelse har åsidosatts. Utgångspunkten är att ersättning skall betalas då avtalet inte fullgjorts riktigt. Ansvaret grundas inte på gäldenärens eller hans medhjälpares vållande.

Culpan kommer in i bedömningen först i andra hand. Den är en »negativ» faktor i den meningen att *frånvaron av vållande befriar* eller kan befria gäldenären från ansvar. Culpabedömningen blir aktuell först i det skede då gäldenären invänder att han inte är ansvarig. Frånvaron av vållande framträder som en av de befrielsegrunder som gäldenären kan åberopa.

Också enligt detta alternativ finns det plats för ett *strikt ansvar:* gäldenären är ersättningsskyldig trots frånvaron av culpa hos honom och hans medhjälpare.

Det är möjligt att de två alternativen inte skiljer sig särskilt mycket från varandra med avseende på den praktiska tillämpningen. Olikheterna finns främst på det principiella planet. I det ena fallet betraktas *vållandet* som en nödvändig förutsättning för ersättningsansvar, i det andra uppfattas *frånvaron av vållande* som en befrielsegrund.

Även om skiljaktigheterna närmast är blott teoretiska kan en ändrad principiell inställning till den traditionella culparegeln likväl i realiteten komma att påverka avgöranden i avtalsrättsliga ersättningsfrågor. En skärpning av ersättningsansvaret kan tänkas inträda när man inte uppställer krav på culpa.

Den följande framställningen, vars syfte är att uppdra några allmänna riktlinjer för ersättningsansvaret, har byggts upp kring *alternativ 2.* Detta synes mig överensstämma med de slutsatser som dragits (I) beträffande culparegelns faktiska räckvidd.

Framför allt är ett ställningstagande beroende av *rättspolitiska* överväganden. Utan dem kan vållandets roll i ersättningsproblematiken inte fixeras på ett tillförlitligt sätt.

8.2.4. *Rättspolitiska synpunkter*

I de allmänna rättspolitiska bedömningarna av avtalsstörningar har uppmärksamheten fästs dels vid parternas faktiska behov av rättsskydd, dels vid rättssäkerheten (kap. I 3).

I vilken mån är dessa och andra rättspolitiska synpunkter relevanta för ersättningsskyldigheten i avtalsförhållanden? Vad kan i det avseendet sägas om den traditionella culparegeln?

I. Även med avseende på ersättningsansvar vid avtalsbrott bör man primärt ta sikte på *borgenärens* faktiska behov av rättsskydd. När borgenären inte alls eller inte

helt fått de ekonomiska förmåner, som avtalet förutsätter, uppstår för honom ett berättigat krav på kompensation. Avtalsersättningens syfte skall tillgodoses: borgenären bör, trots avtalsbrottet, i ekonomiskt avseende försättas i samma situation som om avtalet hade fullgjorts riktigt. Ersättningsreglerna bör utformas med tanke på att detta behov så bra som möjligt tillgodoses. Sett ur borgenärens synpunkt är det inte relevant huru avtalsbrottet framkallats — om det vållats av gäldenären eller dennes medhjälpare eller om det har andra orsaker.

Avtalet är, såsom tidigare framhållits, en form av samverkan för att uppnå det som parterna enats om. Denna samverkan består t.ex. i att den ena parten utför arbete för den andra, som betalar lön, eller att ägaren avstår en sak mot vederlag. Om den ena partens medverkan i det gemensamma företaget uteblir eller försvagas, kan detta rimligtvis inte vara utan följder. Parts bristande medverkan skall kompenseras — ersättas med något annat. Ersättningens motiv är utebliven eller bristande medverkan.

Denna synpunkt låter borgenärens krav på kompensation träda i förgrunden. Utgångspunkten är denna: den mot vilken avtalsbrottet riktar sig, skall ges rättsligt skydd. Denna målsättning harmonierar inte särskilt väl med culparegeln, som gör borgenärens rätt till ersättning beroende av gäldenärens vållande.

Den för borgenären naturliga lösningen är att ersättning ifrågakommer när avtalsbrott inträffat och detta lett till att han inte kommit i åtnjutande av avtalets ekonomiska förmåner.

Sedd ur en *gäldenärs* synvinkel är situationen en annan.

Genomförandet av borgenärens ersättningsanspråk kan ha allvarliga konsekvenser för gäldenären. Det ekonomiska utbyte, som han räknat med, kommer att reduceras eller kanske helt gå förlorat. I många fall innebär betalning av ersättning en kännbar ekonomisk börda, t.ex. om gäldenären tvingas ersätta förluster orsakade av avbrott i borgenärens rörelse. I den mån gäldenärens behov av skydd mot borgenärens ersättningsanspråk skall tillgodoses, sker det så, att ersättningsskyldigheten uteslutes eller begränsas.

Den konfliktsituation, som ett krav på ersättning vanligen innebär, får inte ensidigt bedömas ur den ena eller den andra partens synvinkel. Det måste ske en *avvägning* i vilken man ställer parternas behov av rättsskydd mot varandra. En sådan avvägning måste beakta faktorer av olika slag.

En väsentlig omständighet är denna: har gäldenären möjlighet att på någon annan (tredje man) överföra den förlust som uppkommer för honom när han betalar ersättning? Om kostnaderna genom överföringen direkt eller indirekt fördelas på många händer, kan man säga att det sker en pulverisering av ersättningen. Ifall en överföring kan ske, har gäldenären egentligen inte behov av skydd mot borgenärens ersättningsanspråk. Av hänsyn till gäldenären behöver restriktioner inte förekomma. Möjligen blir det aktuellt med ett skydd för tredje man.

Förlustöverföring kan ske på två olika sätt.

1) Det blir allt vanligare att förluster täckes av *försäkring* — skadeförsäkring eller ansvarsförsäkring.

Betr. ansvarsförsäkring i avtalsförhållanden, se särsk. Bengtsson, Om ansvarsförsäkring 297 ff, 533 ff. — Riska, JFT 1968 138—161.

Försäkringen tillfredsställer vardera partens skyddsbehov — borgenären får kompensation som gäldenären inte behöver betala. Oberoende av om försäkringen rättsligt sett gäller till förmån för borgenären eller gäldenären kommer ersättningsansvaret att övervältras på en utomstående — försäkringsgivaren. Samtidigt tillgodoses rättssäkerheten — ersättningens grund är klart fixerad genom försäkrinsgavtalet.

Undantagsvis leder försäkring till betalningsskyldighet för gäldenären enligt reglerna om försäkringsgivarens regressrätt, FörsAvtL § 25.

I förhållande till ersättningsansvaret är försäkringsansvaret primärt; gäldenären fritas från ersättningsskyldighet i den utsträckning som försäkringsbeloppet täcker borgenärens förlust.

Avseende kan även fästas vid en outnyttjad möjlighet att teckna försäkring. Ersättningsansvaret är i viss utsträckning beroende av en riskbedömning — vilken av parterna skall bära risken för att ett avtal inte fullgöres riktigt. Om gäldenären underlåtit att teckna försäkring, när sådan normalt förekommer, kan han anses ha påtagit sig en extra risk. Detta kan påverka bedömningen av hans ersättningsansvar.

Ifall borgenären underlåtit att teckna en försäkring, som normalt förekommer, kan gäldenärens ersättningsansvar eventuellt påverkas av borgenärens underlåtenhet att skapa försäkringsskydd.

Relationen mellan ersättning och försäkring beaktas inte i det följande.

2) En förlustöverföring kan även ske på det sättet att det ersättningsbelopp, som gäldenären betalar, blir en *kostnad* i gäldenärens företagsverksamhet. Denna kostnad fördelas i sista hand på företagets kunder. Den slås ut på priset för de tjänster som företaget erbjuder.

Situationen är i mycket densamma som i fråga om försäkring — även försäkringsersättningen bäres i sista hand av försäkringsbolagets kunder, försäkrings- och låntagare. I vartdera fallet sker förlustöverföringen genom en pulverisering av ersättningen.

Se Jan Hellner, Skadeståndsrättens reformering (SvJT 1967 673—724) 697 f.

Det sagda gäller närmast ersättningar av den art och omfattning att de kan uppfattas som driftskostnader. I fråga om stora och helt oväntade ersättningar kan läget de facto vara ett annat — en pulverisering är inte möjlig att genomföra, åtminstone inte i full utsträckning.

Den omständigheten att en ersättning kan pulveriseras inom gäldenärens företags-

verksamhet innebär att gäldenärens behov av skydd mot borgenärens ersättningsanspråk inte är lika starkt som i det fall att gäldenären i sista hand själv belastas med ersättningsbeloppet.

Ofta är en *överföring inte möjlig*. Gäldenären måste själv definitivt stå för den förlust som betalning av ersättning skulle orsaka honom. Det är främst i dessa situationer som en avvägning mot varandra av parternas skyddsbehov måste ske.

Det är inte möjligt att exakt och uttömmande ange alla de faktorer som kan påverka gäldenärens ersättningsskyldighet. Detta är uteslutet redan av den orsaken att de avtalsförhållanden, i vilka det kan bli fråga om ersättning, är så olika att man inte kan bedöma alla enligt enahanda regler. Det är sålunda uppenbart — det har bekräftats av lagstiftning och praxis — att gäldenärens vållande i en del fall bör tillmätas relevans i andra inte utan att man alltid bestämt kan säga om culpan påverkar ersättningsansvaret eller inte.

Den följande utredningen avser att analysera faktorer som *kan* påverka ersättningsansvaret inom ramen för en bedömning av parternas rättsskyddsbehov. Bedömningen utgår från att borgenären har ett på avtalet grundat och av avtalsbrottet aktualiserat ersättningskrav vilket kan uteslutas eller reduceras av hänsyn till gäldenären.

II. Ersättningsreglerna bör även tillgodose *rättssäkerheten*. Detta är väsentligt för bägge parter.

Se Ussing 108, Arnholm III 272.

Här möter man två betydelsefulla moment: förutsebarhet och prevention.

1) Båda avtalsparterna har fördel av ett kunna *förutse* i vilka situationer och i vilken omfattning ersättningsskyldighet kan ifrågakomma. Ur rättssäkerhetssynpunkt är det otillfredsställande att låta ersättninsgansvaret bero enbart av en prövning in casu. Gäldenären bör kunna veta vilka följder han tar på sig om han inte fullgör avtalet riktigt. För borgenären är det av betydelse att veta om han vid ett eventuellt avtalsbrott kan räkna med ersättning eller inte. Härav beror den ekonomiska risk som han påtar sig genom avtalet. Även när borgenären efter inträffat avtalsbrott skall välja mellan olika påföljder, är han betjänt av att veta under vilka förutsättningar han kan kräva ersättning.

Man bör sålunda eftersträva fasta och klara regler som lätt kan tillämpas. Vid sidan härav är det, med avseende på rättssäkerheten, av underordnad betydelse om reglerna är stränga eller milda.

Culparegeln erbjuder ofta en mycket liten förutsebarhet. I bedömningen av om vållande är för handen eller inte ingår obestämda subjektiva värderingar, låt vara att man eftersträvar en objektiv culpabedömning. Det kan även vara svårt att bevisa

att vållande är för handen eller att sådan saknas (exculpering). Resultaten av domstolens bevisprövning med avseende på vållande är ofta vanskliga att förutse.

Med tanke på förutsebarheten är strikt ansvar uppenbarligen att föredra framom culpa-ansvar.

Arnholm III 272: en regel om objektivt ansvar skapar ökad säkerhet i rättsförhållandena.

2) Det har ofta sagts att ersättningsreglerna bör utformas så att de är ägnade att *förebygga* avtalsbrott. Man har särskilt understrukit culparegelns preventiva funktion: gäldenären tvingas till omsorg och försiktighet då vårdslöshet kan påföra ersättningsskyldighet.

Preventionssynpunkterna har — särskilt med avseende på ersättning utanför avtalsförhållanden — starkt understrukits av Ussing, Erstatningsret 9 ff och även av A. Vinding Kruse, Erstatningsretten 25. — Jfr Hellner, SvJT 1967 698 ff och där nämnd litteratur; Hellner ifrågasätter skadeståndets preventiva funktion, han framhåller att det säkerligen är omöjligt att genom empiriska undersökningar fastställa om skadeståndsreglerna generellt sett har preventiv effekt, däremot är det troligt att man genom en undersökning av särskilda situationer kan skapa en säkrare grund för bedömningen (709); Hellner har bemötts av Karlgren i uppsatsen Skadeståndsrättens reformering och allmänpreventionen (SvJT 1968 695—706). — Se även Riska, JFT 1968 142 ff, Grönfors, Apportionment of Damages 97 f, Andersen, Skadeforvoldelse 15 ff.

Det har aldrig, såvitt jag vet, empiriskt undersökts om culparegeln bidrar till att avtal fullgöres och huru långt regelns preventiva verkan i så fall sträcker sig. Man kan förmoda att regeln har en viss förebyggande verkan. Det är dock osäkert om dess preventiva funktion är större än andra ersättningsreglers. Det är tänkbart att ersättningsnormer av annat slag än den traditionella culparegeln kan ha en minst lika stark förebyggande verkan. Det förefaller inte osannolikt att en mot gäldenären strängare regel än culparegeln — t.ex. en regel om strikt ansvar — i den mån den över huvud påverkar gäldenärens beteende, leder till att part vidtar effektivitets- och försiktighetsåtgärder inte bara när det gäller hans eget och hans medhjälpares handlande utan även för att skydda sig mot utomstående faktorer som kan tänkas försvåra eller omintetgöra fullgörandet av avtalsförpliktelser.

I skenet av det som här anförts förefaller påståendet att culparegeln skulle ha en så stark preventiv verkan, att den i det avseendet vore överlägsen andra ersättningsregler inte att vara tillförlitligt underbyggt — åtminstone inte i avtalsförhållanden. Hotet om ersättningsansvar kan eventuellt minska riskerna för avtalsbrott. Ersättningsreglernas närmare utformning förefaller däremot att vara av underordnad betydelse för preventionen.

Preventionshänsynen kan enligt min tanke sålunda inte åberopas som argument för den traditionella culparegeln.

Det är inte helt uteslutet att ersättningsreglerna över huvud — oberoende av innehåll och stränghet — inte har någon påtaglig preventiv verkan.

Se — utöver ovan nämnd litteratur — Jørgensen, Erstatning for personskade 278 ff, som är starkt kritisk till preventionshänsynen.

III. Utöver rättsskydd och rättssäkerhet kan man framhålla andra faktorer som borde beaktas när ersättningsregler utformas. Följande omständigheter kan nämnas.

Ofta är ersättningsansvaret klart, varemot borgenärens reella möjligheter att få ut ersättning kan vara tvivelaktiga. *Försäkring* ger borgenären den bästa tryggheten.

En allmän rättspolitisk fråga, som inte skall dryftas i detta sammanhang, är huruvida man vill ha stränga eller milda ersättningsregler. Bedömningen härav beror på ett flertal omständigheter. Av relevans är bl.a. huruvida och i vilken utsträckning borgenären eller gäldenären kan få skydd genom försäkring.

Se bl.a. de synpunkter som framföres av Stig Jørgensen, Skærpet erstatningsansvar (UfR 1961 81—96).

Genom schematiska regler kan man minska antalet rättegångar vilka ofta är tidsödande och dyra. *Processekonomiska* skäl talar för en standardisering.

Ersättningsansvaret kan begränsas genom *avtalsklausuler*. Detta pekar på möjligheten att ha strängare regler i avtalsförhållanden än för utomkontraktuell ersättning.

IV. Man kan, såsom i det föregående gjorts, peka på olika omständigheter som borde beaktas när man försöker fixera ersättningsregler i avtalsförhållanden. En annan sak är att det inte förefaller möjligt att uppställa regler som ens närmelsevis skulle tillgodose alla de skiftande rättspolitiska syftena.

Den konflikt, som framträder i borgenärens och gäldenärens mot varandra stående krav på rättsskydd, kan sällan lösas utan en *kompromiss* i vilken man mot varandra väger parternas intressen och behov av skydd. Eftergifter måste göras åt bägge håll. I den mån avvägningen bygger på omständigheter och bedömningar in casu — vilket visat sig nödvändigt i praktiken — blir avgörandena osäkra och svåra att med bestämdhet förutse. Kravet på rättssäkerhet blir åsidosatt.

Ersättningsansvarets dilemma framträder i den problematik som här antytts. De rättspolitiska synpunkterna måste tjäna som bakgrund och vägledning när man formulerar allmänna eller speciella ersättningsregler eller drar upp riktlinjer för bedömandet av gäldenärens ersättningsansvar. De har likaså relevans i konkreta avgöranden i ersättningsfrågor. Utgångspunkten och grunden för bedömandet av frågor rörande gäldenärens ersättningsskyldighet och borgenärens motsvarande krav står att söka i de rättspolitiska faktorerna och inte i en allmän culparegel.

Frågan om förutsättningarna för gäldenärens ersättningsansvar har ett nära samband med och påverkas av de regler som gäller *ersättningens omfattning*.

Principen om full ersättning kombinerad med stränga ansvarighetsregler leder till att gäldenärens skyddsbehov blir förbisett. Om man, för att hindra detta, mildrar ansvarigheten, kommer borgenärens rättsskydd lätt i kläm. Modifierar man däremot principen om full ersättning, möjliggöres en avvägning av parternas rättsskyddsbehov. Konsekvenserna av stränga regler rörande betingelserna för ersättningsansvar kan man mildra genom att begränsa ersättningens omfattning — man ersätter endast vissa förluster, eller ersättningsbeloppet jämkas.

De riktlinjer för ersättningsansvaret, som uppdras i det följande och som är rätt stränga mot gäldenären, betingar som motvikt att principen om full ersättning modifieras (s. 363 ff).

8.3. Riktlinjer för ersättningsansvaret

8.3.1. *Allmänt*

I. De synpunkter och överväganden, som i det föregående redovisats (8.2.), tjänar som allmän bakgrund för bedömningen av gäldenärens ersättningsskyldighet. Den följande framställningen syftar inte till att fixera konkreta och detaljerade ersättningsregler. I den mån det över huvud är möjligt att uppställa sådana regler i avtalsförhållanden, måste de grundas på en ingående analys av olika avtalstyper och av olika slag av avtalsbrott. Denna analys har inte utförts.

Syftet med den utredning och diskussion, som följer, är dels att ange ett *schema* — en modell — för gäldenärens ersättningsansvar, dels att framhäva olika *faktorer* som kan påverka ersättningsansvaret. Uttryckt på ett annat sätt: det är fråga om *allmänna riktlinjer* för avtalsersättningens grund och förutsättningar (ersättningsansvaret).

Följande *allmänna schema* uppställes:

1) Man *utgår från* att gäldenären är skyldig att betala ersättning när det konstaterats, dels att ett avtalsbrott förekommit, dels att borgenären till följd härav inte alls eller inte i full omfattning blivit eller blir delaktig av de ekonomiska förmåner som avtalet förutsätter. I den meningen grundas ersättningsansvaret på avtalet. I detta skede fäster man inte avseende vid avtalsbrottets art eller orsaker — sålunda är gäldenärens eventuella vållande tillsvidare irrelevant. Rättspolitiskt sett är det fråga om *borgenärens* faktiska behov av *rättsskydd* i det läge som avtalsbrottet åstadkommit. Riktlinjerna för ersättningsansvaret uppdras i syfte att tillgodose detta behov.

2) I andra hand har man att pröva om det föreligger någon omständighet som *kan utesluta* ersättningsskyldighet. Det är fråga om faktorer av olika slag: styrkt frånvaro av vållande hos gäldenären (exculpering), force majeure eller andra prestationshinder etc. I detta sammanhang beaktar man *gäldenärens* faktiska behov av *rättsskydd*. Man tar främst sikte härpå när det gäller att ange faktorer som utesluter ansvar.

Det angivna schemat bygger på en av rättspolitiska faktorer betingad avvägning mot varandra av parternas behov av rättsskydd samt av parternas ekonomiska intressen och risker. För denna avvägning är det viktigt att finna linjer som även befordrar rättssäkerheten.

Man löser inte in casu några ersättningsfrågor i stöd av ett allmänt schema. Detta anger endast de generella riktlinjer, enligt vilka gäldenärens ersättningsskyldighet bör bedömas, samt den ram inom vilken man har att gruppera och analysera de faktorer som i något avseende kan påverka ersättningsansvaret. Schemat *systematiserar* förutsättningarna för ersättningsansvar i avtalsförhållanden.

Det är angeläget att understryka, att ett teoretiskt ersättningsschema inte får hindra lösningar som kan falla utanför den angivna ramen. Särskilda skäl kan motivera avvikelser från schemat. Systematiken är intet självändamål. Den följande framställningen visar att avvikelser är motiverade.

II. Finns det i det schema, som skisserats i föregående punkt, plats för de gängse begreppen och termerna culparegel och strikt ansvar? Behövs det en gruppindelning av ansvarighetssituationerna?

Med vissa modifikationer är svaren jakande.

Under alla omständigheter är frågan om betydelsen av gäldenärens vållande en av de mest centrala med avseende på förutsättningarna för ersättningsansvaret. Detta gäller oberoende av vilken inställning man har till den traditionella culparegeln. Man kan, främst med avseende på vållandets relevans, skilja mellan tre former av ersättningsansvar i avtalsförhållanden: culpa-ansvar, strikt ansvar och — såsom en mellanform — ansvar för medhjälpare.

1) *Culpa-ansvar* omfattar de fall då gäldenärens eget vållande har betydelse för ersättningsansvaret.

Användandet av termen culpa-ansvar betyder inte att man godtar culparegeln i traditionell mening — den princip enligt vilken gäldenärens vållande är en nödvändig och tillräcklig förutsättning för ersättningsskyldighet. Culpa-ansvar innebär blott att vållandet är relevant när man in casu har att bedöma om gäldenären är ersättningsskyldig eller inte. Enligt det allmänna schemat för ersättningsansvaret uppfattas frånvaron av vållande som en faktor, vilken kan utesluta gäldenärens ansvar. Culpa-ansvar säges vara för handen när gäldenären genom exculpering kan befria sig från ersättningsskyldighet (indirekt culpa-ansvar). Culpa-ansvaret inkluderar även de undantagsfall då styrkt vållande hos gäldenären är en betingelse för ansvar (direkt culpa-ansvar). De två grupperna står i realiteten nära varandra. I bägge fallen är vållandet relevant. Det föreligger culpa-ansvar.

Se närmare s. 280.

2) *Strikt ansvar* innebär att ersättningsansvaret är frikopplat från vållande på gäldenärens sida. Frånvaron av vållande hos gäldenären eller av fel och försummelser hos hans medhjälpare utesluter inte ersättningsansvar. Däremot kan andra faktorer, t.ex. force majeure, eliminera gäldenärens ansvar.

3) Med *ansvar för medhjälpare* menas att gäldenären är ersättningsskyldig på basen av sina medhjälpares fel eller försummelser.

Detta ansvar har ett nära samband med culpa-ansvaret. Sambandet framträder däri att gäldenärens ansvar inte kan uteslutas blott på den grund att han inte själv har vållande. Befrielse från ansvar förutsätter ytterligare att det inte förekommit fel eller försummelser hos hans medhjälpare. Ansvaret för medhjälpare är egentligen ett vidgat culpa-ansvar: gäldenären svarar för sina medhjälpares fel och försummelser på samma sätt som för eget vållande.

Frågan om medhjälpares fel och försummelser är inte aktuell när gäldenärens ansvar är strikt.

Det är inte möjligt och inte ens önskvärt att dra skarpa gränser mellan de olika ansvarighetsformerna. Ofta flyter de omärkligt in i varandra. Förhållandet kan närmast uppfattas så att det finns en bred ansvarighetssektor — från ett begränsat culpaansvar till ett rent strikt ansvar — inom vilken det ges utrymme för varierande bedömningar beroende på avtalstyp, avtalsbrottets natur, gäldenärens personliga kvalifikationer m.fl. omständigheter. Systematiskt och framställningstekniskt är det likväl rationellt att följa den angivna tredelningen.

III. Inom den här angivna allmänna ramen för ersättningsskyldighet i avtalsförhållanden finns det inte anledning att använda begreppet *rättsstridighet*. Man vinner intet på att i resonemanget om ersättningsansvarets förutsättningar dra in den oklara läran om objektiv rättsstridighet. För att ersättningsansvaret skall aktualiseras är det tillräckligt att konstatera, att ett avtalsbrott förekommit. Huruvida detta kan betecknas som rättsstridigt eller inte är irrelevant. Det synes inte heller ändamålsenligt att lösa problem, som gäller befrielse från ansvar i avtalsförhållanden, med ledning av rättsstridighetskriterier.

Jfr Kivimäki — Ylöstalo 373: det kontraktuella ansvaret bygger vanligen på rättsstridighet, d.v.s. en avtalskränkning. — Se betr. rättsstridighetsproblematiken bl.a. Karlgren, Skadeståndsrätt 67 ff, Ussing, Erstatningsret 18 ff, 79 ff.

Även frågan om *adekvans* bör i princip avskiljas från spörsmålet om ersättningsansvarets förutsättningar. Detta överensstämmer med den principiella inställning som i detta arbete lagts till grund för ersättningsansvaret (s. 257).

Däremot är adekvansbedömningen relevant när man in casu skall fixera ersättnin-

gens belopp. Frågan om adekvans kan hänföras till de problem som gäller ersättningens omfattning (8.4.). Adekvansproblemet blir aktuellt när man har att bestämma den skada och därmed den förlust som gäldenären skall kompensera för att borgenären skall komma i åtnjutande av avtalets ekonomiska förmåner. Därvid blir det fråga om i vilken utsträckning frångången vinst skall ersättas, vilka ersättningsgilla kostnader som avtalsbrottet orsakat etc.

Allmänna synpunkter på adekvansproblematiken, Saxén, Adekvans och skada 24 ff, Rodhe § 28 vid not 11 ff, Jørgensen, Erstatning for personskade 107 f, Ussing 144 f.
Se även den engelska rättens »remoteness of damage», Chitty I nr 1450 ff.

Adekvansproblemet kommer inte att behandlas i detta arbete.

8.3.2. *Culpa-ansvar*

I. *Culpa-ansvar* innebär — såsom tidigare framhållits (s. 278) — att gäldenärens eget vållande har betydelse för ersättningsansvaret. Enligt denna vida definition framträder culpa-ansvaret i två varianter.

1) Med utgångspunkt i det allmänna ersättningsschema, som ovan angivits (s. 277), och de rättspolitiska faktorer, som bildar grund för detsamma, har vållandet endast *indirekt* betydelse: gäldenären befrias från ersättningsskyldighet när han visar att han inte vållat avtalsbrottet. Avsaknaden av culpa är det faktum som har rättslig relevans. Detta kan in casu betyda att gäldenären kommer att ansvara utan culpa, nämligen i de fall då vållande de facto inte är för handen, men gäldenären likväl inte kan bevisa detta.

Den situation, som föreligger när culpa-ansvaret är indirekt, har — i överensstämmelse med den traditionella culpa-regeln — uppfattats så, att man presumerar att gäldenären har culpa när ett avtalsbrott förekommit. Man har använt termen presumtionsansvar. Gäldenären befrias från ansvar, om han kan häva presumtionen — visa att han inte vållat avtalsbrottet. I detta arbete är utgångspunkten en annan. Culpa presumeras inte. Man förutsätter ingenting i fråga om orsaken till avtalsbrottet eller om gäldenärens relation till detta. Det faktum att ett avtalsbrott förekommit är tillräckligt för att aktualisera ersättningsskyldigheten. Termen presumtionsansvar är därför obrukbar.

2) Ibland har vållandet *direkt* betydelse för ersättningsansvaret: för att ersättningsskyldighet skall inträda fordras att gäldenären verkligen vållat avtalsbrottet. Det måste bevisas att culpa förekommit. Denna lösning avviker från det allmänna schemat. I det avtalsbrott, som aktualiserar gäldenärens ersättningsskyldighet, inlägger man ett krav på culpa hos gäldenären.

I det följande redogöres först för omständigheter som kan betinga culpa-ansvar (II, III). Avseende fästes i allmänhet inte vid distinktionen mellan de två varianterna av culpa-ansvar.

Efter detta följer (IV) ett ställningstagande till frågan: när har man att följa det allmänna schemat (indirekt culpaansvar) och när är vållandet en nödvändig betingelse för ansvar (direkt culpa-ansvar). I samband härmed behandlas bevisbördan (V).

Undantagsvis är det endast kvalificerat vållande som har relevans (VI).

II. *Lagen* har i stor utsträckning gjort ersättningsansvaret beroende av gäldenärens vållande.

Betr. inhemsk lagstiftning samt nordisk doktrin och lösningar i utomnordisk rätt, se s. 259 f. — Rättspraxis s. 265 f.

I många fall binder lagstadganden uttryckligen ersättningsansvaret vid gäldenärens culpa, t.ex. HB 12: 2, HyresL § 20 m. 1, SjöL §§ 118 och 130. Olika formuleringar användes. Kravet på culpa är likväl klart.

I andra fall kan man ur lagstadganden endast indirekt utläsa att gäldenären har culpa-ansvar. Detta kan framgå av att lagen knyter ersättningsskyldighet till bestämda åtgärder, som närmast är att uppfatta som en konkretisering eller exemplifiering av vållande, t.ex. HB 18: 3. Ibland är culpa-ansvaret en konsekvens av lagens stadganden om vårdplikt och om dess närmare innebörd. Culpa är därvid ett rekvisit i själva avtalsbrottet, t.ex. HB 10: 4 (»ej rätteliga vårdadt»), 11: 1 (»ej må lån missfaras»), HyresL §§ 20, 21, JordlegoL § 10, SjöL §§ 101 m. 1 och 171 m. 1.

I de fall då lagen reglerar parts skyldigheter i avtalsförhållanden — andra än de i det föregående nämnda lagrummen — blir det ofta beroende av en tolkning om lagen kan anses binda ersättningsansvaret vid culpa eller om detta inte är fallet. Härvid kan man få vägledning i de synpunkter som har avseende på culpa-ansvar utan stöd i lag (III).

Jfr betydelsen av culpa och dess olika grader — svek, uppsåt, grov vårdslöshet, försummelse — i försäkringsrätten; bl.a. FörsAvtL §§ 18, 21, 23, 25.

Gemensamt för de lagrum, som här nämnts, är att de direkt eller indirekt berör gäldenärens *vårdplikt*. Vårdansvaret har bundits vid culpa.

Beträffande transporträttens vårdansvar är lagens stadganden i viss mån olika med avseende på kravet på culpa.

Det har sagts att sjörättens vårdansvar utsprungligen var ett strikt ansvar med undantag för force majeure. Gällande SjöL bygger likväl på culpaprincipen — fel eller försummelse av bortfraktaren eller hans medhjälpare (SjöL § 118); se V i h m a, Festskr. Kivimäki 430 f.

Lufträttens vårdansvar har påverkats av sjörättens regler, det är i princip ett culpa-ansvar, se LuftbefordrL § 20.

I järnvägstransporträtten är vårdansvaret i princip frigjort från fraktförarens (järnvägens) eller hans medhjälpares culpa, ansvaret är strikt, se JärnvTrafikS § 87; det förekommer likväl befrielsegrunder utöver dem som gäller för strikt ansvar i allmänhet (se s. 124); Vihma, Festskr. Kivimäki 433.

Betr. det här berörda vårdansvaret inom transporträtten och den utveckling, som där försiggått, se Grönfors, Allmän transporträtt 68 ff, 108 f, Successiva transporter 43 ff.

Även transporträttens dröjsmålsansvar är ett culpa-ansvar, SjöL §§ 130, 147, LuftbefordrL § 20 (jfr § 19), JärnvTrafikS § 93 p. 3. — Se Vihma, Festskr. Kivimäki 431 ff, 440 f, Hoppu 67 f, Grönfors, Successiva transporter 50 ff, Allmän transporträtt 108 f.

I detta sammanhang kan nämnas att det förekommer fall i vilka inte ens gäldenärens culpa betingar ansvar. Posten är t.ex. inte ansvarig när försändelser försenas. Detta synes gälla även när dröjsmålet berott på vållande. Helt undantagslös kan regeln dock knappast vara.

Poststadga 22.9. 1944 § 51. — Se även LuftbefordrL § 20 m. 2.

III. Culpa-ansvar är ofta för handen *utan stöd i lag.*

Det är inte möjligt att generellt ange vilka omständigheter som kan betinga culpa-ansvar. Man kan likväl framhålla några fakta och situationer som låter culpa-ansvaret framstå som den naturliga lösningen. De synpunkter, som kommer fram i det följande, är inte uttömmande.

Gäldenären kan ha åsidosatt en avtalsenlig *vårdplikt.* Gäldenären har brustit i den omsorg som skäligen kan krävas av honom eller av en person i hans ställning. Vården avser vanligen egendom som gäldenären innehar. I vidsträckt mening kan vårdplikten omfatta jämväl uppdrag, t.ex. en mellanmans skyldighet att med omsorg utföra den uppgift som huvudmannen anförtrott honom (ifall HB 18 kap. inte direkt kan tillämpas).

När påföljderna av en åsidosatt vårdplikt reglerats i lag, har ersättningsskyldigheten vanligen bundits vid gäldenärens vållande (II). Det ligger nära att anta, att samma ordning skall gälla även när lagstadganden saknas.

Även rättspraxis styrker uppfattningen att ersättningsskyldigheten, när en vårdplikt har åsidosatts, är beroende av gäldenärens vållande.

Se domstolsavgöranden nämnda s. 265 f.

Som stöd för uppfattningen att vårdplikten förutsätter culpa-ansvar kan man anföra att utvisandet av omsorg, vilket ingår i gäldenärens avtalsförpliktelse, betyder att gäldenären inte gör sig skyldig till vårdslöshet eller försumlighet. Bristande omsorg (vård) är liktydig med culpa. Avtalsbrottet inkluderar vållande.

Vårdplikten framträder inte alltid som en självständig förpliktelse. Den kan vara kombinerad med och ingå i gäldenärens huvudförpliktelse på ett sådant sätt, att den i fråga om ansvarets förutsättningar bör bedömas på samma sätt som denna. I sådana

fall är det inte givet att culpa-ansvaret är det riktiga. Problemet framträder t.ex. vid i lag icke reglerade transportavtal beträffande vilka strikt ansvar kan tänkas ifrågakomma (se s. 296 ff).

Frågan om gäldenärens åsidosättande av en vårdplikt bör beträffande egendom, som gäldenären innehar, även ses i relation till spörsmålet om risken (faran) för avtalsobjektet. När detta skadas eller förstöres till följd av en omständighet, som inte beror på gäldenärens, borgenärens eller deras medhjälpares vållande, drabbar det ekonomiska ansvaret den av parterna som står faran för egendomen.

Allmänt om detta problem s. 90, samt Rodhe § 3 vid not 9, § 31, Bengtsson, Om ansvarsförsäkring 186 ff.

Betr. hotells ansvar för gästernas egendom, se Jørgensen — Wanscher, Juristen 1967 438 f. — Se även *HD 1966 II 98* (ref. s. 000).

När avtalet förutsätter *personliga prestationer*, är det naturligt att culpa-ansvar är för handen. Prestationen kan i dessa fall inte ersättas med en annan om den t.ex. omöjliggöres av omständigheter som inte beror på gäldenären — sjukdom etc. Man kan även förmoda att borgenären inte räknar med ersättning när utebliven eller felaktig personlig prestation inte berott på gäldenären.

De flesta avtal hörande till denna grupp är arbetsavtal eller ombudsavtal beträffande vilka lagen stipulerar culpa-ansvar — ArbAvtL § 51 och HB 18: 3. Därutöver förekommer i lag icke reglerade avtal, som kan förutsätta personliga prestationer, t.ex. arbetsbeting med förbehåll att arbetaren (tillverkaren) själv utför arbetet.

Följande domstolsavgörande, som närmast gäller ett arbetsavtal, kan belysa frågeställningen:

HD 1951 II 62: A hade varit anställd i Bs affär och tillfälligt utan särskilt avtal fungerat som butiksföreståndare; B krävde ersättning för brist, som vid inventering konstaterats i lagret, talan förkastades då det ej visats att bristen uppkommit genom As vållande och då med A ej heller ingåtts sådant avtal som B vanligen ingick med sina butiksföreståndare; min. (2) ansåg att A borde ansvara för den brist som uppstått under hans tid som föreståndare. Jfr *HD 1960 II 104.*

Läkare, som företar en operation eller ger en patient behandling, kan inte anses ansvarig utan culpa trots att han är fackman (fackmannaegenskapen förutsätter ofta strikt ansvar, s. 300). — Se bl.a. *HD 1955 II 129* (vållande vid operation).

Problemet läkares (och sjukhus') ansvar för begångna fel skall inte närmare beröras i detta sammanhang. Förhållandena är i många avseenden speciella och skiljer sig från de situationer som gäller egentliga avtalsförhållanden. — Se betr. dessa problem Jørgensen — Wanscher, Juristen 1967 429 ff, Andersen, Skadeforvoldelse 175 ff.

Det bör ytterligare framhållas att den omständigheten att gäldenären personligen skall fullgöra en avtalsförpliktelse ingalunda alltid eller enbart för sig leder till att ansvaret för avtalsbrott är ett culpa-ansvar. Andra omständigheter kan spela in och motivera ett strikt ansvar, t.ex. gäldenärens egenskap av fackman (se s. 300).

När *biförpliktelser* åsidosatts, är det ibland naturligt att bedöma ansvaret som culpa-ansvar. Detta är t.ex. fallet när gäldenären handlat i strid med det allmänna lojalitetskravet. Detta kan knappast utsträckas längre än till den gräns där normal omsorg upphör och vållandet tar vid.

En generell regel om ansvar för åsidosättande av biförpliktelser kan likväl inte uppställas. Indelningen i huvudförpliktelser och biförpliktelser är i och för sig inte avgörande för om ansvaret är ett culpa-ansvar eller inte.

Se Arnholm III 274.

Den omständigheten att gäldenären är den *svagare parten* i ett avtalsförhållande, kan motivera att ersättningsskyldigheten bindes vid vållande.

Detta överensstämmer med lagens reglering av t.ex. hyresavtal och arbetsavtal.

Avseende kan även fästas vid *gäldenärens person:* fullgör gäldenären avtalet såsom enskild person eller såsom utövare av en verksamhet vari avtalet ingår som ett normalt led. I det förra fallet, då gäldenären kanske inte alls anlitar medhjälpare, ligger det nära att inte åvälva ansvar för handlande eller underlåtande utanför gäldenärens direkta kontroll. Culpa-ansvar är ofta motiverat när borgenären inte utövar yrkesmässig verksamhet. I sådana fall får riskerna inte ensidigt läggas på gäldenären.

Jfr betr. ansvar i företagsverksamhet s. 303.
Se SchwOR Art. 99 m. 2, BernerKomm. 499 f.

Av betydelse är även om gäldenären enligt avtalet har rätt till *vederlag* eller inte. I gåvoavtal etc. kan man inte sträcka sig längre än till culpa-ansvar (s. 290).

De omständigheter, som nämnts i det föregående, pekar på ett culpa-ansvar, men de kan inte under alla förhållanden anses betinga att ersättningsskyldigheten bindes vid gäldenärens vållande. Man kan inte med ledning av vare sig prestationernas beskaffenhet, gäldenärens person eller andra särskilda omständigheter dra en skarp gräns kring området för culpa-ansvaret. Man kan blott framhålla faktorer som normalt betingar culpa-ansvar.

IV. Culpa-ansvarets närmare innebörd blir beroende av vilken betydelse man tillmäter gäldenärens vållande (s. 280) — *indirekt* (frånvaro av culpa befriar från ansvar) eller *direkt* (culpa är en betingelse för ansvar). Distinktionen har betydelse med avseende på bevisbördan: i det förstnämnda fallet har gäldenären att bevisa frånvaron av vållande, i det senare fallet bör borgenären visa att avtalsbrottet beror på gäldenärens vållande. Frågan om culpa-ansvarets närmare innebörd och spörsmålet om bevisbördan har ett nära samband.

Vilka regler eller riktlinjer gäller med avseende på culpa-ansvarets innebörd?

När culpa-ansvaret är reglerat i *lag*, kan denna ge anvisning.

Några stadganden i nyare lagar har uttryckligen godtagit det indirekta culpaansvaret, t.ex. HyresL § 15 m. 1 och § 16 m. 1 samt LuftbefordrL § 20. I något fall kan samma princip utläsas ur lagens formulering, t.ex. SjöL § 118.

Ibland har lagen använt formuleringar som närmast bör tolkas som direkt culpaansvar. För ansvar kräves positivt bevis om culpa, t.ex. enligt SjöL § 171 m. 2. Vållandet utgör en extra betingelse för ansvar.

I det stora flertalet fall får man inte av lagens stadganden om culpa-ansvar besked om ansvarets närmare innebörd. Genom att tolka lagens ord och formuleringar kan man knappast utreda ansvarets art. Andra omständigheter är avgörande.

Den följande framställningen bygger på det synbarligen riktiga antagandet att frågan om culpa-ansvarets närmare innebörd i de flesta fall står öppen.

Frågan om betydelsen av gäldenärens culpa aktualiseras i två principiellt olika typsituationer.

För det första kan vållande ingå som rekvisit i ett avtalsbrott. Enligt avtalet är gäldenären skyldig att iaktta viss omsorg — beträffande gäldenärens egendom (t.ex. vårdplikt vid lån eller deposition) eller i handhavandet av viss angelägenhet för gäldenären (t.ex. att såsom ombud åstadkomma bästa möjliga resultat).

För det andra är vållandet relevant för gäldenärens ersättningsansvar över huvud utan hänsyn till en bestämd skyldighet att visa omsorg (t.ex. ersättningsskyldighet på grund av utebliven prestation).

Betr. denna uppdelning, R o d h e § 20 vid not 27.

Med avseende på culpa-ansvarets innebörd — direkt eller indirekt ansvar — är det inte anledning att skilja åt de två fallen. De omständigheter, som talar för att frånvaron av culpa utesluter ansvar, synes mig i vartdera fallet vara desamma. Det faktum att vållandet ibland ingår som ett rekvisit i avtalsbrottet — åsidosättande av vårdplikt — motiverar inte i och för sig en bestämd lösning. Därtill kommer att en skyldighet att iaktta omsorg förekommer i de flesta avtalsförhållanden. Det är inte motiverat att i fråga om culpa-ansvarets innebörd dra en skarp gräns mellan olika typer av avtalsskyldigheter.

Culpa-ansvarets innebörd bestämmes primärt med ledning av det allmänna ersättningsschema, som i det föregående uppställts (s. 277), och av de rättspolitiska synpunkter som motiverat detta schema. Som *regel* bör man sålunda fastslå, att culpaansvaret är indirekt: frånvaro av culpa befriar gäldenären från ersättningsskyldighet.

Det sagda bör förtydligas. Vållande uppfattas inte som en betingelse för ersättningsskyldighet. Man resonerar *inte* på följande sätt: gäldenären har vållat avtalsbrottet, han bör därför ersätta den förlust som hans handlande eller underlåtenhet har osakat. Argumenteringen är i stället denna: borgenärens ersättningsanspråk grundas på av-

talet, borgenären bör få avtalsvärdet; beaktandet av gäldenärens vållande betyder att ersättningsansvaret uteslutes, om culpa inte är för handen.

Denna regel om indirekt culpa-ansvar har *undantag:* det förekommer fall då borgenären, för att få sitt ersättningsanspråk godkänt, bör visa att gäldenärens handlande eller underlåtenhet innefattar culpa. Dessa undantag är beroende av särskilda skäl. Lagstadganden bör ibland ges den innebörden att culpa-ansvaret är direkt (se SjöL § 171 m. 2). Avtalet eller prestationens beskaffenhet kan motivera att ansvar inte åvälves gäldenären utan styrkt culpa. En strävan att skydda den svagare parten i avtalsförhållandet kan leda till samma konklusion. Även de faktiska möjligheterna att bevisa culpa spelar in. Det är inte möjligt att generellt ange när och i vilken omfattning culpa-ansvaret undantagsvis är direkt.

Man kan t.ex. anse att det är patientens sak att bevisa att läkaren begått fel och inte läkarens skyldighet att exculpera sig; Jørgensen — Wanscher, Juristen 1967 432.

V. Det som i föregående punkt sagts om culpa-ansvarets innebörd, har återverkningar med avseende på *bevisbördan.*

Principen om indirekt culpa-ansvar betingar att gäldenären, om han vill undgå ersättningsskyldighet, har att styrka att vållande inte stannat honom till last. Gäldenären bör exculpera sig. Om gäldenären inte förmår göra detta, står utgångspunkten fast: gäldenären är ersättningsskyldig.

Ansvarighetsstadgandena i LuftbefordrL kan tjäna som *exempel:* §§ 17—19 åvälver fraktförare ansvar när skada drabbat passagerare eller gods, § 20 befriar från ansvar »där antagas må, att skadan icke orsakats genom fel eller försummelse av fraktföraren själv eller av hans folk i tjänsten».

Rättspraxis har i stor utsträckning ehuru ej konsekvent tillämpat en exculperingsregel.

Se s. 265 f.

Exculperingen har även starkt stöd i *doktrinen.*

Betr. finländsk doktrin, se. s. 264 f.

SvKöpL § 23 bygger på exculperingsprincipen, Hellner 86 f. Betr. olika typer av avtalsförpliktelser i svensk rätt, se Rodhe § 20 vid not 28, § 48 p. 4.

För dansk rätt har Ussing, 112 f, uttalat att gäldenären i allmänhet har bevisbördan för att han inte har culpa; han framhåller likväl att regeln kan genomföras när ersättningsanspråket föranledes av att prestation ej skett i rätt tid, men att den knappast utan vidare kan användas när det är fråga om felaktiga prestationer.

Enl. Arnholm, III 279, ger lagen ofta borgenären den lättnaden att det är gäldenärens sak att bevisa att culpa inte förelegat.

Enl. BGB §§ 282, 285 är gäldenären bevisskyldig med avseende på omständigheter, för vil-

ka han svarar, stadgandena gäller omöjlighet och dröjsmål; se Esser 208, 350, Fikentscher 218, denne anser att exculperingsregeln inte gäller »Schlechterfüllung» (249).

Exculperingsregeln har godtagits av SchwOR Art. 97 (»sofern er nicht beweist, dass ihm keinerlei Verschulden zur Last falle»), 103 och 106, som gäller »Nichterfüllung»; Berner-Komm. 488 f, von Büren 71.

Praktiska skäl talar för att bevisbördan regleras enligt exculperingslinjen.

Främst kan man hänvisa till svårigheterna för borgenären att visa att gäldenären i sitt handlande eller sin underlåtenhet brutit mot den för honom gällande aktsamhetsstandarden. Vanligen bör det vara lättare för gäldenären att leda i bevis att han inte brustit i nödig omsorg och försiktighet eller på annat sätt varit vållande till avtalsbrottet än för borgenären att styrka att gäldenären vållat avtalsbrottet. Den ordning, som praxis i stor utsträckning följt (s. 265 f), är i det avseendet naturlig och godtagbar.

Ytterst är det fråga om borgenärens rättsskydd. Hans faktiska behov härav skulle i många fall inte kunna tillgodoses, om man skulle lägga på honom den vanskliga uppgiften att styrka vållande hos gäldenären. Borgenären har att bevisa avtalsbrottet och ersättningens belopp (se dock s. 361). Gäldenärens rättsskydd tillgodoses så, att han får tillfälle att visa, att han inte har culpa och att han av den anledningen inte är ersättningsskyldig.

De olikartade omständigheter, som talar för en regel om exculpering i avtalsförhållanden, skall inte här närmare utredas; jag hänvisar främst till Halila, Todistustaakan jaosta 259 ff (särsk. 265—267) och där åberopad litteratur och praxis, samt Hakulinen 221 f. Se även Godenhielm, Uusi huoneenvuokralaki 117 f och där citerat utlåtande av HD om lagberedningens förslag till hyreslag (not 4), Vihma 84, Erma 326, Kivimäki — Ylöstalo 411.

Starka skäl talar sålunda för en *allmän exculperingsregel.* Denna gäller både när culpa-ansvaret är reglerat i lag — och annat inte följer av lagens stadganden — och när detta inte är fallet.

Man har sålunda att utgå från att borgenären bör exculpera sig för att undgå ansvar. Något särskilt stöd in casu för exculperingsregeln behövs således inte. Det är undantagen från densamma som kräver särskild argumentering.

Med denna utgångspunkt är det meningslöst att genom en tolkning av ord och formuleringar i lag försöka utröna vem som har bevisbördan.

Det har ansetts att exculpering inte bör tillämpas i det i HyresL § 20 reglerade fallet; det stadgas där att hyresgäst skall »ersätta all skada, som genom hans vållande åsamkas lägenheten». Denna formulering, jämförd med den som gäller hyresvärdens vårdplikt (att hålla lägenheten i skick) enligt § 16, vilket lagrum innehåller ett uttryckligt stadgande om exculpering, har ansetts ge vid handen att förutsättning för att hyresvärden skall få ersättning för vanskötsel av lägenheten är att han styrker, att hyresgästen vållat skadan; Godenhielm, Uusi huoneenvuokralaki 142 f. — Lagens formulering behöver inte nödvändigt leda till denna slutsats. Culpakravet i § 20 kan fattas på vanligt sätt — tillåta en tillämpning av

exculperingsregeln trots att detta inte särskilt sagts. Hyresgästen, såsom den i regel svagare parten i hyresförhållandet, bör kunna skyddas på annat sätt än genom att bevisbördan för culpa lägges på hyresvärden, det kan t.ex. ske genom att använda en relativt fri bevisprövning.

Regler om bevisbördans fördelning med avseende på gäldenärens vållande är *processuella*. De bestämmer dels parternas »bevisaktivitet» i rättegången dels följden av att ett faktum — glädenärens culpa — bevisas eller inte kan bevisas. Processuella normer får inte i och för sig vara avgörande när man har att fixera materiella förutsättningar för påföljderna av avtalsbrott. Men de facto återverkar de på bedömningen. Vad exculperingsregeln beträffar kan det konstateras att den överensstämmer med det schema som i detta arbete valts för bedömningen av gäldenärens ersättningsskyldighet: frånvaron av vållande, som gäldenären har att bevisa, är en omständighet som kan utesluta ansvar.

Principen om exculpering är borgenärsvänlig. Den tillgodoser borgenärens intresse i den meningen att borgenären inte behöver visa aktivitet på annat sätt än att han dels styrker att avtalsbrott förekommit, dels klarlägger grunderna för ersättningsbeloppets beräknande. Gäldenären har att bevisa sådant som kan befria honom från ansvar.

Exculperingsprincipen är inte undantagslös. Det har redan framhållits att det ibland kräves bevis för vållande innan ersättningsansvaret är tillräckligt underbyggt (direkt culpa-ansvar p. IV).

Det är knappast riktigt att följa ett helt schematiskt resonemang. Praktiska synpunkter måste ofta avgöra huru bevisbördan fördelas: är det lättare och naturligare för borgenären att bevisa att gäldenären vållat avtalsbrottet eller för gäldenären att styrka att han inte haft culpa? Grundlinjen bör man likväl inte förbise: styrkt frånvaro av culpa utesluter i princip ersättningsskyldighet.

Bevisbördan har intet samband med frågan därom *huru starka bevis* som bör presteras av gäldenären för frånvaron av vållande, eller av borgenären för förekomsten av vållande. Culpa betingas ofta av omständigheter som kan vara svåra att bevisa. När man sålunda säger att gäldenären är ansvarig, om han ej förmår visa att han inte vållat avtalsbrottet, behöver man ingalunda alltid kräva fullt bevis. Det kan vara tillfyllest att gäldenären gör sannolikt att vållande ej förekommit eller att han förebringar sådana omständigheter att domstolen på grundvalen av dem kan anta att vållande inte förelegat. Att kräva fullt bevis för frånvaron av culpa skulle ofta betyda att gäldenären saknar möjligheter att frita sig från ansvar. Bevisbedömningen måste beakta dels parts behov av rättsskydd, dels parts reella möjligheter att framlägga tillräckliga bevis.

Se SjöL § 118 (»där ej antagas må»), § 171 m. 2, LuftbefordrL § 20 m. 1; jfr HyresL § 15 m. 1 (»såframt ej hyresvärden visar»).

Exculpering förutsätter en vanlig *culpabedömning*. Det gäller för gäldenären att visa, att han vid fullgörandet av avtalet följt den aktsamhetsstandard som gäller för honom. Ofta sker detta indirekt på det sättet att gäldenären klarlägger att avtalsbrottet beror på omständigheter utanför hans verkningskrets — åtgärder av tredje man, force majeure etc.

Betr. culpabedömning, se s. 96 ff.

Exculpering kan även ske så, att gäldenären visar, att orsaken till att avtalet inte fullgjorts riktigt ligger hos borgenären eller hos någon för vilken borgenären ansvarar. I det avseendet kan man hänvisa till de av borgenären beroende omständigheter som kan utesluta strikt ansvar (s. 324 ff).

Se även SjöL §§ 92, 93, KonossementL § 4 p. 6.

I detta sammanhang kan nämnas att frågan om bevisbördan, när det gäller ersättning i avtalsförhållanden, har aktualitet även i andra avseenden än i fråga om gäldenärens culpa. Det kan gälla att avgöra om gäldenären skall ha bevisbördan eller ej för någon omständighet som är relevant för ersättningsskyldigheten, t.ex. force majeure. Problemet skall inte närmare utredas.

Följande avgöranden ger en antydan om frågeställningen:

HD 1952 II 51: från fartyg lossat gods hade upplagts i As magasin; då B senare mottog godset, saknades en del. B krävde ersättning. A kunde inte visa att bristen uppstått under sådana omständigheter att han ej ansvarade, varför ersättningsanspråket godkändes. — Enligt den ståndpunkt som HD intog borde A, för att gå fri från ersättningsskyldighet, ha visat att beträffande honom inte förelåg någon sådan omständighet (culpa eller annat) som kunde betinga ansvar. — Jfr *HD 1958 II 36:* det hade inte visats att inte de tunnor, i vilka tjära transporterades, skulle ha motsvarat de krav som bör ställas; på grund härav förkastades kravet på ersättning för den förlust som uppstått till följd av att tunnorna läckt.

Det har helt riktigt ansetts att gäldenären har bevisbördan för force majeure och annat prestationshinder som befriar från ersättningsskyldighet. — Se Halila, Todistustaakan jaosta 170, *HD 1948 II 186*, *1931 I 12*; se även *HD 1945 II 131*.

VI. Ibland har det ansetts motiverat att begränsa ersättningsansvaret genom att binda det vid *kvalificerat vållande* — uppsåt eller grov vårdslöshet.

Om kvalificerad culpa s. 100 f.

En sådan begränsning innebär en avvikelse från det allmänna culpa-ansvaret som i regel inte beaktar graden av vållande. Det är en allmän riktlinje för ansvar såväl i som utanför avtalsförhållanden att redan ringa vårdslöshet är relevant. För avvikelser härifrån måste särskilda omständigheter kunna åberopas.

Se Ussing, Erstatningsret 66.

I några fall gör *lagen* ansvaret beroende av kvalificerat vållande.

JärnvTrafikS § 94 (ersättningens belopp), LuftbefordrL § 25: om uppsåt eller grov vårdslöshet är för handen, äger fraktföraren inte åberopa de bestämmelser i lagen som utesluter eller begränsar hans ansvarighet.
Jfr nedsättning av ersättningen med hänsyn till lindrigt vållande, s. 374.

Kan en begränsning av ansvaret till kvalificerat vållande göras *utan uttryckligt stöd i lag?*
Ett nekande svar är vanligen motiverat. Gränserna mellan olika grader av culpa är oftast mycket obestämda. Det vore inte ändamålsenligt att göra ansvaret beroende av en bedömning som i praktiken kan vara mycket svår. En begränsning av ansvaret står även i strid med en allmän tendens att objektivera ansvaret. Varje begränsning av ersättningsansvaret betyder en försvagning av borgenärens rättsskydd. Vill man av hänsyn till gäldenären genomföra en begränsning med ledning av graden av vållande, är det riktigare att ge möjlighet till jämkning än att binda ansvaret vid kvalificerat vållande.

Betr. jämkning. s. 373 f.

Likväl kan man nämna *undantagsfall* i vilka det kan vara skäligt att låta ersättningsskyldigheten bli beroende av kvalificerad culpa.
Man har pekat på den omständigheten att en handling, som företagits i strid med god sed, medför ersättningsskyldighet endast om den varit uppsåtlig. Närmast har man tänkt på konkurrenshandlingar som strider mot god sed (IllKonkL § 1). Denna ståndpunkt kan anses motiverad med hänsyn till att lagstiftaren knappast haft skäl att med sanktioner ingripa mot andra konkurrenshandlingar än sådana som av den som företar dem, uppfattas såsom stridande mot god sed.

Se Hakulinen 262, 283, Kivimäki — Ylöstalo 372.

När gods säljes på auktion, kan det, beroende på omständigheterna, vara anledning att begränsa säljarens ansvar till de fall då han förfarit svikligt.

Se SvKöpL § 48, Almén § 48 vid not 27 ff. — En likadan generell regel kan inte uppställas i finländsk rätt.

När det gäller fullgörelse av *gåvoavtal* eller andra avtal, som ej ger gäldenären något ekonomiskt utbyte, kan skälighetssynpunkter motivera ett restriktivt ansvar. Ansvaret kan eventuellt begränsas till följderna av handlingar som innefattar uppsåt eller grov vårdslöshet.

Se Ussing 125. — Samma tanke har kommit till uttryck i SchwOR Art. 99 m. 2.

8.3.3. *Strikt ansvar*

8.3.3.1. Allmänna synpunkter

I. *Strikt ansvar* betyder att det är irrelevant om gäldenären vållat avtalsbrottet eller inte. Man fäster inte avseende vid orsaken till avtalsbrottet. Gäldenären kan inte frita sig från ersättningsskyldighet genom att visa att han inte haft culpa. Frågan om medhjälpares fel eller försummelse saknar likaså betydelse (se s. 330). Bedömningen av ersättningsskyldigheten stannar vid utgångspunkten: gäldenären är ansvarig när avtalsbrott förekommit och borgenären som en följd härav inte uppnått de ekonomiska förmåner som avtalet avsett att ge.

Det strikta ansvaret utesluter inte att särskilda omständigheter kan *befria* gäldenären från ersättningsskyldighet, t.ex. force majeure. Men frånvaron av vållande hos gäldenären eller avsaknad av fel och försummelse hos hans medhjälpare utgör inte befrielsegrunder.

Se även s. 317.

II. I *lag* ingår endast ett fåtal stadganden som åvälver gäldenären strikt ansvar i avtalsförhållanden. Det är mest fråga om specialfall, som inte möjliggör en tillämpning ex analogia, åtminstone inte i större omfattning. De kan likväl ge vägledning och tjäna som jämförelse när man bedömer situationer i vilka man inte har att tillgå en lagfäst ersättningsregel.

JärnvAnsvL § 1, JärnvTrafikS § 87.

Stadgandena om bortfraktarens rätt till ersättning när befraktaren frånträder fraktslutet etc. i SjöL §§ 131—133 föreskriver strikt ansvar. — SjöLs ersättningsstadganden — liksom transporträttens över huvud — bygger likväl i stor utsträckning på culpa-principen; se s. 281 f; det har likväl gjorts gällande att det i vissa avseenden sker en utveckling i riktning mot en objektivering av redarens kontraktsansvar; se Erling Selvig, Mot objektivt redaransvar? (JFT 1970 225—253) 243 ff.

SBL § 7 samt stadgandena om uppskovsränta i § 6 ävensom HB 9: 8 och 10 (uppskovsräntan är i första hand en vederlagsersättning, s. 384).

WarrantF § 8.

Stadgandena om hemul i JB 11: 1, HB 1: 3 och SBL § 9, se s. 309.

HyresL § 22 m. 3 åvälver hyresvärden ersättningsskyldighet utan vållande; se även Godenhielm, Uusi huoneenvuokralaki 127 f, 219 f.

Finland har ingen motsvarighet till SvköpLs stadganden om strikt ansvar, §§ 24, 43, 50.

Se betr. norsk rätt och dess i lag stadgade undantag från culparegeln, Arnholm III 227 ff.

Många av de nämnda lagstadgandena är ofullständiga. De är visserligen klara i det avseendet att de inte binder ersättningsskyldigheten vid gäldenärens eller hans med-

hjälpares vållande. Men ofta har det lämnats öppet i vilken utsträckning särskilda omständigheter såsom omöjlighet och force majeure kan befria gäldenären från ansvar. Vid bedömandet härav har man att följa de riktlinjer som nedan uppdras för strikt ansvar i allmänhet — oberoende av om detta är lagfäst eller ej.

III. I det stora flertalet fall, i vilka gäldenärens ersättningsskyldighet aktualiseras, får man inte i lagen svar på frågan om ansvaret är bundet vid gäldenärens vållande eller är oberoende därav. *Inga lagstadganden* utsäger om gäldenären kan frita sig från ersättningsskyldighet genom exculpering av sig själv och sina medhjälpare eller om detta inte är möjligt. Gränsområdena mellan det klara culpa-ansvaret och det i lag reglerade strikta ansvaret är mycket stora.

I de skandinaviska länderna har gränsen mellan culpa-ansvar och strikt ansvar i avtalsförhållanden till stor del kommit att domineras av köplagens stadganden, som i fråga om säljarens ansvar för dröjsmål och för fel i godset behandlar speciesköp och leverans olika, se SvKöpL §§ 23, 24, 42, 43. Den osäkerhet, som med avseende på betingelserna för ersättningsansvar i avtalsförhållanden kännetecknar läget i Finland, beror delvis på att vi inte har samma lagfästa utgångspunkt. Samtidigt är detta en fördel. I tider av stark utveckling inom samhällets olika områden kan föråldrade lagstadganden — huru väl underbyggda de ursprungligen än må ha varit — försvåra rättstillämpningen. I de fall då domstolarna inte är bundna av uttryckliga lagstadganden kan de avgöra ersättningsfrågorna på basen av de faktiska förhållandena och med erforderlig hänsyn till parternas behov av rättsskydd.

I tysk rätt anses strikt ansvar förekomma endast i de fall som anges av lagen: se Fikentscher 309 f.

När man ställes inför problemet culpa-ansvar eller strikt ansvar, bör man göra klart för sig att man inte genom allmänna regler kan bestämma var gränsen går. Sällan kan man peka på faktorer som klart och entydigt skulle tala för det ena eller det andra alternativet. Ofta blir det fråga om divergerande synpunkter som in casu måste vägas mot varandra. Resultaten av en sådan avvägning får inte fastslås på förhand. Om man eftersträvar en bestämd gräns mellan de två ansvarighetstyperna, binder man lätt den naturliga utvecklingen. Inom avtalsrätten måste det fortgående försiggå en evolution betingad av faktiska förändringar och nyheter inom de olika verksamhetsfält där avtalen intar en dominerande plats. Detta gäller inte minst ersättningsansvaret med dess obestämda regler.

Det man kan ange är några allmänna riktlinjer, knappast mera. I sista hand ankommer det på domstol att in casu avgöra om en exculpering skall ha befriande verkan eller inte. Detta betyder inte att man lämnar fältet fritt för domstols prövning. Denna bör så långt som möjligt förenhetligas och standardiseras — dock utan att man förbiser relevanta skiljaktigheter. Rättssäkerheten främjas av enhetliga bedömningar.

Avsikten med den följande utredningen är närmast att kartlägga faktorer som *kan*

betinga strängare ansvar vid avtalsbrott utan att de in casu nödvändigt behöver leda till att ansvaret är strikt. Det har synts ändamålsenligt att framhäva särskilda typfakta och därigenom belysa när gäldenären kan bli ersättningsskyldig trots att han inte har culpa och fel eller försummelse inte heller förekommer hos hans medhjälpare.

Se även diskussionen vid 24 NJM kring frågan »På hvilke områder bør nordisk lovgivning gennemføre objektivt erstatningsansvar?» Förhandl. 115—143 och Bil nr 4. — Betr. frågan om strikt ansvar i utomkontraktuella förhållanden utan stöd av lagregler, se bl.a. Karlgren, Skadeståndsrätt 154 ff, Andersen, Skadeforvoldelse 301 ff.

8.3.3.2. Omständigheter som kan betinga strängare ansvar

a. Avtalets och prestationens beskaffenhet

I. Man kan ställa frågan om ett avtals rättsliga natur — *avtalstypen* — kan motivera ett strikt ansvar.

Tankarna går främst till *leveransköpet*. Det har även hos oss allmänt ansetts, att leverantören även utan vållande ansvarar för följderna av dröjsmål och fel (inkl. brist) i godset. Speciessäljarens ansvar har däremot ansetts följa culparegeln.

Se Godenhielm 74 ff, Aaltonen, Tavaran virheistä II 177, Heikonen—Aaltonen 173, Palmgren 175 ff, Portin 90 ff.

SvKöpL §§ 23 och 24 samt § 43 skiljer uttryckligen (med avseende på dröjsmål samt fel och brister i godset) mellan speciesköp och leverans i fråga om betingelserna för säljarens ersättningsskyldighet; speciesköp — culparegeln, leverans — strikt ansvar; se bl.a. Alméns §§ 23, 24, Hellner 89, 148 f; Ussing 121 f.

Enligt BGB § 279 förekommer strikt ansvar vid »Gattungsschuld»; Esser 112 f.

Det finns i vissa avseenden väsentliga olikheter mellan speciesköp och leverans. Framför allt kan man peka på att köpobjektet vid speciesköp inte kan ersättas med något annat medan säljaren vid leveransavtal i princip har att tillgå ett urval av gods varmed han kan fullgöra avtalet. Den omständigheten att leveranssäljaren sålunda förutsättes ha olika prestationsmöjligheter gör att man kan bedöma hans ansvar rätt strängt när avlämnandet av godset uteblivit eller försenats eller när godset har fel. Hans möjligheter att fullgöra avtalet är helt andra än speciessäljarens som inte har några valmöjligheter (se p. III).

Se betr. denna skillnad mellan de två köptyperna, Aaltonen, Tavaran virheistä II 177 ff, Godenhielm 76, Hellner 86 f, 89 ff.

Det är givet att de nämnda olikheterna mellan speciesköp och leveransavtal in casu kan påverka bedömningen av ersättningsansvaret. Men det är fördenskull inte moti-

verat att anse att avtalstypen såsom sådan betingar en bestämd bedömning av ersättningsansvaret, strikt ansvar vid leverans, culpa-ansvar vid speciesköp. Olikheterna hänför sig till de enskilda prestationerna inte till avtalstypen som helhet. Skall man klarlägga när ansvaret är strikt, har man inte att utgå från själva avtalstypen utan från den enskilda prestation beträffande vilken avtalsbrott är för handen. Även om man bedömer säljarens ersättningsansvar till följd av dröjsmål eller fel olika vid speciesköp och leveransavtal är det ingalunda motiverat att beträffande de två typerna av köp i allt följa olika regler (III). Olikheterna mellan de två slagen av köp synes irrelevanta t.ex. i fråga om ersättning när köparen vägrat betala eller ta emot godset.

En motsvarande analys av andra avtalstyper skulle uppenbarligen ge samma resultat. Det finns ingen anledning att stanna för en schematisk lösning som bygger på den vida och odifferentierade bedömningsgrund som en viss avtalstyp erbjuder. Detta bör gälla oberoende av om lagen innehåller särskilda stadganden om ersättningsskyldighet eller ej.

HyresL innehåller ett flertal stadganden, som binder ersättningsskyldigheten vid vållande, t.ex. §§ 15 och 16. Därav kan man likväl inte dra slutsatsen att ettvart avtalsbrott, som i ett hyresförhållande ger anledning till krav på ersättning, borde bedömas enligt culparegeln. När lagstiftaren reglerat vissa slags avtalsbrott och för dem bundit ansvaret vid culpa, har ställning inte tagits till förutsättningarna för ersättningsskyldighet i övriga fall, frågan har lämnats öppen. I en punkt har HyresL uttryckligen ålagt hyresvärden ersättningsskyldighet även om vållande inte stannar honom till last (§ 22 m. 3), även enligt § 31 m. 3 kan det bli fråga om strikt ansvar (förlust orsakad av utebliven eller försenad betalning); se även G o d e n h i e l m, Uusi huoneenvuokralaki 127 f, 219 f.

Undantagsvis kan situationen vara en annan. Sålunda synes det motiverat att vid *gåvoavtal* tillämpa en culpaprincip och sålunda binda gåvogivarens ersättningsansvar vid vållande i den mån det över huvud blir fråga om ersättningsskyldighet. Den omständigheten att prestationen är vederlagsfri motiverar en mild bedömning av ett eventuellt ersättningsansvar. Det finns rimligen inte plats för den stränghet som det strikta ansvaret innebär.

Se U s s i n g 108.

II. I en gäldenärs samfällda åtaganden enligt ett avtal ingår vanligen *förpliktelser av olika slag*. Av den omständigheten att det med avseende på en förpliktelse föreligger culpa-ansvar följer inte utan vidare att detsamma gäller andra förpliktelser enligt samma avtal. I det föregående har culpa-ansvar ansetts gälla med avseende på vårdplikt (s. 282), detsamma behöver inte vara fallet t.ex. med gäldenärens skyldighet att avlämna avtalsobjektet på avtalad tid (dröjsmålsansvaret). Problematiken med olika typer av skyldigheter och ansvar i stöd av ett och samma avtal illustreras av fraktavtalet — innefattande för fraktföraren fortskaffningsplikt, vårdplikt och plikt till rättidig fullgörelse.

Se särsk. Grönfors, Successiva transporter 27 ff; i fråga om sjötransporter tillkommer ytterligare konossementsansvaret och eventuellt bortfraktarens ansvar för riktigheten av uppgifter i konossementet, 53 f (SjöL §§ 152, 161); se även Staffans 240 ff.

Allmänt kan sägas, att det är vanskligt att — bortsett från de av lag reglerade fallen — formulera en regel om strikt ansvar för bestämda typer av avtalsförpliktelser. Det strikta ansvaret betingas vanligen av andra omständigheter. Ofta är detta ansvar resultatet av en samverkan av fakta som inte har direkt avseende på den åsidosatta förpliktelsens beskaffenhet även om denna i en del fall kan vara relevant.

De typer av avtalsprestationer, som nämnes i det följande (III—V), torde i viss mån belysa denna problematik. De tjänar som exempel.

III. Med avseende på *köp* är det en allmän uppfattning i Finland att speciessäljaren ansvarar enligt culparegeln medan leverantörens ansvar i motsvarande situationer är strikt. Distinktionen har byggts upp på regleringen i de nordiska köpalagarna.

Se Godenhielm 73, 76, 132 f, Heikonen—Aaltonen 172 ff, Palmgren 199, 201 (dröjsmål) samt av Taxell, JFT 1956 82 f, åberopad litteratur (fel i godset). SvKöpL §§ 23, 24, 42, 43, 50. — Hellner 86 ff, 145 ff.

Man kan starkt ifrågasätta om det med avseende på *säljarens* ersättningsansvar är anledning att dra en gräns mellan speciesköp och leveransavtal. Säljarens prestationer enligt de två avtalen behöver inte nödvändigt skilja sig från varandra så väsentligt att man borde ha olika regler för ersättningsansvaret.

Det kan sägas att det är leverantörens sak att företa alla sådana åtgärder som rimligen kan krävas för att felfritt gods skall kunna avlämnas på avtalad tid. I detta resonemang finns culpasynpunkten med låt vara att man säger att leverantören har ett strikt ansvar. Det förekommer fall i vilka leverantören faktiskt befinner sig i samma belägenhet som en speciessäljare, t.ex. när det gods, med vilket leveransen är avsedd att fullgöras, förstöres eller skadas så sent att det är uteslutet att utan dröjsmål skaffa fram nytt gods — vid leverans föreligger en praktisk omöjlighet, vid speciesköp en rättslig. I realiteten är situationen densamma. Det kan också förekomma fall då det praktiskt är helt uteslutet för säljaren att skaffa nytt gods, t.ex. då leveransen gäller en produkt som inte mera tillverkas.

Till detta kommer att speciesköp och leverans i praktiken ofta kommer så nära varandra, att skillnaden är oväsentlig. Detta gäller främst affärsköpen. Tillfälligheter kan avgöra om köpet omfattar en species- eller en genussak.

Omständigheter av det slag som här nämnts, berättigar enligt min tanke konklusionen att det med avseende på säljarens ersättningsansvar inte är vare sig nödvändigt eller tillräckligt motiverat att dra en skarp gräns mellan speciesköp och leveransavtal.

Se ytterligare L. E. Taxell, Om förutsättningarna för säljarens skadeansvar när godset har fel (JFT 1956 80—97), där den här berörda problematiken närmare utvecklas och där hänvisningar göres till inhemsk rättspraxis och litteratur; Palmgren 191, 201.
Se även Arnholm III 277 f, Andersen, Kjøpsrett 24 f.

Det sagda betyder att man i fråga om säljarens möjligheter att genom exculpering frita sig från ansvar för dröjsmål eller fel i princip inte bör göra någon skillnad mellan leverans och speciesköp. En annan sak är att leverantörens valfrihet i fråga om köpgodset de facto kan motivera att han normalt har ett strikt ansvar. Då denna möjlighet att välja inte finns för speciessäljaren, kan det te sig naturligt att låta honom befrias genom exculpering. Men detta är inte en generell norm. Vid speciesköp kan strikt ansvar motiveras med andra omständigheter, t.ex. med att säljaren är fackman (s. 300) eller att köpet ingår som led i säljarens företagsverksamhet (s. 303). Att säljarens prestationer i det avseende, som här nämnts, är olika vid leverans och vid speciesköp behöver således inte *i och för sig* vara avgörande för om ansvaret för dröjsmål och fel är beroende av säljarens vållande eller inte.

Rättspraxis ger inte en klar bild av huru man uppfattat säljarens ersättningsskyldighet.

I fråga om *dröjsmål* kan man peka på avgöranden i vilka leverantören åvälvts ett strikt ansvar:

HD 1955 II 8: delleverans av film hade uteblivit (efter meddelande av säljaren), ersättning för utebliven vinst utdömdes; frågan om säljarens culpa berördes ej.
HD 1944 II 94.

För speciesköpets del ger HDs publicerade avgöranden inte några klara besked. Rättspraxis har inte verifierat uppfattningen att speciessäljarens dröjsmålsansvar vore ett culpa-ansvar.

Beträffande *fel i godset* har man likaså svårt att finna klara linjer i rättspraxis. Avgörandena betingas till en del av HB 1: 4, som stipulerar ansvar för säljaren endast när han känt felet och inte yppat det (culpa), medan han inte ansvarar för förborgat fel. Det har framförts olika uppfattningar därom huruvida HB 1: 4 även bör gälla leverans. För egen del har jag ansett att så inte är fallet.

Se litteratur och rättsfall återgivna i JFT 1956 80—97. Därutöver kan hänvisas till *HD 1933 II 9:* ångpanna, som tillverkades av säljaren, tålde ej så högt tryck som avtalet angav; ersättning utdömdes (speciesköp), frågan om culpa berördes inte.

IV. I avtalsförhållanden, som gäller *transport* av gods eller personer, är ansvaret enligt särskilda stadganden i lag huvudsakligen, ehuru inte enbart, ett culpa-ansvar kompletterat med ett omfattande ansvar för medhjälpares fel och försummelser.

Härom s. 281 f.

I det följande beröres endast det transportansvar som inte är i lag reglerat. Begreppet transport ges en vid innebörd.

Rättspraxis är oenhetlig. Den kan sägas ge antydningar om i vilken riktning avgörandena borde gå men den företer icke någon klar bild av fraktförarens (transportörens) ansvar. Man kan — schematiskt sett — skilja mellan tre typer av avgöranden.

1) Gäldenärens (fraktförarens) *culpa* har direkt eller indirekt tillmätts betydelse:

HD 1953 II 157: B hade gett A i uppdrag att lyfta en tung maskin till tredje våningen, under arbetet gav lyftkranen efter med påföljd att maskinen föll och förstördes. B krävde ersättning. HD konstaterade att skadan orsakats av att lyftkranen inte varit i fullgott skick och att A ansvarade för begagnade redskaps användbarhet och för arbetets ordentliga utförande (»huolellisesta suorituksesta yleensä»), varför ersättning utdömdes. — En viss culpabedömning synes ha skett ehuru det inte direkt framgår av motiveringen.

HD 1939 II 242 (ref. s. 265).

2) I några fall synes ansvaret närmast ha grundats på gäldenärens *garanti* (ej uttrycklig):

HD 1944 II 146: A hade åtagit sig att med bil transportera tygvaror från en järnvägsstation till Bs affär; då godset inte kunnat överlämnas till B före stängningsdags, hade godset förvarats i bilen i As garage; under natten hade bilen brunnit och godset förstörts. B krävde ersättning. Då A genom sitt åtagande borde anses ha iklätt sig ansvar för att godset överlämnades på avtalad plats i samma skick vari det befann sig när A mottog det, och då A ej visat att skadan uppstått av en händelse, som A ej skäligen borde anses ha kunnat förutse eller förebygga, utdömdes ersättning. — RR och HovR godkände talan på den grund att i As tjänst anställd person ansågs ha vållat branden (vanskötsel av träförgasare). — HDs motivering pekar dels på en tyst garanti, dels på att exculperingen misslyckats.

HD 1932 I 5: cyklar hade skadats under transport med bil, fraktföraren ålades ersätta skadan då han genom att åta sig transporten måste anses ha påtagit sig garanti för att cyklarna kom fram i samma skick som när de mottogs för transport.

Se betr. sistnämnda rättsall E r m a s (334 ff) kommentar enligt vilken det ej ens enligt HDs ståndpunkt är fråga om en tyst garanti.

3) Det har förekommit avgöranden i vilka HDs motiveringar ger vid handen att frågan om *culpa inte* ansetts vara *relevant.*

HD 1956 II 10: A hade åtagit sig att transportera en B tillhörig häst. Denna hade skadats under transporten, varför man blivit tvungen att avliva den. B krävde ersättning av A samt av dennes medhjälpare C. Ersättningstalan mot A bifölls då A mottagit hästen för transport mot betalning och A ej visat att skadan berott på sådan olyckshändelse som han inte skäligen på förhand kunnat beräkna eller förebygga. Talan mot C ogillades, då det ej visats att han vållat skadan.

HD 1948 II 433: A hade fått i uppdrag av B att mot betalning transportera gods med lastbil; under vägen hade bilen fattat eld och godset förstörts. B krävde ersättning. Då A måste anses ansvara för att godset kom fram i oskadat skick och A ej visat sådana omständigheter, som skulle befria från ersättningsskyldighet, godkändes Bs talan.

HD 1945 II 6: (transport av mjölk med bil) i motiveringen uttalas att fraktföraren ansvarade för att till transport mottaget gods kom fram.
HD 1943 II 90: enligt motiveringen ansågs transportföretag ansvarigt för att transporten utfördes sakenligt (kuljetuksen asianmukainen suorittaminen).

Även om frågan om culpa inte varit aktuell i de refererade rättsfallen (i grupp 3) är därmed inte givet att ansvaret i de föreliggande situationerna borde bedömas såsom strikt. Man kan eventuellt uppfatta saken så att domstolarna byggt ersättningsskyldigheten enbart på det faktum att ett avtalsbrott förekommit utan att de — av en eller annan orsak — haft anledning att ta ställning till frågan om gäldenärens eller hans medhjälpares vållande (se s. 268 p. 3).

Rättsfallsmaterialet ger inte stöd för några säkra konklusioner.

Transportansvaret bör inte i någon händelse byggas på ett tyst garantiansvar. Ett sådant är vanligen en fiktion.

I övrigt bör man ha klart för sig att de olika skyldigheter, som följer av ett transportavtal, inte alltid kan betraktas på samma sätt när det gäller ersättningsskyldighet. Åsidosättandet av vårdplikten måste eventuellt bedömas annorlunda än ansvar för t.ex. dröjsmål.

Ansvar för dröjsmål kan ibland bedömas med ledning av samma omständigheter som betingar att säljaren i ett leveransavtal kan ha strikt ansvar. Detta gäller främst de fall då fraktföraren kan välja transportmedel.

Ansvaret för skada på transportgods blir ofta beroende av vilken av parterna som står faran för godset.

Vid bedömningen av ersättningsansvaret enligt i lag inte reglerade transportavtal har man anledning att beakta de principer som kommit till uttryck i speciallagstiftning rörande transport — SjöL, LuftbefordrL etc. Härvid bör likväl inte förbises att lagstadgandena har utformats med hänsyn till de speciella förhållanden som gäller respektive typ av transportavtal.

I inhemsk doktrin har det i lag icke reglerade ansvaret enligt transportavtal ansetts vara ett culpa-ansvar, se Vihma, Festskr. Kivimäki 442 ff, Pertti Ripatti, Ahtausliikkeen vahingonkorvausvatuusta (LM 1961 756—769) 758 f. — Jfr Hellman, 32 f, som bygger ett strikt ansvar på en tyst garanti, ohållbarheten hos denna konstruktion har klarlagts av Erma 334 ff.
I fråga om transport med motorfordon ingriper även reglerna om ansvar för trafikskada (TrafikförsäkrL).

Sammanfattningsvis kan sägas att fraktförares avtalsförpliktelser — i lag icke reglerade — inte i och för sig är av den art att de skulle betinga strikt ansvar. Man bör särskilt för sig undersöka de olika transportförpliktelserna och verkningarna av deras åsidosättande innan man kan säga något bestämt om ersättningsansvaret. Det är möjligt att en förpliktelse till sin art är sådan att den, jämte andra omständigheter,

motiverar ett strängare ansvar än culpa-ansvaret. Men ensam för sig är avtalsförpliktelsens beskaffenhet knappast avgörande.

V. I fråga om utomobligatoriskt ersättningsansvar förekommer strikt ansvar för s.k. *farlig verksamhet*. Dels har detta stadgats i lag (t.ex. järnvägsdrift och luftfart), dels har strikt ansvar erkänts i rättspraxis (sprängning etc.). Bör man godta en liknande tendens i avtalsförhållanden?

Prestationens farlighet kan vara en faktor som påverkar bedömningen av ansvaret. Om skada uppkommer på person eller egendom i samband med fullgörandet av den farliga prestationen, ligger det nära att betrakta ansvaret såsom strikt. De synpunkter, som utanför avtalsförhållanden kan anses motivera ett strängt ansvar, gäller även nu. Men samtidigt finns det väsentliga olikheter. Främst bör man nämna den omständigheten att borgenären, när han ingått avtalet, åtminstone i regel varit medveten om de risker som avtalets fullgörande kan innebära. Det är därför inte utan vidare givet att riskerna för skada, som prestationen orsakar, helt skall bäras av gäldenären.

Se L om luftfart § 6 m. 1, som stadgar strikt ansvar för skada som orsakats vid luftfart medan LuftbefordrL § 20 föreskriver ett culpa-ansvar (jämte ansvar för medhjälpare) för skada på passagerare eller gods. — Se Karlgren, Skadeståndsrätt 142 f, Grönfors, Trafikskadeansvar 269 ff samt Sveriges HDs motivering i NJA 1961 s. 523.

Det är knappast anledning att i avtalsförhållanden ge frågan om farligheten samma framträdande position som den har i utomkontraktuella förhållanden. Det synes naturligt att bedöma ansvaret med ledning av att prestationer, som är farliga, ofta förutsätter fackinsikter hos gäldenären (s. 301) samt kräver vidtagandet av speciella skyddsåtgärder, vilkas åsidosättande lätt uppfattas som culpa. Frågan om prestationens farlighet har sålunda en viss relevans även i avtalsförhållanden. Men farligheten i och för sig betingar inte strikt ansvar.

Allmänt om ansvar för farlig verksamhet, bl.a. Hakulinen 300 ff, Ussing, Erstatningsret 115 ff.

Ett särskilt problem utgör ansvaret för avtalsobjektens skadebringande (farliga) egenskaper, se s. 404 ff.

VI. Liknande överväganden som i punkterna III—V kunde göras i fråga om *andra* slag av *naturaprestationer*. Det är inte möjligt att utan en detaljanalys ange i vilka fall och i vilken utsträckning arten av en avtalsförpliktelse kan betinga ett strängare ansvar. Man kan förmoda att bedömningarna skulle ge olika resultat beroende på avtalsprestationernas art och beskaffenhet.

Tre lösningar är möjliga.

För det första är det tänkbart, men knappast sannolikt, att en avtalsförpliktelse vore sådan att ansvaret för dess åsidosättande normalt är strikt. För det andra kan

faktiska omständigheter, som hänför sig till gäldenärens prestation och ger den dess karaktär, utgöra ett visst men inte tillräckligt starkt argument för strikt ansvar. I sådana fall kan prestationens beskaffenhet jämte faktorer av annat slag — sådana som nämnes i de följande avsnitten — motivera ersättningsskyldighet oberoende av culpa. För det tredje kan prestationens beskaffenhet betinga att gäldenären går fri genom exculpering.

Avtalsförpliktelsernas art har främst relevans i det avseendet att de kan ge anvisning om vilken av parterna som ligger närmare att stå risken när prestation uteblivit, försenats eller är oriktig. I den meningen kan innebörden av en avtalsförpliktelse vara relevant för gränsdragningen mellan culpa-ansvar och strikt ansvar.

Man kan sålunda inte uppställa en regel att avtal (prestationer), som går ut på att åstadkomma ett bestämt resultat, t.ex. entreprenadavtal, med avseende på ansvarigheten skulle avvika från avtalsprestationer i allmänhet; se särsk. E r m a 327 ff (§ 30) och där åberopad litteratur. — Ej heller kan man i fråga om avtal av den art att gäldenären har valfrihet beträffande uppfyllelseföranstaltningar a priori stipulera strikt ansvar; de synpunkter, som anförts i fråga om leverantörens ansvar, kan vara väsentliga för ansvarsbedömningen men de har knappast generell räckvidd.

R o d h e, § 48 vid not 39 och 40, ställer sig mycket tveksam till möjligheten att utanför köplagens område stipulera strikt ansvar beträffande naturaprestationer, där gäldenären har att fritt eller inom en viss ram välja sina uppfyllelseföranstaltningar och där ett annat val kunde ha lett till riktig uppfyllelse.

G o d e n h i e l m, 213, säger utan närmare motivering att säljarens förpliktelse vid skogsavverkningsavtal synes vara av den art, att ett strikt ansvar är påkallat.

I fråga om *penningprestationer* förekommer ett strikt ansvar med avseende på dröjsmålsränta. Detta ansvar föranledes av de särskilda omständigheter som är förknippade med den s.k. vederlagsersättningen (s. 385). För ersättning utöver dröjsmålsräntan kan en entydig regel inte uppställas.

Ett specialfall nämnes i SjöL § 148.

b. Gäldenären är fackman

När uppfyllelsen av en avtalsprestation kräver särskild sakkunskap och den ena parten är *fackman* på området, ligger det nära att för hans del bedöma ersättningsansvaret strängt.

Se särsk. den analys som gjorts av J ø r g e n s e n — W a n s c h e r, Juristen 1967 425—440; se även där nämnd litteratur.

Man har rätt att utgå från att en fackman utnyttjar sina insikter och erfarenheter när han har att fullgöra sin förpliktelse enligt avtalet. Gäldenärens egenskap av fackman skapar en *tillit* på vilken borgenären kan bygga planer och åtgärder. Om det

senare visar sig att förpliktelsen inte fullgjorts riktigt och att tilliten sålunda varit ogrundad, ligger det nära att låta gäldenären stå för de ekonomiska konsekvenserna i form av ersättning.

Fackmannasynpunkten kommer med redan i en culpabedömning. Fackmannens grupptillhörighet är relevant (se s. 97 f). Då kraven på en fackman är strängare, är det möjligt att i en konkret situation konstatera existensen av culpa oaktat ett vållande inte kunde påvisas hos en person som saknar motsvarande fackinsikter. Detsamma gäller med avseende på medhjälpares fel.

Frågan är om man inte bör gå ännu längre — till strikt ansvar. Utöver tilliten kan man framhålla, att det överensstämmer med en naturlig riskfördelning att låta den part, som besitter den för prestationen erforderliga sakkunskapen, svara för följderna av att fackmannainsikterna inte utnyttjas helt eller rätt. Det är ofuktbart att föra in culpasynpunkter i detta resonemang.

Fackmannaegenskapen är relevant t.ex. vid beställningsköp. Den omständigheten att dessa köp ofta är speciesköp hindrar inte att man tillämpar ett strikt ansvar.

Problemet belyses i viss mån av några *domstolsavgöranden:*

HD 1953 II 97: B hade givit A i uppdrag att utforma ett varumärke för en av B producerad vara, att låta registrera märket samt att sköta om varans reklam. A hade hos registreringsmyndigheten anhållit om registrering av ett varumärke och samtidigt inlett reklam med ledning av märket, detta godkändes likväl inte för registrering. B krävde ersättning i den formen att erlagt arvode skulle återbetalas. Talan godkändes då A såsom specialföretag för reklam ansvarade för den uppkomna skadan; min. i HD (1) godkände inte Bs anspråk då A ej ansågs ha förfarit vårdslöst. — I HDs (maj.) motivering åberopas inte culpa.

Se även *HD 1925 D II 552.*

Fackmannasynpunkterna har ibland aktualiserats i samband med frågan om ansvar för avtalsobjektets skadebringande egenskaper (s. 408):

I motiveringen till *HD 1969 II 40* (ref. s. 406) framhäves särskilt att säljaren på basen av den sakkunskap, som bör krävas av säljaren såsom en affär vilken säljer bränsle (olja), borde ha beaktat möjligheten att skada kunde uppkomma på det sätt som skett. — Det är onödigt att tolka in en culpasynpunkt i avgörandet, det räcker med en hänvisning till säljarens egenskap av fackman; jfr kommentar i LM 1970 179.

HD 1945 II 139: säljare av minkföda (kött) ansågs ej ha erfarenhet av minkskötsel, varför de ej ansvarade för skada som orsakats av att köttet var odugligt; i detta fall har sålunda avsaknaden av fackkunskap uteslutit ansvar. Se även *HD 1946 II 6* (ref. s. 327).

Begreppen fackman och sakkunskap är relativa. Fackmannainsikter kan finnas i större eller mindre utsträckning. Det är därför inte möjligt att kategoriskt knyta strikt ansvar till envar gäldenär som med avseende på sin avtalsprestation kan betecknas som fackman. Man kan egentligen inte sträcka sig längre än att man generellt säger, att gäldenärens egenskap av fackman *kan* betinga strikt ansvar. Avgörandet blir framför allt beroende av vilken grad av sakkunskap man har rätt att kräva med hänsyn

till den aktuella prestationen. Ju större sakkunskap, som avtalets fullgörande kräver eller förutsätter, desto strängare kan ansvarsbedömningen vara.

Detta resonemang leder över till konstaterandet att den faktor, som betingar ett strängare ansvar, egentligen inte är, åtminstone inte alltid, den sakkunskap som gäldenären de facto besitter, utan de fackinsikter som normalt kräves för att riktigt fullgöra en viss avtalsprestation. Strikt ansvar kan sålunda vara motiverat jämväl när gäldenären inte själv är fackman men borgenären har grundad anledning förutsätta att gäldenären, när prestationen fullgöres, utnyttjar erforderlig expertis hos sina egna medhjälpare eller hos utomstående personer. Detsamma gäller om gäldenären uppger sig vara fackman men inte är det.

Fackmannaegenskapen ansluter sig ingalunda alltid till gäldenärens person utan till den verksamhet som gäldenären utövar. I den mån ett effektivt handhavande av denna verksamhet förutsätter sakkunskap, fackinsikter och erfarenheter är det naturligt att binda gäldenärens ansvar vid det faktum att det i denna verksamhet inte funnits erforderlig sakkunskap eller att sakkunskapen inte utnyttjats på ett sådant sätt att tillfredsställande resultat hade uppnåtts. I sådana överväganden är culpasynpunkter ganska värdelösa.

Det strängare ansvaret gäller blott avtalsförpliktelser som har anknytning till fackmannaegenskapen. Den som t.ex. åtagit sig att konstruera och tillverka en maskin, kan bli ersättningsskyldig på basen av strikt ansvar när konstruktionsfel är för handen. Däremot kan följderna av ett dröjsmål med avlämnandet komma att bedömas enligt ett culpa-ansvar. Vid uppfyllelsen av ett avtal kan en part sålunda i ett avseende bedömas strängt — såsom fackman — i ett annat ha ett mindre strängt ansvar — såsom icke-fackman.

Om avtalets uppfyllelse kräver sakkunskap, som *borgenären* men inte gäldenären besitter, är det naturligt att den förre bär risken. Han har själv förutsättningar att medverka till en riktig prestation. Borgenärens egenskap av fackman försvagar gäldenärens ansvar.

Se *HD 1948 II 444* (ref. s. 329).

Det bör ytterligare understrykas att egenskapen av fackman ingalunda i och för sig betyder ett strikt ansvar. Här öppnar sig blott en möjlighet att i speciella fall anse att ansvaret är strikt. Ofta kan man bedöma ansvarigheten med ledning av en culpa-bedömning som tar hänsyn till de speciella förhållanden som anknyter till gäldenärens egenskap av fackman. Aktsamhetsstandarden utformas och skärpes med ledning av fackmannaegenskapen.

Se Jørgensen — Wanscher 425, A. Vinding Kruse, Arkitektens og ingeniørens erstatningsansvar ved byggeforetagender (Juristen 1959 121—135), i regel inträder ansvar när den projekterande ingenjören eller arkitekten uppsåtligt eller oaktsamt åsidosätter

sina plikter mot byggherren eller »hvis han iøvrigt har handlet fagmæssigt uforsvarligt» (121).

Se även ett avgörande av Norges Høyesterett (Nordisk Domssamling 1970 s. 39): »den som driver kranservice som erverv har objektivt ansvar for skade som virksomheten fører med seg».

Betr. läkarens ansvar (culpa-ansvar) s. 283.

c. Avtal som led i gäldenärens företagsverksamhet

Många omständigheter talar för ett strängt ansvar när avtalet ingår som ett normalt led i en *företagsverksamhet* — den verksamhet som utövas av affärsföretag oberoende av deras verksamhetsområde.

Det är inte anledning att närmare precisera innebörden av begreppen företag och företagsverksamhet. Företaget är kort sagt en organiserad enhet för utövande av ekonomisk verksamhet, vanligen i syfte att uppnå vinst. Oganisationens juridiska status — enskild näringsidkare, öppet bolag, aktiebolag etc. — är inte relevant. Från de egentliga företagen kan man utskilja de näringsidkare, som hör till första kategorin bokföringsskyldiga (BokföringsF § 2), i en del fall även näringsidkare i andra kategorin.

I fråga om ansvaret för avtalsbrott kan man inte bedöma alla företag enligt samma schema. De faktiska olikheterna måste beaktas — företagets storlek, organisation, verksamhetsområde etc.

Ett företag representerar i viss mening *sakkunskap*. De synpunkter, som i det föregående anlagts på fackmans ansvar (s. 300), äger till en del giltighet också i detta sammanhang även om företagsverksamhet ingalunda alltid kräver expertis av det slag som där förutsatts. Man har likväl skäl att vänta att den, som yrkesmässigt bedriver en verksamhet, utnyttjar erforderlig sakkunskap.

Den verksamhet, som ett företag driver, förutsättes vara rationellt *organiserad*. Den som ingår avtal med ett företag, har skäl att räkna med att nödiga organisatoriska betingelser finns för uppfyllelsen av avtalet. Förhållandena varierar mycket beroende bl.a. på företagets art och omfattning. Särskilt i fråga om större eller specialiserade företag kan en avtalskontrahent utgå från att nödiga betingelser för avtalets fullgörande är för handen. Normalt har han inte anledning att räkna med bristfällig fullgörelse.

Den *interna* fördelningen av arbetsuppgifter i företaget är inte relevant för en utomstående avtalspart. Om en prestation inte fullgöres enligt avtalet, beroende på brister i arbetsfördelning och kontroll inom företaget, bör de ekonomiska konsekvenserna härav inte bäras av den utanför stående parten.

Ett affärsföretags organisation är *opersonlig* i den meningen att verksamheten följer ett system i vilket olika funktioner bildar en helhet. Företaget som avtalspart lämpar sig illa för värderingar av det slag som innefattas i en culpabedömning. För borgenären framträder närmast blott den omständigheten att gäldenären, som i detta fall är en organisatorisk enhet, inte avtalsenligt fullgjort sina förpliktelser. I detta perspektiv är en culpabedömning, som tar sikte på bestämda personers åtgärder och underlåtelser, ofta helt verklighetsfrämmande och inte sällan omöjlig att genomföra.

Man kan även åberopa en del av de synpunkter som har avseende på anonyma fel och försummelser i gäldenärens verksamhet (s. 343).

Gäldenären bör ha en viss *säkerhetsmarginal* när det gäller åtgärder som syftar till avtalets fullgörande. Iakttar han inte detta, är det rimligt — särskilt i handelsförhållanden — att han står för följderna därav.

Se Gomard 401.

Utbetalning av avtalsersättningar kan ofta uppfattas som en *kostnad* i en verksamhet vars syfte är att uppnå vinst. Företagen måste räkna med möjligheten att de inte kommer att perfekt fullgöra alla avtalsprestationer som de åtagit sig. Kostnader, som företagsverksamheten i det avseendet orsakar, kan åtminstone i viss omfattning beaktas när företaget bestämmer vilket vederlag det skall kräva för sina prestationer. Kostnaderna för ersättningen kan pulveriseras (s. 273).

Jfr Ussing 108: strängare ansvar i ömsesidigt förpliktande avtal emedan risken kan beaktas när vederlaget bestämmes.

Betr. argument för strikt ansvar i företagsverksamhet, se även Taxell, JFT 1946 111 ff, 1956 88 ff; betr. ansvar utanför avtalsförhållanden, se bl.a. Karlgren, Skadeståndsrätt 114 f, 155 f.

Jfr SchwOR Art. 99 II »Das Mass der Haftung richtet sich nach der besonderen Natur des Geschäftes . . .«; Berner Komm. 499: »bei Verkehrsgeschäften grössere Sorgfalt». — Här uppfattas ansvaret således ej som strikt, men en förskjutning i culpabedömningen sker.

Affärslivets krav på *säkerhet* i rättsliga förhållanden pekar även mot ett strikt ansvar.

Jfr Erma 325, se även Y. J. Hakulinen, Pohjoismaista velvoiteoikeutta (LM 1940 319—346) 326 ff (recension av Ussing, Obligationsretten).

I *rättspraxis* kan man finna stöd för tanken att företagares ansvar är oberoende av culpa. Någon klar linje kan man likväl inte skönja. När domstolarna inte berört skuldfrågan, kan detta möjligen ha berott på att strikt ansvar grundats på andra omständigheter än på gäldenärens egenskap av företagare. Man bör dock inte se bort från möjligheten att ansvaret skärpts av den anledningen att avtalet varit ett led i en företagsverksamhet.

HD 1946 II 284: A hade i egenskap av entreprenör uppfört en byggnad åt B. Sedan slutsyn hållits hade vissa fel yppat sig som inte kunnat upptäckas vid granskningen; B hade dels erlagt reparationskostnader, dels lidit skada av att byggnaden ej kunnat användas under viss tid. B krävde ersättning, anspråken godkändes utan att skuldfrågan berördes.

HD 1944 II 232 (ref. s. 342), i motiveringen understrykes att gäldenären »såsom transportaffär» åtagit sig att fullgöra en prestation, alltså i sin egenskap av företagare. — Ersättningen kunde grundas på gäldenärens ansvar för medhjälpares fel.

Se även HovRs motivering i *HD 1953 II 157:* ansvaret grundades på att gäldenären som ett företag, vilket yrkesmässigt utförde vissa arbeten, var ansvarig för arbetsredskapens användbarhet och arbetets ordentliga utförande.

Man kan även hänvisa till HDs motivering i *HD 1966 II 98:* B hade vid besök i As restaurang lämnat sina ytterkläder i förvar hos tamburvaktmästaren C; då B skulle avlägsna sig var kläderna försvunna. B krävde ersättning av A och C. A ålades att betala, varemot talan mot C förkastades då denne ej handhaft förvaringen av restauranggästernas kläder så självständigt att han på samma sätt som innehavare av hotell- och restaurangrörelse (»hotellinja ravintolanpitäjän tapaan») även utan vållande vore ansvarig för kläder som lämnats i förvar. — HDs motivering är märklig såtillvida att den uttalar en allmän princip om strikt ansvar för innehavare av hotell- och restaurangrörelse i fråga om egendom som kund lämnat i förvar. Detta avviker från det som vanligen gäller om vårdplikten (s. 281 f). Härav kan man inte sluta sig till att innehavares av hotell- och restaurangrörelse ansvar i alla fall vore strikt; se t.ex. *HD 1947 II 103* (ref. s. 344, culpa-ansvar) och kommentar av Saxén 26.

De synpunkter, vilka motiverar strängare ansvar för den gäldenär som utövar företagsverksamhet, kan beaktas på olika sätt. Man kan i en culpabedömning uppställa en sträng aktsamhetsstandard. Genom att tillämpa regler om gäldenärens ansvar för anonyma fel och försummelser (s. 343) går man långt utöver culpa-ansvaret. Men detta är inte alltid tillfyllest. Det finns ett behov av ansvar som är helt lösgjort från beroendet av gäldenärens culpa samt av hans medhjälpares fel och försummelser. Det strikta ansvaret tillgodoser detta behov.

Det strikta ansvar, som vilar på företagare, eller kanske riktigare uttryckt på företagen — företagsansvar — avser de fall då avtalet ingår som ett led i företagets ordinära verksamhet. Ansvaret är ingalunda obegränsat. I överensstämmelse med de skäl, som anförts för ett strängt företagsansvar, bör detta begränsas till ansvar för åtgärder och skeenden inom företaget eller i samband med företagets verksamhet. Det finns i allmänhet inte motiv för att tänja ansvaret till externa förhållanden. Företagsansvaret kan således inte utsträckas huru långt som helst. Detsamma har blott den innebörden att gäldenären är ersättningsskyldig på basen av ett avtalsbrott, även om han kan styrka att det som gjorts eller underlåtits inom företagsverksamheten eller i samband med denna inte beror på hans culpa eller på fel eller försummelse hos medhjälpare.

Det kan i enskilda fall bereda svårigheter att avgöra vad som faller inom företagsverksamheten eller har samband därmed. Uttrycket bör ges en vid innebörd. Frågan måste främst ses ur borgenärens synvinkel. Borgenären behöver t.ex. inte räkna med att åtgärder, som erfordras för avtalets fullgörande, eventuellt vidtas utanför gäldenärens företag. Allt det som avtalets fullgörande förutsätter, betraktas med avseende på ansvarigheten såsom företagsintern aktivitet.

Som exempel kan nämnas att gäldenären ansvarar för dröjsmål orsakat av strejk eller annan arbetskonflikt inom det egna företaget eller inom ett samverkande företag, för undermålig råvara, som levererats av tredje man, för transporthinder orsakat av

otjänlig väderlek, för brist på arbetskraft etc. Dessa exempel ger även vid handen att det strikta företagsansvaret har en vidare omfattning än det ansvar som grundas på anonyma fel eller försummelser (s. 343). Företagsansvaret är i princip lösgjort från beroendet av fel eller försummelser i gäldenärens företagsverksamhet eller utanför denna.

I många fall kan man bygga gäldenärens ersättningsskyldighet antingen på anonyma fel eller försummelser eller på det som här sagts om företagsansvaret. Det är ibland likgiltigt vilken väg man väljer. I andra fall ger de två lösningarna olika resultat. Skillnaden mellan dem framträder t.ex. i strejkfallen. Härvid kan man sällan åberopa anonyma fel eller försummelser hos medhjälpare.

d. Brist på ekonomiska resurser

Avtalsbrott kan bero på att *gäldenären saknar ekonomiska möjligheter* att uppfylla sina förpliktelser.

Orsaken kan vara gäldenärens vållande. Han kan ha ingått avtalet trots att han räknat med ekonomiska svårigheter att fullgöra. Sådana kan även ha uppkommit efter avtalets ingående till följd av gäldenärens oförsvarliga ekonomiska dispositioner.

I andra fall föranledes bristen på resurser av omständigheter som gäldenären inte vållat. Hans ekonomiska ställning kan ha försämrats utan att han själv varit orsak därtill: ett lånelöfte från tredje man har inte infriats, pris- och kostnadsstegringar har väsentligen ändrat betingelserna för avtalets fullgörande etc.

Som *allmän regel* gäller att part svarar för att han har ekonomiska möjligheter att fullgöra sina förpliktelser. Detta är en elementär förutsättning för säkerhet i avtalsförhållanden. Part, som av ekonomiska skäl inte kan följa en handlingsnorm, tar på sig den förlust som härigenom kan tillfogas medkontrahenten. Denne behöver inte finna sig i att de förmåner, som avtalet förutsätter, rubbas till hans nackdel på grund av motpartens svaga ekonomiska position. Både behovet av skydd och rättssäkerheten kräver att följderna av parts svaga ekonomi inte övervältras på den andra parten.

Vardera parten bär sålunda för egen del risken för att han har nödiga ekonomiska förutsättningar att uppfylla sina avtalsförpliktelser.

A l m é n, § 23 vid not 32 b f, anlägger en garantisynpunkt. Någon egentlig garanti är det likväl inte fråga om.

Det sagda innebär att gäldenärens ersättningsansvar är strikt när avtalsbrottet har sin grund i hans bristande ekonomiska resurser. Detta gäller oberoende av hurudan gäldenärens förpliktelse är, om den är en penningförpliktelse eller om den går ut på en prestation av sak, arbete etc. Man fäster inte avseende vid huru gäldenärens ekonomiska svårigheter har uppkommit. Gäldenären svarar trots att han inte orsakat dem genom sitt vållande.

I fråga om penningförpliktelser gäller stadgandena om dröjsmålsränta (SBL § 6, HB 9: 10, se s. 384). Dessa tillämpas oberoende av om dröjsmålet beror på bristande betalningsförmåga eller har en annan orsak. I övrigt saknas lagstadganden om ersättningsskyldighet på basen av bristande ekonomiska resurser.

Godenhielm 81: säljarens oförmåga att fullgöra köpet, t.ex. på grund av att han saknar tillgångar att anskaffa råmaterial, befriar inte säljaren från skadeståndsskyldighet. — Så även Kivimäki — Ylöstalo, 375, som framhåller att detta även gäller om gäldenärens oförmåga att prestera berott av yttre skäl som inte kan läggas honom till last. — Se även Heikonen — Aaltonen 226, Hakulinen 75. — När ett legoavtal upphör till följd av att fastigheten säljes exekutivt, är legogivaren skyldig att betala avtalsersättning oberoende av culpa; se JordlegoL § 15 m. 2, Hakulinen, Vuokraoikeus I 151 f.

Rodhe § 48 vid not 60; i fråga om vållande uttalar Rodhe: »den handlandes förmögenhetsställning torde enligt vedertagen uppfattning inte vara relevant» (§ 29 vid not 19).

Ussing 124: ansvar utan culpa är för handen när gäldenären saknar erforderliga penningmedel.

Arnholm III 278: man kan inte »unnskylde seg med at ens mislighold beror på pengemangel».

Även i utomnordisk rätt anses det allmänt att gäldenären svarar för att han har betalningsmedel eller kredit; se bl.a. Larenz I 266, von Büren 392.

Man kunde möjligen resonera på ett annat sätt: om borgenären vill skydda sig mot följderna av gäldenärens svaga ekonomi, borde han kräva säkerhet. Om han inte gör detta, får han själv stå för konsekvenserna. En sådan regel skulle ställa för stränga krav på borgenären. Den skulle bli en hämmande faktor i avtalsförhållanden. Det bör dessutom observeras att borgenären bär en faktisk risk i den meningen att hans möjligheter att få avtalsersättning kan vara problematiska när gäldenären av ekonomiska skäl inte fullgör avtalet.

Det sagda utesluter inte att gäldenären på basen av starkt ändrade ekonomiska förhållanden — andra än sådana som gäller honom personligen — helt eller delvis kan frigöra sig från bundenheten av avtalet, t.ex. genom att påkalla jämkning av en avtalsklausul vars tillämpning skulle leda till uppenbar obillighet.

Se betr. detta problem, som är av annan innebörd än frågan om avtalsersättning, s. 157. Beträffande gåvodispositioner gäller undantagsstadgandet i GåvoL § 5 m. 1.

e. Rättsliga fel. Rådighetsfel

I. Vid avtal om *överlåtelse*, t.ex. köp, kan det förekomma att avtalsobjektet har ett *rättsligt fel*. Detta begrepp innefattar olika situationer:

— avtalsobjektet eller delar därav tillhör inte överlåtaren utan en tredje man,

— avtalsobjektet är behäftat med en begränsad sakrätt utan att en sådan förutsatts när avtalet ingicks (t.ex. nyttjanderätt), eller med en begränsad sakrätt av an-

nan innebörd eller annat omfång än uppgivits (t.ex. inteckning till högre belopp än parterna beräknat), eller

— den rätt, som överlåtits, existerar inte (överlåtet aktiebrev har dödats etc.) eller har inte den omfattning som förutsatts (fordran enligt överlåtet skuldebrev har minskats genom avbetalning etc.).

Motsvarande rättsliga fel kan förekomma vid avtal om *upplåtelse*, t.ex. lega.

Begreppet rättsligt fel, se Routamo 92 ff, Godenhielm 143 f, Heikonen — Aaltonen 119, Vahlén, Formkravet 277, 288 ff, Fastighetsköp 168 ff, Rodhe § 22 s. 217, Hellner 161 f.

Enligt SBL § 9 m. 1 svarar överlåtaren för fordringens giltighet, detta uttryck bör fattas i vidsträckt mening och sålunda även anses gälla t.ex. när skuldbeloppet är mindre än det i skuldebrevet angivna, i varje fall är det fråga om rättsliga fel; se Hakulinen, Velkakirjalaki 90.

Från rättsliga fel i egentlig mening kan man skilja s.k. *rådighetsfel:* utnyttjandet av avtalsobjektet är begränsat på grund av stadgande i lag eller annan författning eller enligt beslut eller åtgärd av myndighet. Det kan vara fråga om byggnadsförbud eller begränsning av byggnadsrätt, beslag, utmätning etc.

Betr. rådighetsfel, se Heikonen — Aaltonen 127, Routamo 212 och Suoritusvirheistä ja oikeusseuraamuksista irtaimen kaupassa (LM 1970 874—883) 878 f, 881 f, Vahlén, Formkravet 277, 301 ff, Fastighetsköp 180 ff, Rodhe § 22 vid not 3 f, Hellner 159 f.

Ett rättsligt fel kan ibland ha eliminerats genom att avtalsobjektet överlåtits till förvärvare i god tro. Då blir ersättningsfrågan inte aktuell i förhållandet mellan parterna. Härvid är det egentligen inte fråga om avtalsbrott i relation till den godtroende förvärvaren. Felet inverkar inte på hans rätt. Däremot kan det bli fråga om uppgörelse med ersättningskrav i förhållandet överlåtare — tredje man (rätt ägare etc.).

Detta gäller främst värdepapper; AvtL § 35, SBL §§ 14, 15, VäxelL § 17, CheckL § 22, SjöL §§ 164, 165. — Se även AvtL § 34 (skenavtal), LagfL § 21, HyresL § 26, JordlegoL § 12.

En begränsad sakrätt i avtalsobjektet kan i vissa fall bringas att upphöra genom åtgärd av överlåtaren, t.ex. genom att intecknad skuld betalas. Det avtalsbrott, som beror på rättsligt fel, förlorar därmed sin betydelse.

Rådighetsfel kan ibland elimineras genom att myndighet ger tillstånd, t.ex. byggnadstillstånd, som upphäver rådighetsbegränsningen. Detta kan utesluta eller minska borgenärens ersättningskrav, t.ex. när ersättningen begränsas till kostnader som utverkandet av tillståndet föranlett.

II. *Rättsligt fel* i avtalsobjektet leder ofta till att avtalet häves. Borgenärens krav omfattar i första hand återbetalning av erlagt vederlag. Vid sidan därav kan det bli fråga om ersättning i egentlig mening i syfte att försätta borgenären (förvärvaren) i samma ekonomiska situation som om rättsligt fel inte hade förelegat och avtalet sålunda hade förblivit gällande.

Ibland blir avtalet bestående, t.ex. när det rättsliga felet minskar avtalsobjektets värde. Härvid kan anspråk på avtalsersättning vara motiverat eventuellt vid sidan av prisnedsättning.

Är gäldenärens (överlåtarens, upplåtarens) ersättningsskyldighet — när avtalet häves eller när det består — beroende av vållande? Med culpa skulle man i nu föreliggande fall avse det förhållandet att gäldenären varit medveten om eller bort vara medveten om det rättsliga felet, m.a.o. att han var i ond tro när avtalet ingicks. Frågan är alltså om *god tro* hos gäldenären utesluter ersättningsskyldighet. Om så inte är fallet, föreligger strikt ansvar.

I gällande *lagstadganden* om rättsliga fel uppställes intet krav på culpa som betingelse för ersättningsskyldighet.

Se HB 1: 3 (lösöreköp), JB 11: 1 (fastighetsköp), SBL § 9 (överlåtelse av skuldebrev).

HyresL § 28 binder inte ersättningsskyldigheten vid culpa (skada till följd av hyresavtals upphörande), se Godenhielm, Uusi huoneenvuokralaki 198 f; JordlegoL §§ 14, 15 m. 1 och 4, ansvaret är strikt, se Hakulinen, Vuokraoikeus I 76.

Enligt HB 11: 4 och 12: 4 kan den som i god tro förvärvat lösöre av låntagare eller depositarie (ex analogia även av annan som innehar sak med ägarens samtycke), åläggas att återställa saken till rätte ägaren mot lösen; lagrummen nämner intet om ersättning, den förvärvare, som tvingats avstå saken, bör likväl kunna få ersättning av sin medkontrahent (låntagare etc.); se även SP § 11.

SvKöpL § 59 åvälver säljaren ansvar när godset vid köpet tillhört annan än säljaren, ändå att han var i god tro — ansvaret är sålunda strikt — likväl med undantag för det fall då köparen var i ond tro. — Hellner 165 f, Aléen § 23 vid not 36 b och § 59 vid not 20 ff, han grundar ansvaret på en »garanti»; se även Ussing 129, A. Vinding Kruse, Misligholdelse 210 ff, Arnholm III 277.

Se även SchwOR Art. 192, von Büren 392 f.

Som argument för ett strikt ansvar kunde möjligen anföras att gäldenären anses ha garanterat att avtalsobjektet är fritt från rättsliga fel. En sådan stillatigande garanti är likväl vanligen helt verklighetsfrämmande. En fiktiv garanti är ett ohållbart motiv för strikt ansvar.

Huvudmotivet för ett strikt ansvar är att det överensstämmer med en naturlig *riskfördelning* att gäldenären skall bära ansvaret för rättsliga fel. Den som genom avtal förvärvar en rätt till en sak, bör kunna utgå från att saken är fri från rättsliga fel. Det kan i allmänhet inte krävas att han i det avseendet företar några undersökningar, bortsett från de fall då han har skäl att misstänka existensen av en begränsning i överlåtarens eller upplåtarens rätt. I den mån man kan tala om en undersökningsplikt

vilar denna i första hand på gäldenären. Denne har vanligen andra och större möjligheter än borgenären att klarlägga om det föreligger någon sådan omständighet som konstituerar ett rättsligt fel. För säkerheten i avtalsförhållanden är det väsentligt att borgenären kan lita på att avtalsobjektet tillhör gäldenären och att det även i övrigt är fritt från begränsningar av typen rättsliga fel. Gäldenären ligger närmare till än borgenären att bära de ekonomiska konsekvenserna av att sådana begränsningar finns.

Se *HD 1949 II 392:* säljaren av stulet gods ansågs bära risken (ålades att återbetala priset); min. (2) ansåg att risken var köparens då köpet skett på vinst och förlust.

Mot det sagda kan möjligen invändas att borgenären blir tillgodosedd genom att häva avtalet. Detta kan likväl inte anses vara tillfyllest. Den tillit, som nämnts i det föregående, bör ha avseende även på de ekonomiska konsekvenserna av avtalet. Ersättningsanspråket är därför motiverat om förvärvaren till följd av ett rättsligt fel förlorar avtalsobjektet eller får ett mindre utbyte av detsamma än avtalet förutsätter.

Denna riskfördelning betyder att gäldenären inte fritas från ersättningsskyldighet genom att visa att han varit i god tro — inte haft eller bort ha vetskap om det rättsliga felet.

Det är en allmän uppfattning i inhemsk doktrin att man inte kan binda ansvaret för rättsliga fel vid överlåtarens eller upplåtarens vållande. Ansvaret har ansetts vara strikt.

Wrede — Caselius 243, Hakulinen, Velkakirjalaki 87, Vihma 116, Zitting — Rautiala 270, Heikonen — Aaltonen 184; se även Godenhielm 144.

Strikt ansvar för rättsliga fel kan inte utsträckas till *vederlagsfria* överlåtelser. Själva avtalstypen utesluter ett sådant ansvar (se s. 284).

SBL § 9 m. 1 utesluter uttryckligen överlåtelse genom gåva; se Hakulinen, Velkakirjalaki 92, som tillägger att grov vårdslöshet kan leda till att gåvogivaren nödgas ersätta de kostnader som mottagaren haft med anledning av fåfänga försök att indriva fordringen.

Övriga ovan anförda lagrum (s. 309) gäller enligt ordalydelsen inte gåvoutfästelser och bör inte utsträckas till sådana.

När ett avtal *återgår* till följd av ett rättsligt fel i avtalsobjektet, begränsar borgenären ofta sitt krav till återbetalning av erlagt vederlag jämte ränta. Betalning leder till att det läge, som avtalet rubbat, återställes. Betalningsskyldigheten behöver inte följa reglerna om avtalsersättning.

Se bl.a. *HD 1948 II 4, 150, 182, 200* och *1947 II 235* samt av Routamo 161 f refererade rättsfall; se även Godenhielm 144 f.

Ett avtal kan bli *bestående* trots ett rättsligt fel i avtalsobjektet. Om borgenären kräver kompensation för felet, behöver det inte vara fråga om egentlig avtalsersättning. Borgenärens behov av rättsskydd kan tillgodoses t.ex. genom en nedsättning av vederlaget. Om ersättning ifrågakommer, är gäldenärens ansvar strikt.

Frågan om prisnedsättning och eventuell ersättning i anslutning därtill aktualiseras främst vid överlåtelse av intecknad egendom; se *HD 1929 II 50* och *1928 II 38*.
Se även Wrede — Caselius 244, Routamo 188 ff.

Frågan om *omfattningen* av gäldenärens ersättningsskyldighet ansluter sig nära till frågan om ansvarets grund (se s. 369 f).
Gäldenärens strikta ansvar kan uteslutas om *borgenären* varit i *ond tro* vid avtalets ingående — han har haft eller borde ha haft vetskap om det rättsliga felet. Tillitssynpunkten är borta. Borgenären har ingått avtalet på egen risk (se s. 327).

Borgenärens onda tro utesluter inte krav på återbetalning av köpeskillingen; se Wrede — Caselius 243.
Se även *HD* 1932 *II* 202.

När avtalsobjektet har ett rättsligt fel, kan ansvarsfrågan ofta lösas enligt andra regler och synpunkter än här nämnts.
Om t.ex. en säljare garanterat att godset oinskränkt tillhör honom eller han i ond tro uppgivit att det är fritt från rättsliga fel, kan ersättningsskyldigheten grundas på dessa fakta. De regler, som enligt det föregående gäller vid rättsliga fel, tillämpas inte i sådana situationer. På detta sätt undviker man den osäkerhet som råder i fråga om bl.a. omfattningen av gäldenärens ersättningsskyldighet (se s. 369 f).

Se även Routamo 157 f, 219 ff, Vahlén, Fastighetsköp 175 f.

III. Med avseende på *rådighetsfel* finns inga lagstadganden som skulle reglera ersättningsansvaret.
Det ligger nära att man drar en parallell till de rättsliga felen och sålunda i princip godtar det strikta ansvaret. Detta är knappast riktigt. Olikheterna är väsentliga.
Rådighetsbegränsningar, som grundar sig på *lag* eller annan *författning*, bör bägge parter anses skyldiga att räkna med. Detta gäller även av lokal myndighet utfärdade föreskrifter, t.ex. stadsplanebestämmelser. Borgenären kan inte grunda ett ersättningskrav på den omständigheten att avtalsobjektet belastas av en rådighetsbegränsning som klart framgår av en gällande författning.

Routamo, LM 1970 879. — Se även Vahlén, Fastighetsköp 180 f.

Bedömningen försvåras i sådana fall då borgenären inte ansett sig ha anledning att räkna med att avtalsobjektet faller under bestämmelser som begränsar rådigheten.

Som exempel kan nämnas att länsstyrelsen förordnat om uppgörande av strandplan för visst område (ByggnadsL § 123 b) med påföljd att byggnadsförbud uppkommit; köparen av fastighet belägen på relativt långt avstånd från strand har inte räknat med att området skall beröras av en eventuell strandplanering. Avgörandet blir närmast beroende av om gäldenären (säljaren) i den konkreta situationen bör anses bära den ekonomiska risk som ersättningsansvaret betyder. Svaret blir nekande om inte heller gäldenären haft anledning att räkna med den ifrågavarande rådighetsbegränsningen.

Ersättningsansvaret blir ofta beroende av vilken av parterna som ligger närmare till att undersöka om rådighetsbegränsningar är för handen. Om gäldenären i detta avseende underlåtit att företa en undersökning, kan detta vara ett tillräckligt motiv för ersättningsskyldighet även om underlåtenheten inte innefattar culpa.

HD 1970 II 20: A, som i egenskap av aktieägare i ett bostadsaktiebolag innehade en bostadslägenhet, hyrde denna till B för att av denne användas som »skönhetssalong». Avtalet förföll sedermera då lägenheten inte fick användas för det avsedda ändamålet beroende på att av lägenheternas i huset sammanlagda golvyta redan tidigare större delen användes som affärslokaler. A ansågs ha varit skyldig att före avtalets ingående ta reda på om lägenheten fick användas för annat ändamål än som bostad, varemot B, som ej var aktieägare, ej ens hade möjlighet att av bolaget fordra uppgifter om hyresförhållandena i huset; därför och då B haft anledning att lita på disponentens uppgift att lägenheten var lämplig att användas för det avsedda ändamålet, ålades A att betala ersättning för kostnader som B haft för iståndsättande av lägenheten.

I allmänhet kan man i här nämnda situationer åvälva gäldenären en långt gående upplysningsplikt. Borgenären bör kunna lita på uppgifter, som gäldenären lämnar, ibland på att en underlåtenhet från gäldenärens sida att ge relevanta upplysningar betyder att rådighetsbegränsningar inte finns. Ett vållande (in contrahendo) kan medföra ansvar. Ofta löses konflikten genom att avtalet återgår som en följd av borgenärens villfarelse etc. utan att ersättningsfrågan blir aktuell.

En rådighetsbegränsning kan bero på *myndighets beslut*, som gäller blott det ifrågavarande avtalsobjektet, t.ex. beslag, utmätning, förbud mot användning av lokal för visst ändamål (med hänsyn till brandsäkerhet etc.).

Vanligen är gäldenären medveten om rådighetsbegränsningen. Han bör då ge borgenären upplysning därom vid äventyr av ersättningsskyldighet.

Se Vahlén, Fastighetsköp 184 f.

När bägge parter är omedvetna om rådighetsbegränsningen, är ersättningssituationen oklar. Problemet belyses av följande domstolsavgöranden:

HD 1969 II 19: A hade sålt en bil till B, bilen hade smugglats in till landet, varken A eller B var medveten härom; bilen hade sedermera beslagtagits hos B och sålts på tullauktion;

B yrkade att A skulle återbetala priset och utge viss ersättning. HD konstaterade att B inte kunnat få bilen i sin besittning såsom ägare och att A sålunda inte kunnat svara för köpet (stå hemul) varför HD med beaktande av den i HB 1: 3 uttalade rättsregeln (oikeusohje) och med hänsyn till att köpet inte mera kunde hävas, ålade A att återbetala priset med avdrag av det belopp som B eventuellt erhållit på grund av tullauktionen; HD uttalade sig inte om ersättningsanspråken, HovR hade förkastat dem såsom ogrundade eller ostyrkta. — Ett likartat fall har avgjorts i *HD 1969 II 18.*

HD har i bägge dessa avgöranden åberopat ett stadgande om rättsligt fel (HB 1: 3), se även kommentar i LM 1969 962; denna ståndpunkt har kritiserats av Routamo, LM 1970 874 ff.

Även om man principiellt och terminologiskt har anledning att skilja mellan rättsliga fel och rådighetsfel får man likväl inte förbise att ett rådighetsfel i praktiken kan komma så nära ett rättsligt fel att ansvaret bör bedömas enligt de regler som gäller för detta. I det refererade rättsfallet var situationen synbarligen denna. Avgörandet ger likväl intet svar på frågan om det egentliga ersättningsansvaret. Det tar blott ställning till återbetalning av priset. Beträffande denna fråga råder knappast någon olikhet mellan rättsligt fel och rådighetsfel när avtalet häves eller återgår.

Rådighetsfelen kan vara så olika, att det knappast är möjligt att uppställa en generell regel om ersättningsansvaret. En allmän regel om strikt ansvar för rådighetsfel är inte tillräckligt grundad. Strikt ansvar bör likväl inte helt uteslutas, utan kan vara motiverat, särskilt i de fall då rådighetsfelet gränsar till området för rättsliga fel. Riskfördelningen mellan parterna bör härvid beaktas.

A.å. Routamo, LM 1970 882, han anser generellt att en säljare i god tro inte är ersättningsskyldig, som skäl härför åberopar han bl.a. det faktum att det inte finns något avgörande av HD som skulle ha ålagt säljare att betala ersättning som överstiger det erlagda köppriset. — Till detta kan sägas, att de fåtagliga domstolsavgöranden, som berör rådighetsfel, inte tillåter några säkra slutsatser vare sig i den ena eller den andra riktningen.

Jfr Heikonen — Aaltonen 127, 185: säljaren befrias ej från ansvar på den grund att han saknat vetskap om felet, med tvekan göres skillnad mellan speciesköp och leverans, i det förra fallet kan man möjligen kräva culpa, i det senare däremot inte. — Det är enligt min tanke helt främmande att i fråga om rådighetsfel behandla species och genus olika.

I praktiken blir det vanligen fråga om andra påföljder än avtalsersättning — hävning jämte återbetalning av erlagt pris eller prisnedsättning. I den mån krav på ersättning framställes, grundas detta vanligen på gäldenärens vållande — underlåtenhet att vid avtalets ingående upplysa borgenären om gällande rådighetsbegränsningar — eller på en utfästelse av gäldenären att rådigheten inte är begränsad. Ersättningsskyldighet kan också betingas av att gäldenären genom sitt uppträdande eller sina uttalanden givit borgenären anledning att anta att rådighetsbegränsningar inte är för handen.

Se Hellner 160.

f. Särskilda omständigheter

De faktorer, som nämnts i det föregående, är ingalunda de enda som har relevans för gränsdragningen mellan culpa-ansvar och strikt ansvar. Utan anspråk på fullständighet skall ytterligare nämnas några omständigheter som kan betinga strikt ansvar.

1) I *garantiliknande* fall kan strikt ansvar vara motiverat: gäldenären har t.ex. givit uppgifter om avtalsobjektet eller om sättet för avtalets fullgörande utan att däri inlägga en utfästelse om strängare ansvar. Om det senare visar sig att gäldenärens uppgifter, t.ex. om avtalsobjektets egenskaper, varit felaktiga, kan ansvaret grundas på gäldenärens meddelande utan att man behöver ta ställning till skuldfrågan.

I hithörande fall fäster man avseende vid den tillit som en viss omständighet kan ha väckt hos borgenären. Av gäldenären givna faktauppgifter eller hans uppträdande kan ha lett till att borgenären, i förlitan på de uppgifter som han erhållit, inte ansett det motiverat att själv vidta åtgärder, som annars varit naturliga, t.ex. att undersöka avtalsobjektet. Det ter sig naturligt att låta gäldenären ansvara utan att man behöver ta ställning till om han förfarit oaktsamt eller inte. Ersättningsskyldighet kan således inträda när gäldenären lämnat felaktiga uppgifter i tron att de var riktiga.

Jfr SvKöpL § 42 m. 2: »egenskap, som kan anses tillförsäkrad»; Godenhielm 107, Hellner 145 f, Ussing, Køb 124.

Se t.ex. *HD 1947 II 422:* B hade av A köpt en traktor, vilken i fråga om skick och användbarhet inte motsvarade de uppgifter som A hade lämnat, varför köpet hävdes och A ålades betala ersättning (vissa kostnader). — I en sådan situation är fråga om gäldenärens culpa inte relevant, ersättning utgår oberoende av om säljaren givit uppgifterna i god eller i ond tro.

I praktiken når man ofta samma resultat med tillhjälp av en culpabedömning: gäldenären kan t.ex. anses ha vållande om han givit en uppgift vars riktighet han inte brytt sig om att kontrollera. Det kan likväl vara naturligare att grunda ersättningsskyldigheten direkt på gäldenärens meddelande.

Som grund för ersättningsansvar behöver man inte kräva ett särskilt meddelande från gäldenärens sida. Ofta förutsättes det att avtalsobjektet skall ha vissa egenskaper. Här kommer man långt bort från garantisynpunkterna.

HD 1951 II 150: B hade av A hyrt ett garage som A skulle hålla uppvärmt; konstruktionen visade sig vara sådan att garaget inte kunde hållas varmt; B erhöll ersättning för skada orsakad av att kylvattnet frusit.

Man bör inte presumera en garantiliknande situation om det de facto inte är fråga därom. Garantikonstruktionen saknar ofta stöd i de verkliga förhållandena.

Se t.ex. *HD 1944 II 146* (ref. s. 297); Ussing 107.

I den mån det är fråga om en verklig garantiklausul i avtalet — gäldenären har uttryckligen påtagit sig ett strängare eller ett mera preciserat ansvar (s. 462) — har förutsättningarna för ersättningsskyldigheten fixerats genom avtalet. Härom är inte nu fråga.

2) Med avseende på *mora accipiendi* — bristande medverkan vid avtalets fullgörande — har det ansetts att ansvaret är strikt. Härvid blir det främst fråga om ersättning för merkostnader som orsakats av parts bristande medverkan, t.ex. kostnader, som säljare haft för godsets vård, när köparen vägrat mottaga godset.

Köparen kan inte frita sig från ersättningsskyldighet genom att exculpera sig, t.ex. visa att han till följd av sjukdom varit hindrad att ta emot köpgodset.

Se bl.a. Portin 174 f, 258 ff och av honom åberopad litteratur.

3) Inom köprätten har man diskuterat följderna av att säljarens *uppfyllelseföranstaltningar slår fel.* Också här finns i viss utsträckning plats för ett strikt ansvar. Samma synpunkter kan ha relevans vid andra avtal än köp.

Detta specialproblem skall inte behandlas här; se bl.a. Aimén § 24 vid not 11 a ff, Rodhe § 48 vid not 61—63, Hellner 92 f, Ussing 121 f.

4) Avtalsparterna har inte alltid lika starka positioner. Avsevärda *olikheter* kan förekomma ekonomiskt eller socialt eller med avseende på erfarenheter och kunskaper av betydelse i det konkreta avtalsförhållandet. I allmänhet är sådana olikheter inte rättsligt relevanta. Enahanda normer gäller för bägge parter.

I lagstiftningen förekommer en strävan att skydda den svagare parten i ett avtalsförhållande. Ofta ges detta skydd av absoluta lagregler.

T.ex. ArbAvtL och HyresL skyddar i olika avseenden den svagare parten: arbetstagaren, hyresgästen.

Rättspolitiskt är det viktigt att samma strävan får plats i rättstillämpningen även när lagregler saknas. I fråga om avtalsersättning är det naturligt att så sker.

Om gäldenären är den starkare parten, kan det vara rimligt att bedöma hans ersättningsansvar strängare. Det övertag, som han har i avtalsförhållandet, kan reduceras genom att hans ansvar bedömes som strikt. En annan möjlighet är att tillåta exculpering men ställa stränga krav på culpabedömningen.

Enligt HyresL har hyresgästs ersättningsskyldighet bundits vid vållande i de ansvarighetssituationer som lagen reglerar. Samma princip har inte klart kommit till uttryck i fråga om den starkare parten — hyresvärden. Man kan inte härav dra slutsatsen att hyresvärdens ansvar genomgående vore strikt. I den mån lagen inte kan anses ge besked har man att bedöma ersättningsskyldigheten enligt vanliga riktlinjer. I den kon-

kreta bedömningen har man dock att beakta även den omständigheten att ett strängare ansvar för den starkare parten kan vara påkallat.

Enligt ArbAvtL § 51 har vardera partens ansvar bundits vid culpa. Det är dock möjligt att i fråga om arbetsgivares ansvar tillämpa en strängare culpabedömning än beträffande arbetstagare. Redan olikheten med avseende på aktsamhetsstandard betingar detta. Enligt § 51 m. 3 bedömes arbetstagarens ansvar mildare i det avseendet att ersättningen kan jämkas, vilket inte ifrågakommer med avseende på den ersättning som kan åvälvas arbetsgivare (se s. 373 f).

5) Det kan vara motiverat att åvälva gäldenären ett strikt ansvar i vissa fall när ett *relativt prestationshinder*, som han är skyldig att övervinna, är för handen. Om de uppoffringar, som gäldenären borde göra för att fullgöra avtalet, är väsentligt större än borgenärens intresse av att få prestation, kan det vara rimligt att gäldenären, som underlåter att prestera, ersätter avtalsvärdet helt oberoende av orsaken till prestationshindret.

Se Ussing 124. — Jfr avbeställning s. 165.

6) I viss utsträckning kan man beakta möjligheten att genom *försäkring* skydda sig mot de ekonomiska följderna av ett avtalsbrott.

Främst har man att klarlägga huruvida en lämplig försäkringsform finnes att tillgå, om den kostnad, som försäkringen medför, står i rimlig proportion till avtalsvärdet samt om det är naturligt och vanligt att i liknande fall teckna försäkring. Om svaren på dessa frågor är jakande, har man att avgöra vilken av parterna som rimligtvis bort företa den skyddsåtgärd som försäkringen innebär.

Om gäldenären försummat att skydda sig genom försäkring, ligger det ibland nära att åvälva honom ersättningsskyldighet oberoende av om han vållat avtalsbrottet eller inte. Om däremot borgenären underlåtit att teckna sedvanlig försäkring, kan man överväga att begränsa gäldenärens ersättningsskyldighet till de fall då ett klart vållande från gäldenärens sida är för handen. Bestämda regler kan knappast ges. Försummat försäkringsskydd är dock en omständighet som kan påverka bedömningen av ersättningsansvaret.

7) Strikt ansvar förekommer i viss utsträckning i fråga om gäldenärens ansvar för avtalsobjektets *skadebringande egenskaper*. Det är inte fråga om avtalsersättning i egentlig mening utan om en indirekt förlust orsakad av att avtalsobjektet inte var avtalsenligt. Frågan om gäldenärens ersättningsskyldighet måste såsom ett särproblem lösas enligt andra regler än de som gäller vanlig avtalsersättning (se s. 405 f).

8) Ersättning för *vårdkostnader* är inte alltid bunden vid gäldenärens vållande. Vid hävning av avtal kan det t.ex. förekomma att gäldenären, oaktat han inte ansetts

skyldig att betala avtalsersättning, likväl bör gottgöra borgenären de kostnader denne haft för vården av avtalsobjektet innan detta återlämnats. Ersättningen har i sådana fall en speciell grund: vården har huvudsakligen skett i gäldenärens intresse och gäldenären har besparats utgifter när vården omhänderhafts av borgenären. Den nytta, som borgenären eventuellt haft av godset, kan observeras som utjämning.

Se *HD 1942 II 112.*

9) Ibland kan ett avtal *tolkas* så, att gäldenären anses ha påtagit sig ett strikt ansvar.

Se t.ex. *HD 1960 II 104*; jfr HovR som ansåg ersättningsskyldigheten betinga culpa. Betr. ersättningsklausuler i avtal, se s. 454.

10) *Bristande kännedom om en avtalsförpliktelse* med påföljd att denna inte fullgöres kan vanligen uppfattas som culpa. Men även om så undantagsvis inte är fallet, ter det sig naturligt att gäldenären ansvarar när prestationen uteblir.

Se Ussing 118.

8.3.3.3. Befrielsegrunder (strikt ansvar)

Det strikta ansvaret innebär — såsom tidigare framhållits — att ersättningsskyldigheten är oberoende av gäldenärens culpa och medhjälpares fel eller försummelser. Exculpering befriar inte gäldenären från ansvar.

Detta betyder inte att avtalsbrott alltid föranleder ersättningsskyldighet när ansvaret är strikt. Det kan föreligga någon omständighet som utesluter ansvar — en *befrielsegrund*. Det förekommer olika befrielsegrunder. De behöver inte vara desamma för alla fall av strikt ansvar; t.ex. ett relativt prestationshinder kan i en situation utesluta ansvar, i en annan inte.

I princip åvilar det gäldenären att påvisa existensen av en omständighet som befriar från ansvar. Bevisbördan är gäldenärens.

Detta schema är detsamma som normalt gäller i fråga om culpa-ansvar: man utgår från att ersättningsansvar är för handen när avtalsbrott förekommit, för att gäldenären skall gå fri från ansvar måste en befrielsegrund vara för handen. I fråga om culpa-ansvar är befrielsegrunden frånvaro av vållande. Vid strikt ansvar gäller inte denna utan andra befrielsegrunder, t.ex. force majeure. Häri framträder den principiella skillnaden mellan de två ansvarighetsformerna: befrielsegrunderna är olika. Men utgångsläget är detsamma — ett avtalsbrott.

I det följande behandlas två slag av befrielsegrunder: prestationshinder (a) och borgenärens uppträdande (b).

a. Prestationshinder

Kan prestationshinder utesluta ersättningsskyldighet? Frågan måste besvaras särskilt för sig med avseende på omöjlighet (I), force majeure (II) och relativt prestationshinder (III).

I. *Omöjligheten* är objektiv när prestation är utesluten inte bara för gäldenären utan för varje annan person. Detta är t.ex. fallet när ett individualiserat avtalsobjekt förstörts. Subjektiv omöjlighet är för handen när gäldenären inte kan prestera men det vore möjligt för en annan person att fullgöra avtalet.

Betr. omöjlighet se s. 114 ff.

Omöjlighet innebär att krav på avtalsprestation är uteslutet. Därav följer inte utan vidare att gäldenären vore befriad från ersättningsskyldighet. Omöjlighetens betydelse för ansvarigheten beror främst på *orsaken* till prestationshindret.

Om omöjligheten har framkallats av gäldenären eller av en medhjälpare, för vars fel eller försummelse han svarar, blir gäldenären normalt ansvarig. Prestationshindret utgör inte befrielsegrund. Det undantränges av det faktum att gäldenären har vållande eller att fel eller försummelse föreligger hos hans medhjälpare.

Situationen är en annan när omöjligheten orsakats av omständigheter för vilka gäldenären inte har något ansvar — av en tredje man eller av andra omständigheter utanför gäldenärens verkningskrets, t.ex. av eldsvåda eller sjukdom.

Med avseende på *objektiv* omöjlighet ligger det nära att anta att ersättningsansvaret uteslutes. En generell regel kan likväl inte uppställas. Situationerna varierar avsevärt.

Enligt SjöL § 131 har bortfraktaren »rätt till ersättning för fraktförlust och annan skada» om befraktaren frånträder fraktslutet innan lastningen bröjat. Ersättningsskyldigheten uteslutes likväl om avlämnande av godset från befraktarens sida omöjliggjorts till följd av »undergång av allt gods av det slag avtalet avser». Objektiv omöjlighet orsakad på detta sätt utesluter sålunda det strikta ansvar som enligt lagrummet vilar på befraktaren.

Samma lösning har ansetts gälla vid leverans. Säljaren — som i princip ålagts strikt ansvar — har ansetts vara fri från ersättningsskyldighet när det föreligger objektiv omöjlighet vilken består däri att det skett förstörelse av allt det gods som köpet omfattar.

Denna ståndpunkt vilken ansetts gälla även hos oss — se Palmgren 188 ff, Godenhielm 76 f — har sin grund i SvKöpL § 24, som (på samma sätt som SjöL § 131 m. 2) omfattar såväl objektiv omöjlighet som force majeure; se Rodhe § 48 vid not 52 ff, Hellner 91 ff.

De nämnda två fallen ger exempel på objektiv omöjlighet som befriar från ansvar. Starka skäl talar för att man i fråga om andra avtal kan göra en bedömning av ansvaret i likartade situationer. Den väsentliga synpunkten är att det är fråga om ett allmänt prestationshinder, som för envar helt omintetgör prestation av visst slag.

Situationen kan uppfattas på annat sätt när orsaken till omöjligheten begränsas till den aktuella prestationen, t.ex. när ett specificerat avtalsobjekt förstörts av våda eller när gäldenärens prestation försenats till följd av strejk. Även detta kan vara objektiv omöjlighet i den meningen att prestationen inte kan fullgöras av någon annan.

Avgörandet blir beroende av olika omständigheter in casu. En relevant fråga är om den omständighet, som orsakat omöjligheten, t.ex. eldsvåda, faller inom den verksamhet för vilken gäldenären i allmänhet svarar. Om ersättningsansvaret betingas av att avtalet ingår som led i gäldenärens företagsverksamhet, svarar gäldenären i regel för händelser som har anknytning till denna verksamhet. Gäldenären befrias sålunda inte från ansvar om en av borgenären beställd maskin förstöres vid eldsvåda i gäldenärens fabrik eller försvinner vid en inbrottsstöld i fabrikslokalen. Ej heller strejker i eller utanför gäldenärens företag kan normalt åberopas som befrielsegrund.

Under inflytande av stadgandet om leverans i SvKöpL § 24, som omfattar såväl objektiv omöjlighet som force majeure, har det ansetts, att även objektiv omöjlighet generellt befriar från ersättningsskyldighet. Det bör likväl observeras att det i § 24 är fråga blott om *ett* fall av objektiv omöjlighet — förstörelse av allt gods av det slag eller det parti köpet avser. Det nämnda stadgandet bör inte uppfattas som uttryck för en allmän princip att objektiv omöjlighet befriar en gäldenär från ersättningsskyldighet. Se härom Rodhe § 48 vid not 50—55. — Detsamma kan med avseende på inhemsk rätt sägas om SjöL § 131 m. 2.

Jørgensen 135: man kan »ikke slutte, at erstatning er udelukket, fordi naturalopfyldelse er umulig».

BGB § 280: ersättningsskyldighet är för handen när omöjlighet är en följd av »eines von dem Schuldner zu vertretenden Umstandes», se även § 323; Fikentscher 212 ff, Larenz I 237 ff.

De exempel, som här anförts, ger vid handen att man inte enhetligt kan bedöma alla de fall då prestationshindret föranletts av objektiv omöjlighet. Därtill kommer att det i de senast berörda situationerna lika väl kan vara fråga om subjektiv omöjlighet.

Det ligger nära att anta att gäldenären inte kan frita sig från ersättningsansvar genom att åberopa och styrka *subjektiv* omöjlighet. I många fall är detta antagande riktigt.

Det mest påtagliga fallet är att gäldenären saknar ekonomiska resurser att fullgöra avtalet — i den mån man uppfattar detta förhållande som omöjlighet (s. 118). Gäldenären är ansvarig.

Se även Ussing 119 f, Arnholm III 278.

Omöjlighet kan bero på omständigheter, som har avseende på gäldenärens person, t.ex. sjukdom eller olycksfall. Om avtalet kräver en personlig insats från gäldenärens sida, vore det inte riktigt mot honom att i sådana situationer åvälva ersättningsansvar. Detsamma kan i viss utsträckning ehuru inte generellt gälla även en del sådana fall då avtalet inte nödvändigt behöver fullgöras av gäldenären personligen. I här avsedda situationer är det vanligen fråga om ett culpa-ansvar för gäldenären (s. 283) — sjukdom och olycksfall betyder frånvaro av culpa och befriar sålunda från ersättningsansvar.

Se Vihma 307. — Jfr AvbetKöpL § 2 m. 2.

Det som här sagts, ger inte underlag för några säkra konklusioner. Man bör ha klart för sig att det inte kan dras någon skarp gräns mellan objektiv och subjektiv omöjlighet. Denna gräns har ett tvivelaktigt värde när man skall bestämma om ett prestationshinder befriar gäldenären från ansvar eller inte (se s. 116 f). Ett försiktigt försök till *konklusion* vore att prestationshinder, som beror på en generellt verkande faktor, t.ex. total förstörelse av viss genus, befriar från ansvar medan övriga fall av omöjlighet — vare sig omöjligheten betecknas som objektiv eller subjektiv — i allmänhet inte utgör befrielsegrunder. Detta är snarare en tendens än en allmän riktlinje.

Avgörandet måste in casu ske med ledning av det faktiska läget, de orsaker som framkallat prestationshindret och de omständigheter som i det föreliggande fallet motiverar ett strikt ansvar (företagsverksamhet etc.). Vägledande är även nu parternas behov av rättsskydd. Från borgenärens synvinkel sett är det inte relevant av vilket slag presentationshindret är. Frågan är närmast huru långt gäldenärens ansvarighetsområde bör utsträckas. I sista hand beror avgörandet på en allmän bedömning av parternas risker.

Se t.ex. *HD 1931 I 1:* A hade vid överlåtelse av kvarn och elektricitetsverk förbehållit sig rätt till fri mäld och elektricitet, denna förmån hade han sedermera inte kunnat åtnjuta till följd av att anläggningen av våda brunnit ned; anläggningens ägare fritogs från ersättningsskyldighet under den tid som kunde beräknas åtgå till återuppbyggnaden. -- Möjligen kunde avtalet tolkas så, att parterna avsett att A skulle få åtnjuta en rätt men inte att B åtagit sig att under alla omständigheter prestera elström.

I praktiken torde frågan om relevansen av omöjlighet — objektiv eller subjektiv — inte ofta bli aktuell. Ersättningsskyldigheten bestämmes enligt andra grunder — gäldenären har orsakat prestationshindret (culpa), gäldenären (eller borgenären) står faran för avtalsobjektet, reglerna om force majeure (II) tillämpas etc.

II. Det har allmänt ansetts att *force majeure* befriar gäldenären från ersättningsskyldighet. Det strikta ansvaret omfattar inte följderna av utebliven prestation orsakad av övermäktigt hinder.

Se SjöL § 131, SBL § 7. — SvKöpL § 24.
Palmgren — Olsson 109, Godenhielm 81 f, 170 f, Heikonen — Aaltonen 193 f; Rodhe § 48 vid not 52 ff, Hellner 96; Ussing 120 f, 124 f.
UCC sec. 2—615.
Begreppet force majeure (vis major) s. 119 f.

När force majeure orsakat avtalsbrott, betyder detta inte att avtalet förlorar sin bindande kraft. Däremot bortfaller gäldenärens skyldighet att fullgöra sin avtalsprestation. Ersättning i stället för naturafullgörelse är tänkbar.

Ur borgenärens synvinkel är en sådan lösning naturlig. Huvudvikten bör likväl fästas vid gäldenärens behov av skydd mot ett ersättningskrav. Oberäkneliga extraordinära prestationshinder faller utanför den kategori av händelser som gäldenären har skäl att räkna med. Det förefaller motiverat att med hänsyn till gäldenärens behov av rättsskydd uppfatta force majeure som en befrielsegrund.

I *rättspraxis* har gäldenärens ersättningsskyldighet uteslutits i de fall då force majeure ansetts föreligga.

Man kan hänvisa till bl.a. följande avgöranden refererade ovan (s. 123 f):
Ersättningsanspråk har underkänts — *HD 1950 II 170, 1947 II 241, 1943 II 160, 1925 D II 235.*
Krav på ersättning har godkänts på den grund att övermäktigt hinder ej ansetts föreligga — *HD 1947 II 13, 1950 II 77, 1945 II 83, 1943 II 242, 1921 D II 402.*
Se även HD-avgöranden refererade av Godenhielm, Säljarens bundenhet 47 ff.

Regeln att force majeure befriar gäldenären från ersättningsskyldighet gäller inte undantagslöst. Sålunda kan gäldenären bli skyldig att betala moraränta oaktat dröjsmålet berott på force majeure.

Se s. 385 f.
För ersättning utöver moraränta gäller vanliga regler, befrielse inträder sålunda vid force majeure; se bl.a. Portin 88 f och där åberopad litteratur; se även s. 388 f.

Skyldighet att betala ersättning för vårdkostnader har ansetts föreligga vid mora accipiendi oaktat denna berott på force majeure. Detta motiveras närmast med att vården huvudsakligen sker i den andra partens intresse.

Se Portin 263.

Force majeure behöver inte nödvändigt utesluta ersättning för kostnader som orsakats av avtalsbrottet. Avgörandet beror av en bedömning in casu i syfte att nå en för båda parter skälig fördelning av avtalsbrottets ekonomiska konsekvenser.

Det kan inträffa att ett prestationshinder av typen force majeure förekommit, men

att fullgörandet av avtalad prestation inte försvårats i så hög grad, att ett absolut prestationshinder är för handen och att befrielse från ersättningsskyldighet sålunda vore motiverad. Det gäller att in casu bedöma verkningarna av force majeure.

Se *HD 1944 II 7:* A hade i november 1939 åtagit sig att före 15.12. 1940 åt B leverera vissa partier trävaror. Leveransen hade fullgjorts blott till en mycket liten del. B krävde ersättning. A hänvisade bl.a. till att han varit inkallad i militärtjänst 10.12. 1939—31.7. 1940. Bl.a. på den grund att det ej visats att vinterkriget i så hög grad försvårat fullgörelse att A borde anses ha blivit fri från sina förpliktelser, godkändes ersättningskravet. — Min. (1) ansåg att force majeure förelegat allenast betr. avtalad mängd brännved, på denna grund godkändes ersättningsanspråket partiellt. — *HD 1931 I 12, HD 1921 D II 402.*
Se även Godenhielm, Säljarens bundenhet 191 ff.

I undantagsfall kan gäldenären ha påverkat omständigheter som har samband med force majeure. Gäldenären kan då bli ersättningsskyldig.

HD 1944 II 189: gods överlämnat till järnvägstransport hade stulits från en låst vagn i vilken inbrott skett. HD uttalade, att järnvägen ansvarade enligt JärnvTrafikS § 87 för gods, som lämnats till transport, och att järnvägen, som visserligen överenskommit med en bevakningsaffär om vakthållning, inte visat att så effektiv bevakning ordnats, att stölden kunde betraktas som övermäktig tilldragelse; på grund härav godkändes ägarens ersättningskrav. — Enligt JärnvTrafikS § 87 anses stöld vara övermäktig tilldragelse (force majeure); se s. 124.

Det förekommer att gäldenären inte befrias från ersättningsskyldighet när han vid avtalets ingående *bort räkna med* ett bestämt prestationshinder av typen force majeure.

SBL § 7 m. 2, SjöL § 131 m. 2 samt SvKöpL § 24.
Se bl.a. *HD 1945 II 131, 1923 D II 300.*

Den part, som räknar med att hans prestation kan komma att omöjliggöras till följd av force majeure, kan anses handla oförsvarligt när han förpliktar sig utan förbehåll. Situationen kan bedömas som culpa in contrahendo. Alternativt kan man anse att gäldenären genom att under föreliggande omständigheter ingå avtal tagit på sig den ekonomiska risken av att avtalet inte kan fullgöras. På denna grund kan han anses vara ersättningsskyldig. Man kan likväl inte — utan stöd av lag — bygga ersättningsansvaret enbart på förutsebarheten. Andra omständigheter kommer med i bedömningen. Denna har att in casu söka svar på frågan vem av parterna som ligger närmare att bära den uppkomna förlusten.

Se härom Godenhielm, Säljarens bundenhet 236 ff, Heikonen—Aaltonen 196. — Hellner, 95 f, ställer sig kritisk till den lösning som SvKöpL anger, se även litteraturhänvisningar.

Vilken grad av förutsebarhet skall man kräva för att gäldenären skall bli ansvarig? Då force majeure betecknar omständigheter av extraordinär art helt utanför par-

ternas verkningskrets, bör endast en relativt hög grad av förutsebarhet medföra ansvar för gäldenären. Det räcker inte med att force majeure framstår som en avlägsen eventualitet. Sannolikheten bör vara stor.

Se *HD 1947 II 142* (ref. s. 121); det kan ifrågasättas om sannolikheten för ett krigstillstånd var så stor att gäldenären bort räkna därmed.

Det är möjligt att inte blott gäldenären utan även borgenären bort räkna med framtida force majeure. Inverkar detta på ansvarighetsbedömningen?

När man har att avgöra vilkendera parten som i en sådan situation skall bära risken för ett prestationshinder, ligger det vanligen närmare att lägga ansvaret på gäldenären. Denne bör i första hand bedöma sina förutsättningar att fullgöra avtalet. Ersättningsskyldighet kan sålunda åvälvas gäldenären om prestationen omöjliggöres.

Om force majeure är för handen redan vid avtalets ingående och gäldenären vet detta, bör han upplysa borgenären därom. Sker detta inte, blir gäldenären ansvarig. Han tar på sig risken av att fullgörelse inte kan ske. Det inverkar inte på sak att gäldenären räknat med att hindret skulle upphöra innan fullgörelsetiden är inne.

HD 1951 I 16: överlåtelse av avverkningsrätt till fredad skog; köparen var ej medveten om fredningen, ersättning utdömdes.

Se även *HD 1930 II 629:* köpare ansågs ha varit medveten om avverkningsförbud i skog till vilken han förvärvat rätt att avverka; hans krav på återbetalning av priset underkändes; de av köparen avverkade stammarna hade förklarats förbrutna.

Det är likväl möjligt att ett avtal bör tolkas så, att gäldenären inte tagit på sig ansvaret för force majeure oaktat han varit medveten om dess existens. Vid tolkningen har man att observera en rimlig riskfördelning mellan parterna.

Om force majeure uppkommer efter det *dröjsmål* inträtt för gäldenären, kan man utgå från att prestationshindret inte befriar gäldenären från ansvar.

Se i fråga om köp Vihma 131 f, Heikonen — Aaltonen 196.

III. Konstaterandet att force majeure i regel fritar gäldenären från ersättningsskyldighet betyder inte nödvändigt att ansvar alltid vore för handen när det föreligger ett prestationshinder som inte är force majeure i egentlig mening — vissa slag av *relativa* prestationshinder. Även relativa prestationshinder kan i vissa fall befria en gäldenär vars ansvar bedömes såsom strikt.

Se betr. relativa prestationshinder s. 126.

Bedömningen av förutsättningarna för ersättningsskyldighet är i viss utsträckning fri. Detta gäller särskilt när lagen inte ger anvisningar. Gränsen mellan force majeure och andra prestationshinder är ganska obestämd, t.ex. med avseende på strejker. Det

är inte givet att det alltid är lämpligt att låta avgöranden rörande ersättningsskyldigheten följa denna gräns. Det bör in casu vara möjligt att såsom ansvarsbefriande fakta beakta prestationshinder utanför gruppen force majeure.

Eldsvåda eller annat olycksfall i ett tidningstryckeri eller en oförutsedd strejk — inte force majeure — kan befria tidningsutgivare från att betala ersättning för försenade annonser; se N i a l, Annonsavtalet 43, 60 f.

G o d e n h i e l m, 84 f, anser att en strejk (som en säljare sällan har möjlighet att för sin del undvika) synes kunna åberopas som grund för befrielse från ansvar även utan uttryckligt förbehåll. — För egen del kan jag inte omfatta denna ståndpunkt, strejk hänföres vanligen inte till force majeure; se s. 124. — Se även H e i k o n e n — A a l t o n e n 191 f.

Se även FörsAvtL § 70 m. 1, som ger försäkringshavaren samma rätt till ersättning som vid total förlust när fartyget »icke kan för rimlig kostnad göras för sitt ändamål användbart»; R i s k a, Om försäkring av driftsintresse 203 ff. — S a x é n, Förlagsavtalet 205 f.

Det sagda betyder att man vid tillämpningen av strikt ansvar kan ta hänsyn till prestationshinder av olika slag. Mellan de gränser, som markeras av å ena sidan gäldenärens culpa, å andra sidan force majeure, kan det ske en konkret prövning av förutsättningarna för ersättningsskyldighet. Man bör likväl eftersträva en standardisering. Detta kan ske så, att man — med beaktande av det som ovan (I) sagts om omöjlighet — *i allmänhet* anser att endast force majeure i egentlig mening fritar gäldenären från ersättningsskyldighet när ansvaret bedömes som strikt. Endast på särskilda skäl kan avseende fästas vid prestationshinder av annat slag. Härvid har man anledning att vara restriktiv. Annars uppmjukas det strikta ansvaret för mycket och ansvarighetsbedömningen blir ännu mera osäker.

b. Borgenärens uppträdande

I. Gäldenärens bristande fullgörelse kan ha föranletts av borgenären eller påverkats av dennes åtgärder.

Borgenären är ofta skyldig att medverka till prestationens fullgörande eller att på annat sätt bidra till avtalsförhållandets avveckling. Ifall borgenären underlåtit att fullgöra sina skyldigheter i sådant avseende, är det naturligt att anse gäldenären ursäktad för bristande fullgörelse. Borgenärens anspråk på rättsskydd ter sig inte motiverat. Följderna av borgenärens handlande eller underlåtenhet bör inte övervältras på gäldenären. Borgenärens åtgärder, försummelse eller uppträdande i övrigt kan av gäldenären åberopas som grund för befrielse från ansvar.

Det är inte nödvändigt eller ens ändamålsenligt att uppfatta borgenärens förhållande till avtalsbrottet såsom culpa från hans sida. Borgenärens uppträdande kan visserligen ibland betecknas som klandervärt. Ett sådant omdöme är likväl irrelevant. Väsentligt är endast huruvida borgenärens handlande eller underlåtenhet kan ses som en omständighet vilken utesluter ersättningsansvar för gäldenären.

Se Rodhe § 29 vid not 57 ff.

Det är i överensstämmelse härmed naturligt att prägla satsen att gäldenären kan befrias från ansvar när bristande uppfyllelse av ett avtal berott på att borgenären åsidosatt en *borgenärsförpliktelse* — underlåtit att motta avtalsobjektet eller handlat vårdslöst vid mottagandet, givit felaktig specifikation beträffande avtalsobjektets egenskaper etc. I dessa fall står avtalsbrottet att finna hos borgenären. Gäldenärens bristande fullgörelse är en sekundär faktor — en följd av att en borgenärsförpliktelse inte fullgjorts. Om borgenären kräver ersättning med hänvisning till att gäldenären inte fullgjort avtalet, kan gäldenären tillbakavisa ersättningsanspråket genom att styrka att orsaken till den bristande fullgörelsen ligger hos borgenären.

Läget är detsamma när åsidosättandet av en borgenärsförpliktelse inte berott på borgenären personligen utan på hans medhjälpares fel eller försummelser. Argumenteringen är densamma som i fråga om gäldenärens ansvar för sina medhjälpare (s. 332). En egentlig culpabedömning behöver likväl inte ske.

HD 1948 II 500: A hade förbundit sig att åt B leverera 13.000 tegel, som B skulle transportera från As fabrik. B hade fört bort 10.500 tegel och påstod att de återstående teglen ej var färdiga på avtalad tid. B, som företagit täckningsköp, krävde av A bl.a. prisskillnaden; HD konstaterade, att en del tegelstaplar fallit och tegel därigenom förstörts till följd av Bs arbetares oförsiktighet och att sålunda endast 309 tegel ej levererats åt B, men att även dessa tegel funnits på fabrikens område och att transporten av dem försummats av B utan As skuld; på grund härav utdömdes endast ett belopp motsvarande avtalat styckepris för 309 tegel, övriga krav (egentlig avtalsersättning) underkändes.

Det kan förekomma avtalsbrott på *bägge sidor:* jämte det gäldenären åsidosatt en handlingsnorm har borgenären brutit mot avtalet. Ömsesidiga avtalsbrott kan skapa komplicerade situationer. I princip har vardera parten rätt att framställa ersättningsanspråk (eller andra anspråk) på basen av den andra partens avtalsbrott. Den praktiska frågan är huru dessa motsatta krav skall vägas mot varandra.

Det är inte möjligt att ge ett allmängiltigt svar. Situationerna växlar mycket. I fråga om gäldenärens ersättningsansvar har man att in casu pröva om och i vilken utsträckning borgenärens handlande eller underlåtenhet kan befria gäldenären från den ersättningsskyldighet som normalt borde följa av hans avtalsbrott. Denna prövning kan inte bindas vid fasta normer.

II. Det är inte bara åsidosättandet av borgenärsförpliktelser eller annat avtalsbrott på borgenärens sida som kan utesluta ansvar för gäldenären. Samma verkan kan framkallas av särskilda omständigheter som har anknytning till borgenärens person eller till hans handlande. Några sådana skall nämnas.

Det är möjligt att borgenären vid ingående av avtal varit medveten om viss omständighet, som är av betydelse för avtalets fullgörande, eller bort ha vetskap därom.

Borgenären har varit i *ond tro*. Om borgenären t.ex. varit medveten om ett prestationshinder, är det inte riktigt att godta hans anspråk på ersättning när gäldenären underlåtit att prestera. Genom att ingå avtalet medveten om hindret kan borgenären anses ha påtagit sig den ekonomiska risken. Detta gäller likväl inte undantagslöst: läget kan, beroende på de faktiska omständigheterna, uppfattas så att gäldenären tagit på sig risken för att prestationshindret övervinnes. Ersättningsskyldigheten blir beroende av en riskbedömning in casu.

Se *HD 1949 II 293:* A hade åt B överlåtit rätt att avverka viss mängd virke från sin skog. Skogen hade varit fredad; trots det hade B avverkat och till följd därav ådragit sig extra kostnader i form av ersättning till skogsvårdsnämnden. Enligt avtalet hade A förbundit sig att ersätta den skada som kunde uppstå av att skogen möjligen var fredad. B krävde A på ersättning för de nämnda kostnaderna. HD konstaterade, att fredningsavtalet enl. L om enskilda skogar § 15 bör anses ha kommit även till Bs kännedom och att avverkning enl. avtalet fick utföras endast med skogsvårdsnämndens tillstånd; då B underlåtit att utverka sådant tillstånd, kunde han inte åberopa den nämnda avtalsklausulen om As skyldighet att ersätta den skada som skogens fredande eventuellt kunde orsaka B; Bs ersättningstalan förkastades på grund härav.

Borgenären kan vid avtalets ingående ha *underlåtit att skaffa sig tillförlitliga uppgifter* om faktorer av relevans för avtalsförhållandet, t.ex. om begränsningar i avtalsobjektet eller dess användande. I första hand har gäldenären en upplysningsplikt. I många fall bör det dock anses ankomma på borgenären att själv införskaffa sakuppgifter. Underlåter borgenären att göra det, sker det på hans egen risk. Denna borgenärens underlåtenhet kan utesluta gäldenärens ersättningsansvar grundat på att borgenären inte fritt kan utnyttja avtalsobjektet.

Se *HD 1942 II 170:* köparna av legorätt till stadstomt och därpå uppförda byggnader hade underlåtit att ta reda på varaktigheten av ett hyresförhållande, som gällde en av byggnaderna, oaktat dem erbjudits tillfälle därtill och anledning att göra det även funnits, därigenom ansågs de delvis skyldiga till skada, som orsakats dem, varför anspråk på ersättning ogillades.

Se även Saxén, JFT 1962 273 (fel i köpgods).

Betr. rådighetsfel i avtalsobjektet, se s. 308.

Ofta har borgenären en *undersökningsplikt* med avseende på avtalsobjektet. Försummelse att undersöka objektet eller sentida undersökning kan leda till att borgenären går miste om ett ersättningsanspråk på grund av fel. Härvid förutsättes i regel att gäldenären inte varit medveten om felet.

HD 1955 II 147: köpgodset hade fel, köparen hade försummat sin undersökningsplikt, säljaren ansågs ej ersättningsskyldig då han ej varit medveten om felet.

Se bl.a. Godenhielm 146 f, Hellner 152 f. — Betr. reklamation s. 470.

Gäldenärens strikta ansvar för *rättsliga fel* i avtalsobjektet gäller inte om *borgenären* varit i *ond tro* vid avtalets ingående — borgenären har haft eller borde ha haft vetskap om det rättsliga felet. I denna situation är tillitssynpunkten borta — borgenären kan inte lita på att avtalsobjektet är felfritt när han vet eller borde veta att så inte är fallet. Borgenären har ingått avtalet på egen risk. Hans onda tro utesluter gäldenärens ansvar.

Enl. SBL § 9 m. 1 svarar överlåtaren inte för fordringens giltighet om förvärvaren var i ond tro; se Hakulinen, Velkakirjalaki 87 f.

HD 1930 II 230: A, som arrenderat ett jordområde, hade varit medveten om att delar därav upplåtits åt B och C. A erhöll ej ersättning av ägaren för att han inte kunde utnyttja hela området.

SvKöpL § 59 m. 2 utesluter uttryckligen ersättningsskyldigheten om köparen varit i ond tro; Hellner 164.

Det som här sagts om gäldenärens ansvar har avseende på skyldigheten att betala egentlig avtalsersättning vare sig avtalet återgår eller blir bestående.

Det kan in casu bereda svårigheter att avgöra om borgenären med avseende på ett rättsligt fel varit i ond tro. Man har att utgå från att god tro är för handen. Bevisskyldigheten med avseende på borgenärens onda tro åvilar gäldenären.

Avgörandet är främst beroende av dels borgenärens faktiska möjligheter att få reda på existensen av ett rättsligt fel, dels om det är naturligt att borgenären utnyttjar dessa möjligheter. Dessa omständigheter skall man in casu pröva för att få ett svar på frågan om borgenären borde ha haft vetskap om felet eller borde ha tagit reda på om fel föreligger.

Frågan aktualiseras t.ex. när intecknad egendom överlåtes. Förvärvaren kan genom gravationsbevis lätt få tillförlitliga uppgifter om gällande inteckningar. Beträffande dessa kan han i regel inte åberopa god tro. Det förbehållet bör likväl göras att borgenären bör kunna lita på gäldenärens uttryckliga uppgifter om vilka inteckningar som belastar egendomen. Likaså kan borgenären såsom riktig betrakta gäldenärens uppgift att en intecknad skuld helt eller delvis är betald, för borgenären kan det ofta vara svårt att få uppgiften kontrollerad.

Liknande synpunkter kan anföras med avseende på *rådighetsfel* (se även s. 311 f).

Borgenärens förhållande till avtalsbrottet kan även framträda däri att han varit *oförsiktig när han använt ett felaktigt avtalsobjekt.* Detta kan tänkas utesluta borgenärens på felet grundade ersättningsanspråk.

Se *H D 1946 I 1 6:* ett slakteri A hade levererat kött till en minkfarm (B); av de med köttet utfordrade minkarna hade ett antal dött. Bs krav på ersättning ogillades då B haft skälig anledning misstänka att köttet härrörde från ett självdött djur och han såsom ägare till minkfarm bort veta att minkar var särskilt ömtåliga i fråga om beskaffenheten av den föda de förtärde, men han det oaktat använt köttet utan iakttagande av erforderlig försiktighet.

Borgenärs culpa kan ge anledning till jämkning av avtalsersättningen (inte hel befrielse för gäldenären); s. 371.
Se även ansvar för farliga egenskaper hos avtalsobjektet, s. 404 ff.

Gäldenärens ersättningsskyldighet kan även uteslutas till följd av åtgärd som gäldenären företagit med *borgenärens samtycke*. Detta kan ha givits uttryckligt eller konkludent. Genom att samtycka till viss åtgärd kan borgenären normalt anses ha tagit på sig risken för åtgärdens konsekvenser.

, *HD 1936 II 174:* A uppbevarade ett parti lav för Bs räkning, B hade godkänt de åtgärder, som A vidtagit för att laven inte skulle förfaras; laven hade likväl skadats till följd av varmt och fuktigt väder. A ansågs inte skyldig att ansvara för att laven förstörts. — Se även *HD 1949 II 144.*

Nära de fall, i vilka borgenärs samtycke förelegat, befinner sig de situationer då borgenären varit *medveten om de risker* som hans egendom utsättes för som en följd av avtalet — borgenären vet t.ex. att bil, som han lämnat till reparation, förvaras olåst utomhus. Detta kan ibland — ehuru ingalunda alltid — tolkas så att borgenären tagit på sig risken för att avtalsobjektet förkommer eller skadas. Ett sådant risktagande från borgenärens sida utesluter inte gäldenärens skyldighet att iaktta den omsorg som under rådande förhållanden kan krävas av honom, t.ex. att ordna nödig bevakning.

Se bl.a. A n d e r s A g e l l, Samtycke och risktagande. Studier i skadeståndsrätt (Stockholm 1962) 172 ff.

I en del avtalsförhållanden — arbetsavtal, ombudsavtal etc. — har part rätt att ge den andra parten bindande *direktiv*. Av borgenär givna direktiv kan omintetgöra eller fördröja gäldenärens prestation eller leda till att den inte fullgöres riktigt. Gäldenären blir i regel inte ersättningsskyldig när han handlar enligt borgenärens bindande direktiv.

HD 1935 II 263: A (stad) hade åtagit sig att till självkostnadspris asfaltera gångbana framför Bs tomt, vid tjällossning hade asfalten spruckit och arbetet måste göras på nytt. Bs krav på ersättning förkastades då B av A uppmanats att övervaka arbetet och B därvid givit anvisningar åt arbetsledningen och arbetarna och härigenom vållat att gångbanorna inte grundats till erforderligt djup.

Gäldenären har ibland rätt eller t.o.m. skyldighet att avvika från borgenärens direktiv. I stöd av sin allmänna lojalitetsplikt bör han avhålla sig från sådant som uppenbarligen skadar borgenären. Ett handlande i överensstämmelse med direktiven kan sålunda undantagsvis motivera ersättningsskyldighet.
Ibland är borgenären skyldig att *underrätta* gäldenären om faktiska omständighe-

ter som är av betydelse när gäldenären fullgör sin prestation. Sålunda bör den som till transport lämnar gods, vilket lätt skadas eller har ett osedvanligt högt värde, upplysa fraktföraren härom. Om detta inte sker, tar ägaren på sig de risker som följer av godsets speciella beskaffenhet.

Om borgenären är *fackman* inom det verksamhetsområde, till vilket avtalet ansluter sig, kan denna omständighet påverka gäldenärens ansvar. Fackmannaegenskapen blir aktuell t.ex. när det avtalsobjekt, som gäldenären presterar, är felaktigt i det avseendet att det inte kan användas för avsett ändamål. Borgenärens krav på ersättning för felaktigt gods kan tillbakavisas med hänvisning till att borgenären såsom fackman redan i ett tidigt skede borde ha förvissat sig om att godset är användbart. Man kan härvid hänvisa till de synpunkter vilka talar för ett strikt ansvar för en gäldenär som är fackman (s. 300).

Problemet belyses av följande domstolsavgöranden:

HD 1948 II 444: A hade åt B levererat rostfri stålplåt för framställning av träförgasare för bilar. Sedan B tillverkat ett antal förgasare måste försäljningen upphöra då köparna meddelat, att förgasarna frätts sönder efter ca 5.000 km körning. B krävde ersättning för de kostnader som orsakats av reparationen av förgasarna. HD konstaterade, att A på fakturan skrivit »rostfri träförgasarplåt» och att man inte i landet kände egenskaperna hos den nya plåten, som hade visats duga till kolförgasare. Då A ej garanterat att plåten var syrebeständig och dög till träförgasare, och då B, som ägde större yrkeskunskap än A, såsom en förståndig affärsman före inledandet av serieframställningen borde ha undersökt plåten och försäkrat sig om dess lämplighet, förkastades Bs ersättningstalan. — Min. (1) ansåg att B i första hand själv ansvarade för skadan, men att denna borde fördelas mellan A och B då A genom de uttryck han använt kan ha bibringat B uppfattningen att plåten var lämplig och då A sålunda som företagare i branschen försummat nödig omsorg.

HD 1940 II 56: B, som för rappningsarbeten beställt kalk av A, hade erhållit kalk, som var olämplig, och vars användande lett till att rappningsarbetet måste göras på nytt. Då B som omsorgsfull byggnadsfackman borde ha observerat att den levererade kalken inte var lämplig för rappningsarbete, ansågs han själv ha orsakat förlusten, varför hans ersättningskrav förkastades.

Den omständigheten att borgenären *använt* avtalsobjektet kan leda till att han går förlustig sitt krav på ersättning grundat på fel i godset.

Se *HD 1923 D II 254.* — SvKöpL § 57.

De nämnda fallen är inte de enda i vilka omständigheter, som rör borgenären eller hans handlande, utesluter gäldenärens ersättningsskyldighet. De får tjäna som exempel.

Bland andra faktorer kan nämnas utebliven eller sentida reklamation; se s. 473.

I det föregående har det närmast varit fråga om situationer i vilka ansvaret för avtalsbrottets följder helt vilar på borgenären. Dennes åtgärd eller förhållande elimi-

nerar grunden för gäldenärens ersättningsskyldighet. Från dessa fall bör man i princip skilja de situationer i vilka såväl gäldenären som borgenären ansvarar för avtalsbrottets följder: omfattningen av den ersättning, som gäldenären har att betala, påverkas av ansvarsbetingande faktorer hos borgenären. I dessa fall blir det fråga om *jämkning* av avtalsersättning (s. 371 f).

8.3.4. *Ansvar för medhjälpare*

I. Avtalsbrott kan ha föranletts eller med avseende på sina följder ha påverkats av att fel eller försummelse förekommit hos gäldenärens medhjälpare. Under vilka förutsättningar och i vilken utsträckning är gäldenären skyldig att på grund härav betala avtalsersättning?

När man konstaterar att fel eller försummelse förekommit, behöver detta inte nödvändigt betyda att culpa förelegat hos medhjälpare. Begreppet fel eller försummelse är i den meningen neutralt. Vanligen är det likväl fråga om vållande (se s. 107). Man kan utgå från att så är fallet.

Den av SjöL använda termen »fel eller försummelse» har uppfattats som vållande; Staffans 176 jfr 177 (med hänvisning till § 198 m. 3).

Allmänt om fel och försummelser hos parts medhjälpare, s. 106 ff.

Ansvaret för medhjälpare befinner sig i ersättningsfältet mellan culpa-ansvaret på den ena sidan och det strikta ansvaret på den andra.

Principiellt innebär ansvaret för medhjälpare en utvidgning av det egentliga *culpa-ansvaret.*

Om ansvaret är *strikt,* är det onödigt att klarlägga huruvida medhjälpares fel eller försummelser föranlett eller påverkat avtalsbrottet. Gäldenären är i princip ansvarig när avtalsbrott förekommit oberoende av orsaken. Han kan inte frita sig från ansvar genom att visa att avtalsbrottet inte föranletts av hans medhjälpares fel eller försummelser.

Strikt ansvar och ansvar för medhjälpares fel och försummelser kommer i praktiken ofta nära varandra och kan inte alltid åtskiljas. Detta är mest påtagligt i fråga om s.k. anonyma fel eller försummelser (VI) i företagsverksamhet, vilken i och för sig kan betinga att ansvaret bedömes som strikt (s. 303). Principiellt bör likväl strikt ansvar och ansvar för medhjälpare hållas i sär.

Frågan om gäldenärens ansvar för medhjälpares fel eller försummelser blir sålunda aktuellt när gäldenären har culpa-ansvar. Problemställningen blir därför i praktiken denna: är gäldenären, i de fall då ett culpa-ansvar gäller, ansvarig även för medhjälpares fel och försummelser? Medhjälparansvaret framstår som en *komplettering av culpa-ansvaret.*

Man kan inte utan vidare utgå från att områdena för culpa-ansvar och medhjälparansvar täcker varandra. Det kan förekomma situationer i vilka gäldenären ansvarar endast om han själv har culpa, men inte för medhjälpares fel eller försummelse.

I fråga om gåvoavtal ligger detta antagande nära. — Jfr motiveringarna i *HD 1951 II 159* och *1945 I 33* (ref. s. 344) samt i *HD 1947 II 114* (ref. s. 336).

Den följande framställningen avser att klarlägga dels under vilka förutsättningar ett ansvar för medhjälpare är för handen, dels i vilken utsträckning ett sådant ansvar förekommer. De två frågorna går in i varandra. Också nu blir det blott fråga om *allmänna riktlinjer*, inte om preciserade regler.

Här användes termen ansvar för medhjälpare eller medhjälparansvar och inte benämningen principalansvar, vilken enligt min mening bör förbehållas ansvar för skada utanför avtalsförhållanden. Denna terminologi motiveras med att ordet principalansvar pekar på relationen mellan principalen (arbetsgivaren) och hans anställda (arbetstagarna) vilket förhållande kan motivera ett ansvar för skada orsakad tredje man med hänsyn till att de anställda inte utför arbete för egen utan för principalens räkning. Medhjälparansvaret har en annan utgångspunkt: ansvaret grundas på det faktum att en person — vare sig han är anställd hos gäldenären eller inte står i hans tjänst — har som uppgift att fullgöra ett avtal eller att medverka vid dess fullgörande. Det är denna medhjälparens relation till avtalet, inte hans anställningsförhållande till gäldenären-huvudmannen som är bestämmande.

Betr. det för principalansvaret (i utomkontraktuella förhållanden) utmärkande, se Hakulinen 287 ff, Kivimäki — Ylöstalo 376 ff, Skadeståndskommitténs betänkande 24. — Betr. terminologiska frågor, se Selvig 6 f.

Medhjälparen står själv utanför avtalsförhållandet och blir enligt avtalsrättsliga regler inte ansvarig mot sin huvudmans medkontrahent.

Se HDs dom 6.9. 1949 återgiven i DL 1950 rättsfall nr 47.

II. Gäldenärens ansvar för medhjälpare är i några fall *reglerat i lag*.

ArbAvtL § 8 m. 2, SjöL §§ 11, 118 etc., LuftbefordrL § 20, HyresL § 20 m. 1, IllkonkL § 18.

I dansk och norsk rätt finns sedan gammalt en regel om »husbondsansvar»; DL 3-19-2 och NL 3-21-2 stipulerar principalansvar i utomkontraktuella förhållanden i betydligt större utsträckning än fallet är i finländsk och svensk rätt; regeln har även ansetts gälla i avtalsförhållanden; se Ussing, Erstatningsret 90 ff, gäldenären bör såsom huvudregel ansvara för misligholdelse som härrör av hans medhjälpares fel, Obligationsretten 114; Selvig 80, 113 ff, Gomard, Juristen 1960 544 ff, Andersen, Skadeforvoldelse 198 ff.

Vid 24 NJM (1966) omfattades i flera uttalanden den av Anders Vinding Kruse formulerade tesen att man i nordisk lagstiftning bör genomföra principalansvaret — »arbejdsgiverens erstatningsansvar for skader, som hans arbeidstagere forvolder ved uforsvarlig adfærd under hvervets udførelse»; se bil. 4 p. I samt Förhandl. 115 ff.

En översikt av nordisk doktrins ställning till frågan om ansvar för medhjälpare i avtalsförhållanden (före 1955) ges av Edward Andersson, Ansvar för medhjälpare i kontraktsförhållanden (JFT 1955 387—404) 387—394. — Betr. redares ansvar för sina medhjälpare, se bl.a. Bræk hus, Rederens husbondsansvar.

Tysk och schweizisk rätt har allmänna stadganden om gäldenärs ansvar för sina medhjälpare: BGB § 278, Larenz I 182 ff, Fikentscher 310 ff; SchwOR Art. 101, BernerKomm. 517 ff.

III. I det stora flertalet fall, i vilka culpa-ansvar grundas på stadganden i lag, är frågan om ansvar för medhjälpare öppen. Den omständigheten att frågan *inte reglerats i lag* får inte uppfattas så, att ett ansvar för medhjälpare vore uteslutet.

Starka skäl talar för att gäldenären har ett omfattande ansvar för sina medhjälpare. De huvudsakliga *motiven* är följande.

Gäldenären bör inte kunna försätta sig i en förmånligare position på den grund att han inte handlar själv utan anlitar medhäjlpare. Riktigare uttryckt: borgenärens rättsskydd bör inte försvagas genom att gäldenären använder medhjälpare. Även rättsskyddsnormernas effektivitet och säkerheten i avtalsförhållanden motiverar, att part svarar för sina medhjälpare. Part har genom att anförtro annan person uppgifter, som har samband med avtal, vidgat sitt ansvarighetsområde utöver kretsen av det egna handlandet. Han har tagit på sig en ökad risk. Gäldenärens ersättningsansvar utanför området för eget vållande är en ofrånkomlig konsekvens av det sakförhållandet att gäldenären låter medhjälpare ta del i avtalets fullgörande. I de flesta fall då medhjälpare anlitas är deras medverkan nödvändig: avtalet ingår som led i en verksamhet som förutsätter en samverkan mellan gäldenären och hans medhjälpare. Gäldenärens person träder ofta i bakgrunden, verksamheten blir det centrala. Relevant är det som händer inom verksamhetens ram. Det är naturligt att knyta gäldenärens ansvar till det som sker i den verksamhet som han utövar genom sina medhjälpare.

Det överensstämmer med en naturlig riskfördelning att gäldenären, när han anlitar medhjälpare, står närmare än borgenären att bära följderna av medhjälparens förfarande.

Se bl.a. de av Andersson, JFT 1955 392 f nämnda, i litteraturen anförda motiveringarna; den av vissa författare åberopade garantisynpunkten innebär vanligen en fiktion och bör inte i detta sammanhang ges relevans. — Se även Bræk hus, Rederens husbondsansvar 274 ff.

Man kan även hänvisa till en del av de synpunkter som anförts som argument för en regel om arbetsgivares ansvar för arbetstagares fel eller försummelser — principalansvar i utomkontraktuella skadeståndssituationer; se Skadeståndskommitténs betänkande 24 f samt nedan s. 381 f. Utgångspunkterna är likväl — såsom ovan framhållits — olika med avseende på det utomkontraktuella principalansvaret och ansvaret för medhjälpare i avtalsförhållanden.

Den här givna motiveringen för ansvar för medhjälpare gäller åtminstone i huvudsak för alla de fall då medhjälpare anlitas för avtalets fullgörande, alltså oberoende av vilken ställning medhjälparen intar till gäldenären-huvudmannen. I överens-

stämmelse härmed är det inte anledning att med avseende på gäldenärens ersättningsansvar skilja mellan *medhjälpare i ledande ställning* och *underordnade medhjälpare*, eller mellan medhjälpare, som har beslutanderätt, och medhjälpare som saknar sådan rätt. Det är inte ställningen i förhållande till gäldenären som är avgörande, utan medhjälparens uppgifter med avseende på avtalets fullgörande. Medhjälpare är i princip envar som är delaktig i den verksamhet vari avtalet utgör ett led. Analogt gäller detta även de fall då gäldenärens prestation går ut på att underlåta viss verksamhet. Härvid blir det närmast fråga om de personer, som på basen av sina uppgifter och sin ställning till gäldenären, har möjlighet att bryta mot förbudet.

Det fel eller den försummelse, som föranlett ett avtalsbrott, behöver sålunda inte ligga hos den medhjälpare som direkt varit inkopplad på avtalets fullgörande, t.ex. en enskild arbetare i tillverknings- eller distributionsprocessen. Felet eller försummelsen kan finnas hos en medhjälpare som har en dirigerande eller övervakande funktion — teknisk ledare, arbetsledare etc. — eller en medhjälpare som normalt inte har något att göra med den verksamhet vari avtalets fullgörande ingår. Gäldenärens ansvar påverkas i princip inte av på vilket plan eller vilken nivå felet eller försummelsen förekommit.

Det sagda betyder att gäldenären kan bli ansvarig även för *självständiga medhjälpare* (se s. 111).

Se Rodhe § 29 vid not 33—35, Bengtsson, Om ansvarsförsäkring 283 f, Bræk-hus, Rederens husbondsansvar 278 ff, Hellner 87 f. — Ussing 116: gäldenären ansvarar i allmänhet inte för personer »der yder arbeide som selvstændig virksomhed», Erstatningsret 99.

Det är inte vare sig möjligt eller önskvärt att betrakta alla självständiga medhjälpare på samma sätt. I princip ansvarar gäldenären för dem som medverkar vid avtalets fullgörande. Det förutsättes likväl vanligen att gäldenären har vissa möjligheter att dirigera och kontrollera även den självständiga medhjälparens åtgärder med avseende på avtalets fullgörande. Å andra sidan kan självständig medhjälpares ställning och uppgifter vara sådana, att det ligger närmare att anse följderna av fel eller försummelse vara en sak mellan medhjälparen och borgenären på sidan om gäldenären. Detta kan vara fallet t.ex. om borgenären varit med om att utse den självständiga medhjälparen eller samtyckt till att uppdraget ges honom. En närmare utredning av detta problem skulle kräva en analys av olika typer av avtal — fraktavtal (speditör etc.), entreprenadavtal (underentreprenör) m.fl.

Fritjof Lejman, Skadeståndsskyldighet vid anlitande av självständig företagare (Försäkringsjuridiska föreningens publikation Nr 10, 1953, 89—118), konstaterar (118) att fallen är »så skiftande att någon allmän regel för principalens ansvar i alla 'kontraktsfall' icke kan uppställas». — Se även Selvig 86 ff.

Det har ansetts att byggnadsentreprenör svarar för underentreprenörs fel och försummel-

ser; se Caselius, Rakennusurakka 54. — Se även *HD 1960 II 134:* huvudentreprenör ansågs ansvarig för skada som genom sprängning utförd av självständig underentreprenör orsakats den för vars räkning arbetet utfördes. I *HD 1966 II 79* ersattes skada som orsakats tredje man. De två fallen gäller närmast utomkontraktuellt ansvar, som delvis följer andra linjer.

Jfr *HD 1951 II 161:* motiveringen pekar på att ansvar för självständig medhjälpare (slaktare) inte ansågs vara för handen.

Den självständiga medhjälparen kan vara en offentlig inrättning — post och telegraf, järnväg; i och för sig påverkar detta inte gäldenärens ansvar, ansvar kan tänkas inträda t.ex. till följd av postens försummelse att frambefordra försändelser i rätt tid. — Jfr Larenz I 235: post och järnväg är inte medhjälpare (Erfüllungsgehilfen) då gäldenären inte vidgar sitt verksamhetsområde genom att använda dem.

En av kollektivavtal bunden organisation har ett speciellt ansvar för underföreningars och enskilda arbetsgivares resp. arbetstagares åtgärder, KollAvtL § 8.

Undantagsvis ansvarar part för person som inte är medhjälpare. Sålunda ansvarar hyresgäst enligt HyresL § 20 m. 1 för skada som av husfolk, gäster m.fl. genom vårdslöshet eller försummelse orsakats lägenheten.

När gäldenären ansvarar för självständig medhjälpare, svarar han även i regel för dennes medhjälpare.

Även om man sålunda jämställer olika kategorier av medhjälpare får man inte därav dra slutsatsen att gäldenärens ansvar för medhjälpare alltid borde bedömas exakt på samma sätt. Det kan med avseende på de konkreta förhållandena förekomma sådana olikheter, att en differentierad bedömning är motiverad. Sålunda kan gäldenärens ansvar för en självständig medhjälpares fel eller försummelse i viss utsträckning bedömas annorlunda än ansvaret för medhjälpare i gäldenärens tjänst.

Oberoende av olikheter i fråga om detaljer och faktiska förhållanden ger den föregående argumenteringen följande *allmänna riktlinje* för ersättningsansvaret: gäldenären ansvarar för medhjälpares fel och försummelser i den mån de ansluter sig till eller har samband med avtalets fullgörande; medhjälparens ställning till gäldenären-huvudmannen är inte i och för sig avgörande.

Den lösning, enligt vilken gäldenären i regel ansvarar för sina medhjälpares fel och försummelser, kan formellt sett sägas stå i strid med de stadganden i lag som binder ersättningsansvaret vid gäldenärens vållande. I dem säges vanligen ingenting om ansvaret för medhjälpare. Det lagbestämda culpa-ansvaret får likväl inte fattas så snävt att gäldenären skulle ansvara endast för egen culpa. Av skäl, som framförts ovan, bör man godta en vidgad tolkning som leder till att gäldenären, oaktat han låter sina medhjälpare handla, bibehåller ansvaret för avtalets fullgörande. Det väsentliga är inte vem som handlar eller underlåter att handla utan *vad* som sker eller inte sker med avseende på avtalets fullgörande.

I undantagsfall kan det vara motiverat att med beaktande av skälighetssynpunkter utesluta gäldenärens ansvar för medhjälpares fel eller försummelse. Närmast gäller detta fullgörandet av vederlagsfria avtal.

Se Ussing 125.

Den följande framställningen avser att klarlägga och konkretisera allmänna riktlinjer för gäldenärens ansvar för medhjälpare. Den skiljer mellan tre typfall: medhjälpares fel eller försummelse innefattar vållande hos gäldenären själv (IV), det fel eller den försummelse, som föranlett avtalsbrottet, kan knytas till viss medhjälpare (V), det föreligger anonyma fel eller försummelser (VI). I en särskild punkt behandlas bevisbördan med avseende på medhjälpares fel och försummelser (VII). Slutligen anföres några sammanfattande och kompletterande synpunkter (VIII).

IV. Medhjälpares handlande eller underlåtenhet kan ibland uppfattas som *vållande hos gäldenären personligen*. Gäldenären kan ha förfarit vårdslöst eller oaktsamt när han valt medhjälpare, han kan ha försummat att övervaka medhjälparen eller han kan ha givit denne felaktiga eller ofullständiga direktiv. Om gäldenären inte förmår exculpera sig i dessa avseenden, är han ersättningsskyldig enligt de regler som gäller för culpaansvar.

I här avsedda fall har medhjälparens fel eller försummelse inte självständig betydelse. Det är inte medhjälparens åtgärder, som konstituerar ersättningsskyldighet, utan gäldenärens eget vållande. Det är fråga om ett vanligt culpa-ansvar.

HyresL § 20 m. 1: hyresgäst svarar för *brandskada*, som vållats av hans husfolk etc., endast om han själv har culpa — »brustit i den omsorg och tillsyn, som ankommit på honom».

I många *domstolsavgöranden* har ersättningsskyldigheten grundats på gäldenärens eget vållande:

HD 1959 II 109 och *1951 II 104:* ägare av servicestation hade underlåtit att ordna nödig övervakning, på grund härav ansågs han skyldig att ersätta skada som orsakats kund genom att dennes bil försvunnit resp. skadats när den olovligt använts av en anställd. — Se även *HD 1958 II 21* och *1947 II 114* (refererade s. 336).

Det förefaller ibland som om domstolarna varit alltför benägna att som vållande hos gäldenären personligen uppfatta situationer i vilka avtalsbrottet föranletts av medhjälpares fel eller försummelse. Det är riktigare att erkänna att gäldenären ansvarar för sina medhjälpares fel och försummelser än att i strid med verkligheten presumera att gäldenären själv har culpa och att han därför är ersättningsskyldig. En sådan presumtion är ofta ohållbar.

V. Gäldenärens ansvar för medhjälpare — när han inte själv har culpa — uppfattas vanligen såsom en skyldighet att betala ersättning när felet eller försummelsen innefattar *vållande hos medhjälparen* — uppsåt eller vårdslöshet. Detta kan sägas vara en logisk konsekvens av att gäldenären har culpa-ansvar. Medhjälparens vållande överföres på gäldenären.

De följande övervägandena utgör ett ställningstagande till detta problem. Det förutsättes i denna punkt (V) att felet eller försummelsen kan knytas till *viss* (eller vissa) *medhjälpare.*

Såsom tidigare framhållits (s. 330) behöver begreppet fel eller försummelse inte nödvändigt avse att det föreligger vållande hos den som gjort eller försummat något. I gängse språkbruk uppfattas åtminstone försummelse som ett slags vårdslöshet (culpa).

Lagstadganden om ansvar för medhjälpare ger i allmänhet inte besked därom huruvida medhjälpares fel eller försummelse betyder vållande i egentlig mening.

Se ArbAvtL § 8 m. 2 och stadganden i SjöL (§ 11 m.fl.). — Jfr HyresL § 20 m. 1, som binder hyresgästs ansvar till hans husfolks etc. vållande.

Rättspraxis har i rätt stor utsträckning ålagt gäldenären ersättningsskyldighet på den grund att skada uppkommit genom hans medhjälpares vållande. Ansvaret har bundits vid medhjälparens culpa.

HD 1958 II 21: varor i ett lager, som B hyrt i As byggnad, hade skadats av vatten till följd av att gårdskarl försummat sin skyldighet att kontrollera en läcka i vattenledningen; A ålades ersättningsskyldighet då A såsom ägare till byggnaden var ansvarig för skada orsakad av gårdskarlens vårdslöshet (huolimattomuus). — Dissens betr. motiveringen för ersättningsskyldighet, 3 JR synes åtminstone i huvudsak ha grundat ansvaret på As egen culpa (bristande övervakning).

HD 1945 II 47: låntagare ansågs ansvarig då lånad häst dött till följd av dålig omvårdnad från arbetstagares sida.

Jfr *HD 1947 II 114:* Två rörarbetare anställda hos A hade vid utförande av arbete enligt entreprenadavtal mellan A och B genom svetsning orsakat brandskada i Bs byggnad; B hade överlåtit sitt ersättningskrav till försäkringsbolaget C. HD (2): brandskadan hade orsakats av två namngivna arbetares oförsiktighet, men då det inte visats att A (aktiebolag) eller As ansvariga arbetsledning skulle ha försummat att övervaka arbetarna och A med hänsyn till arbetets art icke utan eget vållande kunde anses vara ansvarig för skada orsakad av arbetare, förkastades ersättningsanspråket. — Min. (2) ålade A ersättningsskyldighet med motivering att A såsom entreprenör måste anses vara ansvarig oberoende av vållande med avseende på val och övervakning av de arbetare som utfört arbetet. — Ett JR ansåg att arbetarna i utförandet av arbetet iakttagit sådan omsorg och försiktighet som man med skäl kunde kräva av omsorgsfulla fackarbetare på området; ersättningsanspråket underkändes därför. — Den motivering, som anfördes av de två JR enligt vilkas ståndpunkt domen avfattades, synes ha tillämpat de regler som gäller för principalansvar i utomkontraktuella förhållanden. — Betr. den här berörda frågan, se Juridiska föreningens i Finland diskussionsfråga 6/1945: Är byggnadsentreprenör ansvarig för skada (t.ex. brandskada), som hans arbetare orsakat under utförandet av arbetet? Referat av Gunnar Nybergh (JFT 1946 94—107) och L. E. Taxell (JFT 1946 108—129). — Se även s. 262.

I många domstolsavgöranden har medhjälparens culpa indirekt tillerkänts betydelse i den meningen att gäldenären ålagts ansvar då han inte kunnat styrka att hans medhjälpare inte haft culpa — inte iakttagit nödig omsorg, försiktighet etc.

HD 1970 II 64: C, som var anställd vid en servicestation, hade till B i och för transport av motorolja överlämnat en behållare, som inte var rengjord utan innehöll kylarvätska, vilken sedermera skadade motorn i Bs bil. Servicestationens ägare A ålades att ersätta skadan då han ej visat att C skulle ha iakttagit den försiktighet som krävdes av personalen vid en servicestation.

HD 1960 II 62: bil, som reparerats på verkstad, hade skadats när den provkörts av en av verkstadens arbetare; verkstadens ägare ålades att ersätta skadan då han ej visat att skadan inte vållats av den ifrågavarande arbetaren.

Ibland har gäldenären befriats från ansvar genom exculpering av sina medhjälpare. Rättspraxis har sålunda i stor utsträckning fäst avseende vid medhjälpares culpa — direkt eller indirekt.

I *doktrinen* har parts ansvar för medhjälpare vanligen uppfattats som ett ansvar för medhjälparnas culpa.

Se Hakulinen 223 f, 289, Kivimäki — Ylöstalo 377, Vihma 85, Aimén § 23 vid not 20 a, Rodhe § 29 vid not 34 f, med hänvisning till svensk rättspraxis, Skadeståndskommitténs betänkande 10, 24 (utomkontraktuellt skadeorsakande).

Jfr Ussing 115.

SchwOR Art. 101 m. 1: gäldenär, som låter en medhjälpare fullgöra en gäldförpliktelse, blir skyldig ersätta den skada »den die Hilfsperson in Ausübung ihrer Verrichtungen verursacht». Ansvaret förutsätter inte vållande hos medhjälparen; Berner Komm. 519: ansvar inträder även om det felaktiga förfarandet »dem Gehilfen nicht zum Verschulden angerechnet werden kann»; jfr von Büren, 395: »der Gehilfe muss schuldhaft gehandelt haben», detta säges inte uttryckligen i Art. 101 men måste enligt von Büren anses underförstått.

Jfr BGB § 278: gäldenären ansvarar för medhjälpares »Verschulden»; Esser 258.

Knyter man ansvaret till viss medhjälpares vållande, uppkommer frågan om huru *culpabedömningen* skall ske.

Bedömningen av vållande förutsätter att man använder en bestämd aktsamhetsstandard. Med avseende på den enskilde medhjälparen bestämmes aktsamhetsstandarden med ledning av vad man kan fordra av en person i hans ställning (se s. 97 f). Detta betyder att gäldenären inte vore ansvarig om medhjälparen, trots oriktig prestation, inte förhållit sig i strid med den aktsamhetsstandard som gäller för honom.

Det resultat, som man når på denna väg, är inte alltid tillfredsställande. Det är möjligt att medhjälparens aktsamhetsstandard är en annan än gäldenärens. Man kan inte i fråga om omsorg och aktsamhet alltid kräva lika mycket av en medhjälpare som av gäldenären själv. Denne kan t.ex. vara fackman, medan hans medhjälpare inte är det. Bedömningen kan därför in casu leda till konstaterandet att medhjälparen inte haft culpa, medan vållande däremot vore för handen om gäldenären, utan att anlita medhjälpare, själv hade haft hand om avtalets fullgörande och därvid handlat på samma sätt som medhjälparen. Håller man fast vid kravet att ersättningsskyldigheten är bunden vid medhjälparens vållande, borde gäldenären fritas från ansvar.

Mot denna lösning kan invändas, att gäldenären inte bör uppnå en förmånligare ställning än om han själv hade handlat. Det avgörande argumentet är den tidigare (s. 332) nämnda synpunkten att borgenärens rättsskydd inte bör försvagas när gäldenären anlitar medhjälpare för att fullgöra avtalet. Det är inte motiverat att låta en arbetsfördelning eller andra åtgärder inom gäldenärens interna verksamhetssfär påverka ansvarighetsbedömningen i förhållande till borgenären.

De svårigheter, som här möter, kan elimineras eller åtminstone minskas på två sätt:

1) En möjlighet är att man i de fall, då bedömningen av medhjälparens culpa ger ett negativt resultat (inte vållande), överför culpabedömningen från medhjälparen till gäldenären. Man utreder om medhjälparens åtgärder eller underlåtenhet skulle innefatta culpa ifall det sker en bedömning enligt den *för gäldenären gällande aktsamhetsstandarden*. Gäldenärens grupptillhörighet blir avgörande för culpabedömningen. Det gäller för gäldenären att visa, att culpa inte är för handen när bedömningen sker enligt hans aktsamhetsstandard. Det är fortfarande fråga om medhjälparens och inte om gäldenärens eget vållande. Men medhjälparens culpa bedömes enligt en för honom främmande aktsamhetsstandard (gäldenärens).

U s s i n g 115, fordrar inte att medhjälparen visat culpa; han anser att gäldenären är ansvarig »når medhjælperens adfærd (handling eller undladelse) ville være culpa, hvis det var ham, der var skyldner».

Betr. denna problematik se även R o d h e § 29 vid not 46—50.

Det kan även förekomma att medhjälparens aktsamhetsstandard är strängare än gäldenärens, t.ex. om medhjälparen har fackinsikter som gäldenären saknar. En culpabedömning skulle utfalla till förmån för borgenären. Vanligen är avtalet i sådana fall av den art att dess fullgörande kräver sakkunnig medverkan. Också härvid kan en avvikelse från den normala culpabedömningen vara påkallad, man fäster inte avseende vid partens aktsamhetsstandard utan vid den skicklighet, erfarenhet, omsorg etc. som avtalets fullgörande kräver (se 2).

2) Man ser bort från medhjälparens individuella aktsamhetsstandard och använder i stället som jämförelse en av avtalet och dess fullgörande betingad aktsamhetsstandard. I avsaknad av en bättre term kallar jag denna aktsamhetsstandard *normal* — den betecknar ett genomsnitt av den omsorg, skicklighet och erfarenhet som det ifrågavarande avtalets riktiga fullgörande förutsätter. Man utgår sålunda från att de medhjälpare, som medverkar vid avtalets fullgörande, iakttar den omsorg som en riktig prestation förutsätter och som borgenären under förhandenvarande omständigheter har anledning att vänta. Aktsamhetsstandarden bedömes med ledning härav oberoende av medhjälparens grupptillhörighet och individuella förhållanden. Ett handlande eller en underlåtenhet med avvikelse från den normala aktsamhetsstandarden betraktas som culpa.

Det sagda betyder att avgörande för culpabedömningen inte är den ställning, som medhjälparen intar i förhållande till gäldenären eller inom dennes verksamhet, ej heller

medhjälparens individuella förutsättningar. Culpabedömningen sker med ledning av vad som fordras av en tänkt medhjälpare med uppgift att fullgöra avtalet eller medverka vid fullgörandet.

I många fall kommer den normala aktsamhetsstandarden otvivelaktigt att överensstämma med medhjälparens egen. Det här berörda problemet saknar då relevans. Men det förekommer också fall i vilka den normala aktsamhetsstandarden är strängare än de krav som man ställer på en bestämd medhjälpare med hänsyn till hans grupptillhörighet och individuella förhållanden.

Bägge här nämnda alternativ är möjliga att använda. Valet mellan dem beror på de konkreta situationerna.

Om gäldenären själv skall fullgöra avtalet — enligt bestämmelse i avtalet eller enligt vad som kan anses ha förutsatts — men likväl anlitar en medhjälpare, bör dennes åtgärder och underlåtenhet bedömas enligt gäldenärens egen aktsamhetsstandard. Egentligen är det fråga om culpa hos gäldenären personligen då han i strid med avtalet överlämnat fullgörandet åt en medhjälpare. Ansvaret grundas på gäldenärens eget vållande. Medhjälparens culpa är inte relevant.

Se Rodhe § 29 vid not 51, § 42 vid not 6 ff.

Detsamma gäller när gäldenären visserligen har rätt att anlita medhjälpare men dessa förutsättes ha samma kvalifikationer som gäldenären själv. En mindre kvalificerad medhjälpares culpa bedömes enligt gäldenärens aktsamhetsstandard. Gäldenären har tagit på sig en ökad risk.

I övriga fall ligger det närmare att använda alternativ 2. Det är i viss mån konstlat att — såsom alternativ 1 anger — överföra gäldenärens aktsamhetsstandard på medhjälparen. Detta gäller särskilt när gäldenärens verksamhet är sådan att borgenären räknar med att gäldenären fullgör sina avtalsprestationer genom medhjälpare. Vilka dessa är och vilka kvalifikationer envar av dem har behöver borgenären inte befatta sig med. Väsentligt för honom är endast att prestationerna fullgöres riktigt. När borgenären bedömer förutsättningarna härför, utgår han från att gäldenären använder dugliga och omsorgsfulla medhjälpare som kan utföra avtalsprestationerna. Om en medhjälpare avviker från det som i det avseendet förväntas, är det ur borgenärens synpunkt naturligt att anse att gäldenären är ansvarig.

Följande domstolsavgöranden belyser problemet.

HD 1954 II 51: vid lossning av bils släpvagn från fartyg hade släpvagnen skadats; skeppsstuveriföretag (aktiebolag) ålades att ersätta skadan då denna måste anses ha förorsakats därav, att vid lossningen av släpvagnen lyftkranens krok icke angjorts med sådan omsorg, att kroken skulle hindrats att lösgöra sig från sin fästpunkt i vagnen, denna försummelse stannade två namngivna arbetsledare till last, varför stuveriföretaget var ansvarigt.

HD 1950 II 416: den arbetsledare och de två arbetare som reparerade en bil som inlämnats till en reparationsverkstad hade försummat att tömma kylvätskan ur motorn med påföljd att bilen skadats av kölden i verkstaden; då tömmandet av kylvätskan till sin natur hörde till de uppgifter som ålåg personalen i verkstaden och verkstaden sålunda måste anses vara ansvarig för nämnda av oförsiktighet (huolimattomuus) orsakade skada, ålades verkstadens ägare att betala ersättning (jämkning skedde likväl, se s. 371).

Se även Kivimäki — Ylöstalo 377. — Selvig, 82 f, framhåller dels att det avgörande för ansvaret är om medhjälparen orsakat skada på ett sätt som representerar »mislighold» av avtalet, dels att ansvar inträder oberoende av om medhjälparen är personligen ansvarig för »mislighold av forpliktelser med grunnlag i en kontrakt som han jo ikke er bundet av som part», se även 85.

En culpabedömning enligt en normal aktsamhetsstandard behöver inte nödvändigt utesluta att man in casu fäster avseende vid individuella förhållanden som rör medhjälparen eller gäldenären. Den som t.ex. gör en krävande beställning, trots att han vet att tillverkaren saknar tillräckligt sakkunniga medhjälpare, får finna sig i att ersättningsansvaret inte bedömes enbart med ledning av avtalets art utan även med hänsyn till medarbetarnas kvalifikationer.

Man kunde tänka sig ett tredje alternativ för bedömningen av ansvaret för medhjälpare: gäldenären är ersättningsskyldig så snart det föreligger fel eller försummelse hos en medhjälpare helt oberoende av om detta kan uppfattas som culpa eller inte. En culpabedömning vore onödig.

Denna lösning innebär de facto ett strikt ansvar: gäldenären är ersättningsskyldig när avtalet inte fullgjorts riktigt. Det vore inkonsekvent att godta den när gäldenärens eget ansvar är ett culpa-ansvar — endast om sådana situationer är det nu fråga. Gäldenärens culpa-ansvar bör inte — med hänsyn till de motiv som bär upp det — sträckas så långt att det skulle inkludera ansvar för medhjälpares fel och försummelse oberoende av om culpa är för handen eller inte. Skall man skärpa gäldenärens ansvar utöver culpa-ansvaret, är den naturliga lösningen att man godtar det strikta ansvaret, som över huvud inte fäster avseende vid medhjälpares fel eller försummelser utan blott vid det faktum att avtalet inte fullgjorts riktigt.

Rättspraxis ger inte besked om enligt vilken måttstock domstolarna bedömt medhjälparnas vållande. I motiveringarna till följande avgöranden kan man finna en antydan om en culpabedömning enligt en normal aktsamhetsstandard av det slag som ovan angivits.

HD 1970 II 64 (ref. s. 337).

HD 1954 II 51 (ref. s. 339).

Jfr *HD 1964 II 120:* B hade åtagit sig att köra fyllnadsjord för As räkning (entreprenadavtal). A hade utsett en övervakare med uppgift att dirigera de bilar som körde fyllnadsjord. Då B med sin bil förde jord till den strand där utfyllningen skedde, rasade strandbrinken och bilen skadades. Då A tillsatt en övervakare, ansågs han ha tagit på sig ansvaret för bilarnas körande; då B hade iakttagit övervakarens anvisningar, ålades A att ersätta skadan. — Frå-

gan om övervakarens (medhjälparens) eventuella vållande förefaller inte att ha varit relevant. Möjligen kan avtalet tolkas så, att det föreligger ett direkt ansvarsåtagande från gäldenärens sida.

I en del avgöranden, som gäller transportavtal, har gäldenären åvälvts ansvar utan att det har påvisats eller presumerats culpa hos medhjälpare; se betr. dessa avgöranden s. 297. — Se även Andersson, JFT 1955 400 ff.

Särskilda problem, som inte skall behandlas här, uppkommer när part överlåter sina rättigheter enligt avtalet; se bl.a. HyresL §§ 9—11, SjöL § 75.

Såsom medhjälpare har i det föregående uppfattats den person som part använder som biträde vid fullgörande av det ifrågavarande avtalet. Det rättsliga förhållandet mellan gäldenären och den medverkande personen — arbetsförhållande, självständig medhjälpare etc. — är inte i och för sig avgörande (se s. 110 f).

Ställningen som medhjälpare är klar när gäldenären direkt eller indirekt givit en viss person ett uppdrag att fullgöra avtalet eller att medverka vid dess fullgörande. Detsamma är fallet när en person på basen av generella direktiv eller i stöd av sin ställning i förhållande till gäldenären skall medverka vid fullgörandet av avtal av det slag som det brutna avtalet representerar.

Ibland kan det vara svårt att avgöra om en person betraktas som medhjälpare i den meningen att gäldenären ansvarar för hans fel eller försummelser. En person i gäldenärens tjänst kan ha handlat utanför det område, som givna instruktioner eller arbetsuppgifter anvisat honom, och därvid vidtagit en åtgärd som föranlett eller påverkat ett avtalsbrott. Den interna arbetsfördelningen mellan de hos gäldenären anställda personerna är i allmänhet inte utslagsgivande. Om gäldenären givit A i uppdrag att fullgöra ett avtal, men åtgärder för fullgörande i stället företas av B, som därvid begår ett fel, bör gäldenären rimligen ansvara. Den omständigheten att B handlat i strid med givna direktiv fritar inte gäldenären från ansvaret för Bs fel. Den allmänna begränsningen bör likväl göras att B inte betraktas som medhjälpare om hans uppgifter i gäldenärens tjänst helt faller utanför den verksamhetssektor till vilken det ifrågavarande avtalet hänför sig.

Det är sålunda sambandet med den verksamhet, som gäldenären bedriver och till vilken avtalet ansluter sig, som är relevant. Avgörande för ansvaret är om felet eller försummelsen förekommit inom den verksamhetssektor vartill avtalet hänför sig. I praktiken kan detta betyda att som medhjälpare kan komma att uppfattas personer vilka inte har något uppdrag eller någon rätt att befatta sig med fullgörande av det ifrågavarande avtalet.

Den problematik, som här berörts, kan i viss mån illustreras av följande domstolsavgöranden:

HD 1964 II 53: B hade för tvättning fört sin bil till As servicestation; C, som var i As tjänst och på grund av sitt arbetsförhållande hade nycklar till verkstaden, hade under den tid verkstaden var stängd tagit ut bilen från verkstaden och vid körning skadat bilen, A åla-

des ersätta skadan. — Såsom motivering anges av RR (HovR ej ändring, HD beviljade inte fullföljdstillstånd) dels att A ej visat att han i fråga om val och kontroll av sitt biträde skulle ha gjort vad han kunnat för att hindra skadan (egen culpa), dels att han inte styrkt att försummelse eller vårdslöshet inte skulle ha stannat hans personal till last. — Enligt det resonemang, som förts ovan, skulle A vara ansvarig även utan egen culpa.

Jfr *HD 1937 II 533:* en anställd person hade mottagit en bil till förvaring ehuru han inte varit berättigad att göra det; arbetsgivaren ansvarade inte för skada som orsakats bilen.

Ibland uppkommer fråga därom huruvida en medhjälpares fel eller försummelse är sådan att den har anknytning till gäldenärens verksamhet. Gäldenären svarar i regel inte för en medhjälpare som handlat utanför området för huvudmannens ordinära verksamhet.

Se bl.a. S e l v i g 82 f.

Det berörda problemet belyses av följande domstolsavgöranden:

HD 1957 II 35: C, som var anställd i As tjänst (transportföretag) såsom bud, hade försnillat medel tillhörande B, som givit C i uppdrag att lyfta pengar i en bank; Bs mot A riktade ersättningskrav ogillades då det ej visats att A, till vars rörelse endast hörde transport av varor, varit medveten om att det uppdrag, som C skulle utföra för B, skulle bestå i att lyfta pengar. — Jfr *HD 1944 II 232:* i ett transportföretag (A) anställd person hade tillägnat sig paket, som han fått i uppdrag att avhämta från järnvägsstationen; A ålades betala ersättning till paketens ägare. — I det förra avgörandet hade medhjälparen handlat utanför sina normala uppgifter (detta på uppdrag av borgenären), i det senare fallet var det fråga om fel i en normal arbetsuppgift.

Se även *HD 1943 II 90* samt motiveringen i *HD 1950 II 416* (ref. s. 340): anställd i bilverkstad hade försummat att utföra sådant som naturligt hörde till verkstadspersonalens uppgifter.

Gäldenärens ansvar sträcker sig inte till de situationer då medhjälpares handlande är av så extraordinär karaktär, att det helt faller utanför det som man har anledning att räkna med.

Se U s s i n g, Erstatningsret 95.

Gäldenärens ersättningsskyldighet uteslutes inte av att en medhjälpare handlat uppsåtligt eller gjort sig skyldig till straffbar handling. Avgörande är att medhjälparens handlande har anknytning till gäldenärens verksamhet.

HD 1947 II 18: ett bevakningsföretag (A) hade åtagit sig att nattetid bevaka Bs fabrik och lager, av A anställd nattvakt (C) hade varit delaktig i stöld i fabriken; A ansågs skyldig att ersätta den skada som orsakats av Cs brott. — Se även *H D 1944 I I 232* (ref. ovan).

HD 1933 I 19: advokat, som innehaft klients skuldsedel för inteckning, ansvarade för skada orsakad av att hans lagfarna biträde förpantat skuldsedeln till tredje man.

Jfr *HD 1942 II 54.*

VI. Fel och försummelser kan ha förekommit i den verksamhet — t.ex. företagsverksamhet — till vilken ett avtal ansluter sig utan att de kan bindas vid någon eller några bestämda medhjälpare. Detta kan bero på att det inte varit möjligt att uppspåra den medhjälpare som felat. Men det kan också bero på att fullgörandet av avtal kräver medverkan av personer i olika uppgifter och på olika nivåer på ett sådant sätt att den enskilde medhjälparens insats inte kan särskiljas från andras. Avtalsbrottet kan ha möjliggjorts av att ett företags organisations- eller kontrollsystem inte fungerat perfekt, av en för högt uppdriven arbetstakt eller av andra omständigheter, som berör verksamheten och dess utövning, utan att felet eller försummelsen direkt kan tillskrivas den »mänskliga faktorn».

Ansvarar gäldenären för sådana *anonyma fel och försummelser*?

Ett jakande svar på frågan betyder principiellt en uppmjukning av culpa-ansvaret. Det är nämligen tvivelaktigt om en culpabedömning i egentlig mening kan förekomma i de fall som här avses. Vållande är något som är klandervärt när man ser det i relation till en bestämd person och hans aktsamhetsstandard. Denna anknytning saknas i fråga om anonyma fel och försummelser.

Det är framför allt inom ramen för en *företagsverksamhet* som det kan bli fråga om anonyma fel och försummelser. I det följande förutsättes att företagsverksamheten utövas av gäldenären.

Det överensstämmer med en naturlig riskfördelning att gäldenären står närmare än borgenären att bära följderna av fel och försummelser i sin egen verksamhet. Det kan inte vara nödvändigt att utpeka den medhjälpare som felat. Man uppfattar gäldenärens verksamhet som en helhet. Felet eller försummelsen ser man mot bakgrunden av de krav som med avseende på organisation, sakkunskap, erfarenhet, effektivitet, intern kontroll etc. rimligen kan ställas på den verksamhet vari det ifrågavarande avtalet ingår. Den enskilde personens handlande eller underlåtenhet träder tillbaka.

Om man skall bedöma ansvaret för anonyma fel och försummelser som ett culpaansvar, måste man ge culpan och culpabedömningen en vidare innebörd: man ställer felet eller försummelsen i relation till verksamheten såsom sådan och inte till de enskilda personer som är delaktiga däri. Handlande eller underlåtenhet, som föranlett ett avtalsbrott, uppfattas som vållande om de är oförenliga med de krav, som med avseende på avtalets fullgörande rimligen kan ställas på en verksamhet av det slag och av den omfattning som är utmärkande för gäldenärens företagsverksamhet. Culpabedömningen anknytes till verksamheten och inte till de däri delaktiga enskilda personerna.

Se Gomard, Juristen 1960 561: »Skyldneren er ansvarlig, dersom der ikke træffes de foranstaltninger til opfyldelse af aftalen, som denne (tredje man) kræver».

Man kan ifrågasätta om det med tanke på avtalsbrott i en företagsverksamhet över huvud är angeläget att operera med begreppet culpa då fråga är om anonyma fel eller

försummelser. Situationen är konstlad då man inte kan företa en »personlig» culpabedömning. En naturligare lösning är i många fall att beteckna ansvaret som strikt och sålunda helt se bort från gäldenärens och hans medhjälpares eventuella vållande (se s. 303).

VII. Huru skall man reglera *bevisbördan* med avseende på medhjälpares fel eller försummelse?

Det är naturligt att man följer den för gäldenärens culpa-ansvar gällande allmänna exculperingsprincipen. Samma motivering gäller också nu (se s. 286). Om gäldenären inte förmår exculpera sin medhjälpare, gäller utgångsläget: gäldenären är ersättningsskyldig oaktat han inte själv har culpa.

Uttryckliga lagstadganden i SjöL §§ 118, 178.
Hakulinen 221 f, annorl. betr. utomkontraktuellt ansvar (291).

Den ståndpunkt, som här nämnts, har godkänts i *rättspraxis*. Man han hänvisa till bl.a. förljande avgöranden (se även s. 337):

HD 1970 II 64 (ref. s. 337).
HD 1959 II 109 (jfr *HD 1951 II 104*).
HD 1951 II 89: brandskada på hyrd egendom, ingen särskild medhjälpare utpekades.
HD 1949 II 132: i bilverkstad anställd arbetare hade utan lov använt bil som inlämnats för reparation, bilen hade skadats; verkstadsägaren ålades ersätta skadan då han ej visat omständigheter av vilka man kunde sluta sig till att försummelse eller oförsiktighet inte stannat verkstadsägarens funktionärer till last.
HD 1945 I 33: B hade lämnat in sin bil i As garage, en okänd person hade nattetid kommit in i garaget genom att från den intill garaget belägna vaktmästarens olåsta bostad ta nyckeln till garaget, bilen hade sedermera förstörts i en trafikolycka; A ålades att ersätta bilens värde då förvaringen skett mot betalning och han inte åberopat omständigheter av vilka man kunde sluta sig till att försummelse eller oaktsamhet inte stannade honom eller hans medhjälpare (apuhenkilö) till last beträffande bilens förvaring.
HD 1941 II 159: (betäckning av sto mot ersättning) A ansågs skyldig ersätta uppkommen skada då han ej visat att hans medhjälpare iakttagit den försiktighet som saken krävde (asiaan kuuluva huolellisuus). — Så även *HD 1945 II 129* och *1938 II 284*.

Helt konsekvent har rättspraxis likväl inte varit.

HD 1954 II 51: vid lastning hade lastbil skadats, stuveriföretagets arbetsledare konstaterades ha gjort sig skyldiga till försummelse, varför stuveriföretaget ansågs vara ansvarigt.
HD 1947 II 103: det hade ej visats att resandehems personal skulle ha gjort sig skyldig till sådan vårdslöshet eller försummelse, att resandehemmets ägare vore skyldig att ersätta skada som genom stöld orsakats nattgäst.

Med avseende på medhjälpares fel och försummelser betyder detta följande:
Gäldenären befrias från ansvar när han bevisar att avtalsbrottet inte berott på fel

eller försummelse hos de medhjälpare, som han använt, eller i den verksamhet till vilken avtalet ansluter sig. Bevisföringen sker vanligen så att gäldenären styrker att avtalsbrottet orsakats av någon annan omständighet än av fel eller försummelse hos hans medhjälpare eller i hans verksamhet.

Om *viss* medhjälpare handlat i strid med avtalet, ankommer det på gäldenären att bevisa att medhjälparen, med hänsyn till de krav som bör ställas på fullgörande av ett avtal av det slag och den omfattning som det ifrågavarande avtalet representerar, inte kan anses ha handlat klandervärt.

I fråga om ansvar för *anonyma* fel och försummelser förutsätter en befrielse att gäldenären förmår styrka att åtgärder i strid med avtalet inte kan tillräknas honom emedan i den verksamhet, till vilket avtalet hänför sig, iakttagits allt det som med avseende på organisation, kontroll, sakkunskap, erfarenhet etc. rimligen kan krävas av en verksamhet av det slag och den omfattning som den ifrågavarande.

I praktiken innebär dessa riktlinjer för bevisbördan att det kan bereda gäldenären svårigheter att frita sig från ansvar för fel och försummelser i utövningen av företagsverksamhet.

Den stränghet mot gäldenären, som exculperingsprincipen formellt innebär, mildras likväl av reglerna om domstols bevisbedömning (se RB 17: 2). Om gäldenärens bevisskyldighet in casu framstår som alltför svår, har domstolen möjlighet att företa en relativt fri bevisprövning.

Se formuleringen i t.ex. SjöL § 118 »— — — ansvarig, där ej antagas må — — —».

VIII. *Sammanfattningsvis* kan sägas att gäldenärens ansvar för medhjälpares fel och försummelser kan grundas på någon av följande omständigheter:

— gäldenärens egen culpa (IV),
— viss medhjälpares culpa (V) eller
— anonyma fel eller försummelser i den verksamhet vari avtalet ingår (VI).

Denna tredelning pekar på ett successivt skärpt ansvar: från det egentliga culpaansvaret i det första fallet till det sista fallet i vilket medhjälpares culpa knappast mera är relevant. Ansvaret för anonym culpa bindes vid det som förekommit inom ramen för gäldenärens företagsverksamhet utan att det sker någon jämförelse med en personlig aktsamhetsstandard. Man kommer i realiteten in på en från culpa-ansvaret avskild ansvarighetssektor som gränsar till det strikta ansvaret och oförmärkt övergår däri.

Se även Godenhielm 75.

Undantagsvis kan gäldenären bli ansvarig för förlust som orsakats av *tredje man* — alltså av en person som inte är medhjälpare. Detta är fallet t.ex. när han låter en tredje man använda avtalsobjektet som därvid skadas. Om samtycket till använd-

ningen givits i strid med avtalet, är ersättningsgrunden given: gäldenärens egen culpa. Även ett i överensstämmelse med avtalet givet tillstånd att använda avtalsobjektet kan möjligen åvälva gäldenären ansvar för tredje mans handlande.

Se HyresL § 9 m. 2: hyresgästen svarar för avtalets förpliktelser när han i ett fall, som lagen tillåter, överlåtit hyresrätten (se även § 9 m. 3); enl. § 20 m. 1 svarar hyresgäst för skada som åsamkats lägenheten genom vårdslöshet eller försummelse av hans husfolk, gäster, underhyresgäster etc. (se även § 20 m. 3); Godenhielm, Uusi huoneenvuokralaki 144. — Hakulinen, Vuokraoikeus I 99, 114, anser med fullt skäl att legotagaren, trots att uttryckligt lagstadgande saknas, har samma ansvar för skada orsakad av husfolk etc. som enl. HyresL § 20 m. 1.

8.3.5. *Helhetsbedömning*

Den utredning, som presterats i det föregående, torde ha visat att ersättningsansvarets förutsättningar inte alltid klart kan fixeras och att man inte kan dra någon skarp gräns mellan culpa-ansvar och strikt ansvar. Även innebörden och räckvidden av ansvaret för medhjälpare förblir osäkra. Lagen ger visserligen i många fall direktiv. Men dessa är inte alltid tillräckligt klara eller fullständiga. Utanför de av lagen reglerade fallen är osäkerheten stor.

Det sagda betyder även att man inte heller uttömmande kan ange de omständigheter som kan befria gäldenären från ansvar. Man kan framhålla fakta som — särskilt med avseende på strikt ansvar — kan utgöra befrielsegrunder. Men inte heller i det avseendet ges det tillräckligt klara normer att hålla sig till.

Finns det några kompletterande riktlinjer — utöver dem som nämnts i de föregående utredningarna — som kan vara vägledande för bedömningen av ersättningsansvaret in casu?

I den rättsliga situation som råder i dag — med bristfällig lagstiftning samt osäker och svår överskådlig praxis — finns det enligt min mening endast en lösning. Denna består däri att den som in casu skall avgöra om ersättningsskyldighet skall åläggas gäldenären i en konkret situation — främst domstolen — har att söka svar på följande fråga: vilken av parterna, gäldenären eller borgenären, ligger närmare till att bära de menliga ekonomiska följderna av att avtalet inte fullgjorts riktigt?

I viss mening är det här fråga om risker (se s. 90 f). Skall gäldenären eller borgenänären bära den ekonomiska risken av ett avtalsbrott? Den uppställda frågan kunde därför betecknas som en *riskfråga*.

Se även Jørgensen 116, Erstatningsret 23.

Riskmomentet — med den innebörd som här givits detsamma — finns med i många avgöranden rörande ersättningsansvaret låt vara att det inte framträder öppet. Culpa-

ansvaret kan sägas innesluta tanken att borgenären inte skall stå för följderna — bära risken — av gäldenärens vårdslöshet eller oaktsamhet. Man kan uttrycka saken så att gäldenären bär risken för ett handlande i strid med den aktsamhetsstandard som gäller för honom. En del av de faktorer, som ansetts kunna betinga strikt ansvar, bygger åtminstone delvis på en avvägning av parternas risker i avtalsförhållandet. När man t.ex. hävdar att den gäldenär, som är fackman eller utövar företagsverksamhet, kan åvälvas strikt ansvar, är denna slutsats influerad av ett risktänkande: det ligger närmast att låta gäldenären stå för följderna av avtalsbrott i en verksamhet som behärskas av honom.

Man måste likväl ha klart för sig att man egentligen inte kan bygga avgöranden i ersättningsfrågor på den ena eller den andra partens risk. När man säger att den ena parten bär risken, betyder det endast att man konstaterar att han ligger närmare till att bära de menliga ekonomiska konsekvenserna av ett avtalsbrott. Risken i denna mening är inte en grund för utan ett resultat av bedömningen.

Denna bedömning skall vara en *helhetsbedömning* som beaktar omständigheter av de mest olika slag. När det gäller att i den konkreta situationen avgöra om gäldenären skall befrias från ansvar eller ej, har man inte bara att se till avtalsbrottet — dess beskaffenhet, orsak, omfattning etc. — utan även till avtalsförhållandet i dess helhet med parternas ställning, uppgifter och skyldigheter. Bedömningen inkluderar avtalsförhållandet i dess totalitet. Härvid bör man se avtalet inte endast som en rättslig konstruktion utan framför allt som en faktisk situation, d.v.s. som ett instrument för samverkan mellan parterna.

Den föregående framställningen om ersättningsansvaret och dess olika former — culpa-ansvar, strikt ansvar och ansvar för medhjälpare — har ytterst haft till syfte att klarlägga de omständigheter som har eller kan ha relevans när man genom en helhetsbedömning söker ett svar på riskfrågan.

I den prövning, som sålunda måste ske när ersättningsansvaret in casu skall klarläggas, är rättsskyddsproblematiken den centrala: vilken av parterna bör framom den andra parten erhålla *rättsordningens skydd?*

Om svaret på denna fråga är tveksamt, finns det ofta en kompromiss: ersättningen jämkas (s. 373). Detta betyder en konkret riskfördelning mellan parterna.

8.3.6. *Sammanfattning*

Den verkställda utredningen har framhållit svårigheterna att uppställa fasta regler om förutsättningarna för gäldenärens skyldighet att betala avtalsersättning. I de flesta fall har det endast varit möjligt att ange *allmänna riktlinjer* för ersättningsansvaret. Svaret på frågan om gäldenären i ett konkret fall är ersättningsskyldig eller inte blir beroende av en prövning som har att beakta ett flertal olika omständigheter.

Det har även framgått att det inte är möjligt att bedöma alla ansvarighetssituationer enligt enahanda grunder. Stora *olikheter* förekommer beroende på avtalsprestationernas beskaffenhet, avtalsbrottets art och orsaker, gäldenärens personliga kvalifikationer, arten av den verksamhet som gäldenären utövar etc.

Lagstiftningen är bristfällig. I ett antal fall har lagen bundit ersättningsskyldigheten vid gäldenärens vållande (culpa). Sällan har ansvaret angivits vara strikt. Vanligen är frågan om förutsättningarna för gäldenärens ersättningsskyldighet inte löst i lag, åtminstone ej på ett uttömmande sätt.

Rättspraxis erbjuder inte någon klar eller enhetlig bild. Domstolarnas motiveringar för att åvälva gäldenären ersättningsskyldighet eller befria honom från ansvar är ofta bristfälliga och oklara. En tydlig tendens, som likväl inte helt dominerar, kan sägas vara att ersättningsansvaret gjorts beroende av gäldenärens vållande. Culpabedömningen har en framträdande plats i domstolarnas avgöranden.

När man drar upp riktlinjer enligt vilka avtalsrättens ersättningsproblem skall lösas, måste det ske mot bakgrunden av *rättspolitiska* synpunkter och överväganden. Utöver kravet på rättssäkerhet har man att beakta dels borgenärens anspråk att, trots avtalsbrottet, ekonomiskt försättas i samma situation som om avtalet hade fullgjorts riktigt, dels gäldenärens anspråk på skydd mot en betungande ersättningsskyldighet.

Med beaktande av främst de omständigheter som här nämnts har i det föregående utvecklats ett allmänt *schema* (en modell) för gäldenärens ersättningsskyldighet. Det väsentligaste i ersättningsansvaret kan sammanfattas i följande punkter:

1) Man *utgår från* att gäldenären är skyldig att betala ersättning när det konstaterats, dels att ett avtalsbrott förekommit, dels att borgenären som en följd därav inte alls eller inte i full omfattning blivit delaktig av de ekonomiska förmåner som avtalet anger eller förutsätter. I detta skede fäster man inte avseende vid avtalsbrottets orsaker. Utgångspunkten är borgenärens behov av skydd för sitt avtalsintresse.

I andra hand har man att pröva om det föreligger någon omständighet som *kan utesluta* ersättningsskyldighet för gäldenären. Uteslutningsgrunderna kan vara olika. En vanlig uteslutningsgrund, som ingalunda alltid eliminerar ersättningsansvaret, är frånvaro av vållande hos gäldenären (exculpering). Vid bedömandet av vilka omständigheter, som kan utesluta ansvar, beaktar man gäldenärens behov av rättsskydd. Detta ställes mot borgenärens krav på ersättning.

2) Detta allmänna schema för ersättningsansvaret innebär att borgenärens ersättningskrav *grundas på själva avtalet*. Det är inte avtalsbrottet utan avtalet som utgör bas för ersättningsanspråket. Avtalsbrottet utlöser borgenärens anspråk på ekonomisk kompensation och ger sålunda den yttre anledningen till kravet på ersättning. Avtalets ekonomiska syfte tillgodoses genom att ersättning betalas med verkan att gäldenären erhåller avtalsvärdet.

3) Med *culpa-ansvar* har betecknats de fall i vilka gäldenärens vållande har betydelse för ersättningsansvaret. Detta ansvar förekommer i två varianter.

Vållandet kan ha indirekt betydelse: gäldenären befrias från ansvar om det visas att han inte vållat avtalsbrottet. Avsaknaden av culpa är det faktum som har rättslig relevans (befrielsegrund).

I andra fall har gäldenärens vållande direkt betydelse för ersättningsansvaret: för att ersättningsskyldighet skall inträda fordras bevis för att gäldenären haft culpa. Vållandet är en nödvändig förutsättning för ansvar.

I sak skiljer sig de två varianterna inte särskilt mycket från varandra. Den förra betraktas som den i princip riktiga: för att frigöra sig från ansvar bör gäldenären visa att han inte vållat avtalsbrottet. Exculperingsregeln tillämpas om inte särskilda omständigheter betingar annat.

Begreppet culpa-ansvar ger inte någon anvisning om när gäldenärens vållande har betydelse för ersättningsansvaret. Det finns inte klara riktlinjer för i vilka fall ett culpa-ansvar är för handen. Olika omständigheter kan betinga culpa-ansvar. En uttömmande uppräkning är inte möjlig.

I många fall binder lagen ersättningsskyldigheten vid gäldenärens vållande — indirekt eller direkt. Där detta inte är fallet, har man att in casu avgöra om någon sådan omständighet är för handen att gäldenären kan frita sig från ansvar genom att styrka frånvaron av vållande. Härvid är det inte fråga om en fri prövning. Man bör eftersträva allmänna riktlinjer enligt vilka man kan företa en standardisering av fakta och situationer som kan betinga culpa-ansvar.

Det sagda innebär även att man inte bör presumera culpa hos gäldenären.

4) *Strikt ansvar* betyder att ersättningsskyldigheten inte bindes vid gäldenärens vållande eller vid medhjälpares fel eller försummelser. Gäldenären är i princip ansvarig när avtalsbrott förekommit, oberoende av orsaken. Han kan inte befrias från ansvar genom exculpering.

I lag ingår endast ett fåtal stadganden som åvälver gäldenären strikt ansvar i avtalsförhållanden. Utanför det i lag reglerade ersättningsansvaret kan man peka på faktorer av olika slag som kan betinga ett strängare ansvar (än culpa-ansvaret) och som sålunda kan men inte nödvändigt behöver föranleda strikt ansvar. Det är inte möjligt att uttömmande ange de omständigheter som ensamma för sig eller i kombination med varandra motiverar strikt ersättningsansvar.

Även när ansvaret är strikt kan särskilda omständigheter utesluta ersättningsskyldighet.

Prestationshinder kan utgöra en sådan omständighet. Omöjlighet att fullgöra en avtalsprestation befriar i och för sig inte gäldenären från ersättningsskyldighet. Avgörande är främst omöjlighetens orsaker. Force majeure fritar i regel gäldenären från ansvar. Undantag kan göras för de fall i vilka gäldenären vid avtalets ingående bort räkna med prestationshindret. Relativa prestationshinder kan på basen av en prövning in casu leda till befrielse från ansvar.

Gäldenärens strikta ansvar kan även uteslutas till följd av att borgenären åsidosatt

en borgenärsförpliktelse eller på den grund att det föreligger andra särskilda omständigheter som har anknytning till borgenärens person eller till hans handlande eller uppträdande.

5) Den gäldenär, som har ett culpa-ansvar, är i princip ansvarig för sina *medhjälpares fel och försummelser*. Genom att anlita medhjälpare har gäldenären vidgat sitt ansvarighetsområde utöver kretsen för det egna handlandet. Borgenärens rättsskydd får inte försvagas när gäldenären använder medhjälpare för att fullgöra avtalet.

Frågan om betydelsen av medhjälpares fel och försummelser är inte relevant när gäldenärens ansvar är strikt. Gäldenären kan inte i dessa fall frita sig från ansvar genom att visa att avtalsbrottet inte föranletts av hans medhjälpares fel eller försummelser.

Ansvaret för medhjälpare framstår som en komplettering av culpa-ansvaret.

Medhjälpares handlande eller underlåtande betyder ibland att gäldenären själv har culpa. Ersättningsskyldigheten bindes vid gäldenärens vållande. Man följer det vanliga culpa-ansvarets regler.

När gäldenären inte själv har culpa, bindes ersättningsskyldigheten vid medhjälpares fel eller försummelse.

I de fall då avtalsbrottet föranletts av viss medhjälpare, kan beträffande denne ha förekommit vållande bedömt enligt den för medhjälparen gällande aktsamhetsstandarden. Denna standard kan vara en annan än gäldenärens vilket kunde leda till att borgenären försättes i en oförmånligare situation genom att avtalet fullgöres av en medhjälpare. För att undgå denna kan man bedöma medhjälparens fel eller försummelser enligt en normal aktsamhetsstandard som betecknar ett genomsnitt av den omsorg, skicklighet och erfarenhet som det ifrågavarande avtalets riktiga fullgörande förutsätter. Man ser bort från medhjälparens grupptillhörighet och individuella förhållanden. Ett handlande eller en underlåtenhet med avvikelse från den normala aktsamhetsstandarden betraktas som culpa. Ibland kan gäldenärens culpa bedömas enligt gäldenärens egen aktsamhetsstandard.

Det är inte alltid möjligt att binda avtalsbrottet vid viss medhjälpare. Gäldenären ansvarar även för anonyma fel och försummelser som förekommit i samband med den verksamhet — vanligen företagsverksamhet — som gäldenären utövar. Felet eller försummelsen bör ses mot bakgrunden av de krav som med avseende på organisation, kontroll, sakkunskap, erfarenhet etc. kan ställas på en verksamhet av det slag och den omfattning som den vari det berörda avtalet ingår. Om med beaktande härav ett fel eller en försummelse anses ha förelegat, är gäldenären ersättningsskyldig oaktat man inte kan utpeka den medhjälpare som felat.

Också i fråga om medhjälpares fel och försummelser förekommer exculpering. Gäldenären befrias från ansvar när han visar att fel eller försummelse inte förekommit hos en viss medhjälpare eller i den verksamhet vari avtalet ingår.

6) Man kan inte i större utsträckning genom allmänna regler bestämma *gränserna*

mellan olika ansvarighetsformer — culpa-ansvar jämte medhjälparansvar samt strikt ansvar. Sällan kan man — i brist på stöd i lag — peka på faktorer som klart talar för det ena eller det andra alternativet. Divergerande synpunkter måste ofta in casu vägas mot varandra. Resultaten av en sådan avvägning kan inte fastlåsas på förhand. Det ankommer på domstol att med ledning av sådana allmänna riktlinjer, som uppdragits i den föregående framställningen, avgöra om en exculpering skall ha befriande verkan eller inte.

Den omständigheten att culpatänkandet har fast förankring i inhemsk praxis och doktrin föranleder inte slutsatsen att culpa-ansvaret vore regel, det strikta ansvaret undantag. De olika ansvarighetsformerna förekommer vid sidan av varandra och ansvarighetsreglernas tillämpningsområden går ofta oförmärkt in i varandra. Skillnaden mellan olika ersättningsformer är inte alltid stor i praktiken. Man ser en gradvis skärpning av ersättningsansvaret från det egentliga culpa-ansvaret över ansvaret för medhjälpare med dess olika varianter till det rent strikta ansvaret.

Ofta gäller det att in casu söka ett svar på frågan: vilken av parterna, gäldenären eller borgenären, ligger närmare till att bära de menliga ekonomiska konsekvenserna av att avtalet inte fullgjorts riktigt? Svaret på denna fråga blir beroende av en helhetsbedömning som beaktar omständigheter av de mest olika slag vilka inte låter sig katalogiseras. Den prövning, som sålunda måste ske, inkluderar en avvägning som skall klarlägga vilken av parterna som framom den andra bör erhålla rättsordningens skydd.

Det som här sagts, betyder inte att domstolen fritt skulle pröva förutsättningarna för ersättningsskyldigheten. Med ledning av allmänna riktlinjer för ersättningsansvaret bör domstolarna eftersträva enhetliga avgöranden.

8.4. Avtalsersättningens omfattning

8.4.1. *Allmänna riktlinjer*

I. *Syftet* med avtalsersättningen är att borgenären ekonomiskt skall försättas i samma läge som om avtalet hade fullgjorts enligt dess innehåll. Detta är utgångspunkten för beräknandet av ersättningens belopp vilket skall ge borgenären kompensation för utebliven eller oriktig prestation.

Ersättningen beräknas utgående från borgenärens intresse av avtalet — avtalsvärde eller avtalsintresse. Hans behov av rättsskydd tillgodoses så, att avtalsbrottet inte leder till en ekonomisk förlust för honom. Man eftersträvar att ge borgenären *full* ersättning.

Denna lösning innebär ofta att gäldenärens behov av skydd förbises. Utgivande av ersättning kan nämligen betyda att gäldenären ekonomiskt betungas mera än fallet

hade varit om avtalet skulle ha fullgjorts riktigt. Avseende bör därför fästas även vid gäldenärens behov av skydd. I första hand tar man likväl hänsyn blott till borgenärsintresset.

Om utgivandet av avtalsersättning innebär en extra belastning för gäldenären — vilket vanligen är fallet — kommer avtalsbalansen att rubbas till hans nackdel medan det ekonomiska utbytet av avtalet för borgenärens del i princip förblir oförändrat. Avtalsersättningens syfte är sålunda inte att återställa avtalsbalansen. Dess primära uppgift är att bibehålla borgenären på oförändrad ekonomisk nivå.

Med dessa utgångspunkter beräknas ersättningens belopp enligt ett allmänt schema: man ställer mot varandra det ekonomiska resultat, som avtalets riktiga uppfyllelse skulle ha givit borgenären, och den faktiska situation som genom avtalsbrottet uppkommit för borgenären. På den ena sidan har man det *hypotetiska* händelseförloppet: det som bort inträffa om avtalet hade fullgjorts riktigt. På den andra sidan finns det *verkliga* händelseförloppet: det som faktiskt inträffat. Genom en jämförelse mellan de två händelseförloppen får man fram ersättningsbeloppet.

Se betr. denna jämförelse utförliga framställningar av Persson 16 ff, 117 ff, Rodhe § 44 vid not 1 och 2 samt §§ 45 och 46. — Fikentscher, 322, använder termen »Erfüllungsinteresse: Der Vertrag ist als ordnungsgemäss durchgeführt zu denken».

Skillnaden mellan det hypotetiska och det verkliga händelseförloppet har betecknats med termen *skada* och det penningbelopp, som svarar mot skadan, har benämnts *förlust*; det belopp med vilken denna kompenseras har benämnts skadeersättning eller skadestånd. I denna framställning har termer, i vilka ordet skada ingår, medvetet undvikits av den anledningen att borgenärens krav på avtalsersättning grundats på själva avtalet och inte på den uppkomna skadan; den differens mellan hypotetiskt och verkligt händelseförlopp, som skadan betecknar, är blott den faktor med vars tillhjälp ersättningsbeloppet beräknas; se även s. 258.

Det är svårt att exakt ange det *hypotetiska* händelseförloppet: vilken situation skulle ha inträtt ifall gäldenären hade uppfyllt sina förpliktelser? Mycket beror på huru borgenären skulle ha utnyttjat avtalets förmåner: skulle han ha gjort influtna medel räntebärande eller placerat dem i realegendom, skulle han ha avyttrat avtalsobjektet och i så fall med huru stor vinst, skulle han ha använt det för eget behov etc. Sådana omständigheter hänför sig till det hypotetiska händelseförloppet. De har betydelse för beräknandet av avtalsersättningens belopp.

Det hypotetiska händelseförloppet kan inte fixeras enbart med ledning av borgenärens planer och avsikter att utnyttja avtalets förmåner. Det är naturligare att utgå från huru ett avtal av ifrågavarande slag vanligen utnyttjas. Man bör försöka bestämma det normala hypotetiska händelseförloppet. Det sker en standardisering. Borgenärens speciella planer tillmätes betydelse endast i den mån gäldenären varit eller bort vara medveten om dem.

Se närmare s. 367 f.

Också det *verkliga* händelseförloppet kan vara obestämt. Visserligen är det vanligen möjligt att ange vad som inträffat och vad detta ekonomiskt innebär, t.ex. vilka direkta kostnader borgenären haft med anledning av avtalsbrottet. Men det kan ofta vara svårt att precisera det som hänför sig till framtiden, till förlängningen av det verkliga händelseförloppet: vilka avbräck medför en utebliven varuprestation i borgenärens rörelse, blir borgenären skyldig att ersätta tredje man när han å sin sida inte kan fullgöra ett annat avtal etc. Sådana faktorer måste få plats i bedömningen. Härvid har man att pröva huru sådana situationer som den ifrågavarande vanligen utvecklar sig. Man försöker fixera den normala fortsättningen på det verkliga händelseförloppet.

Det är inte möjligt att i denna framställning gå in på de många detaljproblem som möter när det gäller att i olika situationer fixera avtalsersättningens belopp. Endast några allmänna frågor skall beröras (II—V) mot den bakgrund som här angivits.

Se betr. köp bl.a. de utredningar och analyser som gjorts av Jan Hellner, Beräkning och begränsning av skadestånd vid köp (TfR 1966 290—344) och Knut Rodhe, The quantum of damages under the Scandinavian Sale of Goods Act (Scandinavian Studies in Law, 1966 Vol. 10, 149—171).

II. Såsom ovan framhållits bör man eftersträva en lösning enligt vilken borgenären försättes i samma ekonomiska läge som om riktig uppfyllelse hade skett. Man brukar säga att det positiva intresset eller det positiva avtalsintresset skall ersättas.

Betr. terminologin, Rodhe § 44 punkt 2.

En på detta sätt beräknad avtalsersättning innefattar två moment: uteblivna intäkter (inkomster) och uppkomna kostnader.

Begreppet *uteblivna intäkter* bör ges en vidsträckt innebörd. Det är inte bara fråga om frångången försäljningsvinst eller annan affärsvinst utan om alla de ekonomiska förmåner som uteblir eller minskas till följd av avtalsbrottet. Hit hör även det som särskilt med avseende på ersättning utanför avtalsförhållanden kallats »allmän förmögenhetsskada» — skada på en persons förmögenhetsställning eller förvärvsverksamhet i allmänhet. Denna skada bör beaktas vid bestämmandet av förlusten oaktat det inte är fråga om skada som kan beräknas på ett objektivt bestämbart sätt.

Se Karlgren, Skadeståndsrätt 24, Rodhe § 44 vid not 28 (»allmänt skadestånd för avtalsbrott»).

I ArbAvtL § 51 m. 4 kan det sägas vara fråga om allmän förmögenhetsskada; se Työsopimuslakikomitean mietintö 61 (»välillinen vahinko»).

Jfr ersättning för icke ekonomiska intressen s. 396.

Frågan om intäktsersättning kan belysas med följande domstolsavgöranden:

H D 1940 I I 139: B hade av A hyrt en fabrikslokal jämte lagerutrymmen på vinden omedelbart ovanför fabrikslokalen. A hade sedermera byggt på huset med påföljd att B gått miste om vindsutrymmet. Då Bs verksamhet genom förlusten av vindsutrymmet försvårats, ansågs B berättigad till skälig ersättning för att han blivit tvungen att utöva sin rörelse i mindre skala än vad apparater och arbetsmöjligheter hade tillåtit.

HD 1938 I I 63: utsäde hade sämre grobarhet än garantibeviset angav, skörden blev sämre; säljaren ålades att ersätta den förlust som bestod i försämrat skörderesultat.

HD 1934 I I 5: till följd av reparation i den byggnad, där hyrd affärslokal var belägen, hade omsättningen nedgått; ägaren av byggnaden ålades betala häremot svarande ersättning.

HD 1929 I I 787: styrman, som anställts för bogserbåt, hade vägrat utföra bogsering av lastpråmar, varför han avskedats; han ålades att betala ersättning för den skada som orsakats arbetsgivaren till följd av att bogserbåten inte kunnat utnyttjas under fyra dagar samt för den högre lön som arbetsgivaren blivit tvungen att betala till en nyanställd styrman.

Se även *HD 1945 I I 206.*

Till följd av gäldenärens avtalsbrott kan borgenären häva avtalet — om nödiga hävningsförutsättningar är för handen — och i stället ingå ett likadant avtal med tredje man — *täckningsavtal* (kompensationsavtal). Detta erbjuder ett konkret jämförelseobjekt när avtalsersättningens belopp skall bestämmas. Täckningsavtalet anger det faktiska händelseförloppets ekonomiska innebörd. Det belopp, som beräknas på detta sätt, täcker likväl inte alltid hela avtalsintresset, borgenären kan t.ex. ha lidit förlust genom dröjsmål.

Se Palmgren 245 ff, Palmgren — Olsson 111, Rodhe § 46 b (ersättningsanskaffning) samt i fråga om täckningsköp bl.a. Godenhielm 86, Aaltonen, Tavaran virheistä II 200 ff, Heikonen — Aaltonen 180 f, Hellner 106 f.

Bl.a. i följande avgöranden har ersättningen bestämts med ledning av ingånget kompensationsavtal: *HD 1944 I I 94, 1940 I I 114, 1931 I I 517.*

Se även DL 1969 rättsfall nr 10: byggherren B hade godkänt det lägsta entreprenadanbudet avgivet av A, denne hade sedermera återkallat sitt anbud med hänvisning till misstag vid uträknandet av entreprenadsumman. A ålades att till B i ersättning erlägga skillnaden mellan det näst högsta anbudet och As eget anbund.

Det kan betraktas som en allmän regel att borgenären kan lägga täckningsavtalet till grund för sitt krav på avtalsersättning. Det gäller likväl för borgenären att i största möjliga utsträckning eftersträva ett ur gäldenärens synpunkt förmånligt avtal med tredje man. Om borgenären inte iakttar detta, blir täckningsavtalets villkor inte utslagsgivande när ersättningsbeloppet fixeras. En reducering bör ske.

HD 1943 I I 216: A (köpare) hade utan giltigt skäl vägrat ta emot erbjudet gods. B (säljare) sålde godset till tredje man för lägre pris. Då B inte förmått tillförlitligt bevisa att gängse (gångbart) pris var lägre än det pris, varom A och B i sitt avtal kommit överens, och att han därför skulle ha varit tvungen att sälja godset till det pris han erhållit av tredje man, förkastades Bs anspråk på ersättning motsvarande prisskillnaden.

Man har att utgå från att täckningsavtal ingås utan oskäligt uppehåll efter det gäldenärens prestation uteblivit eller borgenären hävt avtalet till följd av oriktig prestation. De vid denna tid gällande priserna bör läggas som grund för ersättningen och inte det högre pris som borgenären erlagt enligt ett täckningsavtal som ingåtts senare. Vid bestämmandet av tidpunkten när täckningsavtal borde ingås bör man ta hänsyn dels till att borgenären kan ha rätt att invänta sentida prestation, dels till att borgenären enligt det allmänna lojalitetskravet bör beakta gäldenärens intressen.

HD 1945 II 122: det ansågs att köparen av virke (när leverans uteblivit) genast bort göra täckningsköp, prisstegringar efter den avtalade leveranstidens utgång beaktades inte.
Se även *HD 1932 II 263* (ref. s. 255).

Täckningsavtal — erlagt pris och utgifter för avtalets ingående — kan eventuellt uppfattas som kostnader vilka avtalsbrottet orsakat borgenären (nedan). Detta sätt att bedöma täckningsavtalen föranleder inte att ersättningsbeloppet beräknas annorlunda än här förutsatts.

När ett varaktigt avtalsförhållande till följd av avtalsbrott upphör i förtid, motsvarar ersättningen den förlust som borgenären lidit av att *avtalsförhållandet upphört tidigare än överenskommet.* Har avtalet upphört till följd av hävning eller uppsägning utan laga skäl, kan ersättningen bestämmas så, att den motsvarar överenskommet vederlag för den tid som återstår enligt avtalet eller för avtalsenlig uppsägningstid.

JordlegoL § 60, ArbAvtL § 45 och *HD 1946 II 295*; se även *HD 1945 II 267:* ersättning tillerkändes legotagaren då legogivaren i förtid utan skäl brutit legoavtalet; ersättningen beräknades till bestämt belopp per år av återstående legotid.

Ibland omfattar ersättningen *värdet av en prestation* som inte mera kan fullgöras.

HD 1949 II 46 (ref. s. 255).
HD 1945 II 23: i sytning ingick rätt till viss vedmängd per år och till fri tröskning; ersättning utgavs för frångångna förmåner då den lägenhet, från vilken sytningen skulle utgå, till största delen frångått ägaren genom tvångskolonisation, och rian förstörts.

Ett avtalsbrott kan ha långtgående verkningar med avseende på *avbrott* i borgenärens företagsverksamhet. Ersättningen härför uppskattas med ledning av ett händelseförlopp, som in casu kan vara svårt att ange. En viss skälighetsprövning kan härvid förekomma.

Se Berndt Godenhielm, Om ersättande av avbrottsskada vid säljarens dröjsmål (JFT 1970 38—54).

Förändringar i penningvärdet kan i vissa fall påverka beräkningen av ersättningsbeloppet.

Betr. detta problem, Taxell, JFT 1959 239 ff, Hakulinen 87.

Uppkomna kostnader kan vara av mycket olika slag. Själva avtalsbrottet kan ha orsakat borgenären utgifter. Kostnadskrävande åtgärder kan ha vidtagits av borgenären i eget intresse, t ex. reklamation, eller i gäldenärens intresse, t.ex. vård av felaktigt gods som borgenären blivit tvungen att omhänderta. Borgenären kan ha bekostat godsets försättande i avtalsenligt skick. På grund av utebliven prestation kan borgenären, som å sin sida inte kunnat fullgöra en förpliktelse mot tredje man, ha blivit tvungen att till denne erlägga avtalsvite eller annan ersättning. De nämnda fallen utgör exempel på kostnader som bör beaktas när avtalsersättningen beräknas.

Se bl.a. Rodhe § 50 vid not 1 f, 8 ff.

Följande domstolsavgöranden exemplifierar frågan om kostnadsersättning:

HD 1964 II 11: B hade i fastighetsköp förbehållits rätt att använda brunn på As mark; A ålades ersätta kostnaderna för en nödvändig fördjupning av brunnen.

HD 1948 II 3: till följd av As avtalsbrott hade B varit tvungen att betala avtalsvite till tredje man; A ålades att ersätta B denna kostnad, ersättningen begränsades likväl till halva avtalsvitet, då A ej kunde antas ha insett att vitet var större än avtalsobjektets pris.

HD 1942 II 177: hyresgäst erhöll ersättning för reparation av elektriska ledningar, vilken han låtit utföra efter förständigande av brandmyndighet (hyresvärlden var skyldig att hålla ledningarna i skick).

HD 1932 II 263: ersättning bl.a. för kostnaderna för godsets omhändertagande och försäljning till annan (köparen hade vägrat ta emot godset).

Ibland uppgår ersättningen till det belopp som borgenären tvingats betala till tredje man för att komma i besittning av avtalsobjektet.

HD 1948 II 26: A hade sålt en maskin till B för 35.000 mk och därefter samma maskin till C. För att få maskinen hade B varit tvungen att lösa den av C för 120.000 mk, vilket belopp B krävde av A. Ersättningen utdömdes helt emedan lösenbeloppet motsvarade maskinens dåvarande värde.

Borgenären har inte krav på ersättning för kostnader som han skäligen kunnat undvika.

De kostnader, som borgenären haft för avtalets ingående, beaktas inte när avtalsersättningen fixeras. Detta är en naturlig konsekvens av tanken att borgenären grundar sitt ersättningsanspråk på avtalet. De kostnader, som dess ingående krävt, representerar en utgift för vilken borgenären definitivt bör stå i den mån han grundar ett anspråk på avtalet.

Jfr negativt avtalsintresse s. 390.

Som allmän norm gäller att ersättningen — det belopp som gäldenären skall betala — skall vara lika med summan av uteblivna intäkter och uppkomna kostnader.

Se Rodhe § 44 vid not 8—9.

Från den ersättning, som fixerats enligt här angivna grunder, bör man *avdra* ett belopp motsvarande den inkomst som borgenären kunnat erhålla men underlåtit att förvärva. Lojaliteten mot medkontrahenten förutsätter att borgenären vidtar de åtgärder, som rimligen kan krävas av honom, i syfte att minska ersättningsbeloppet.

Se SjöL § 134 m. 1.
HD 1942 II 159: A hade under löpande hyrestid flyttat från lägenheten, hyresvärden B krävde hyra för den återstående hyrestiden. Det ansågs att B borde ha hyrt lägenheten åt tredje man, då han underlåtit detta, utdömdes inte hyra för de månader under vilka det till följd av den rådande hyressituationen varit möjligt för B att få lägenheten uthyrd.

Borgenären kan ha inbesparat utgifter till följd av underlåten fullgörelse från gäldenärens sida, t.ex. fraktkostnader, för vilka borgenären enligt avtalet skulle stå, och vilka beaktats vid fastställande av vederlaget. Denna inbesparing bör avdras från ersättningsbeloppet.

Om man vid beräknandet av ersättningen håller sig enbart till uppskattning av uteblivna intäkter och uppkomna kostnader, finns det inte rum för gottgörelse för ideella (immateriella) värden. I avtalsförhållanden bör man inte presumera ersättningsansvar för andra intressen än ekonomiska. Särskilda skäl kan likväl motivera en vidare ersättningsskyldighet (s. 396 f).

III. Ofta kommer avtalsersättningen att bestämmas med ledning av en *saks värde*. Detta förfarande blir aktuellt när gäldenären underlåtit att prestera avtalsobjektet eller när han presterat felaktigt gods.

Se t.ex. *HD 1941 II 191:* arbetstagare hade fått löfte om ett jordområde, dess värde gavs i ersättning. — *HD 1940 II 53:* B hade lämnat sin päls till sommarförvaring hos A, denna återställde på hösten en annan päls; A ålades ersätta pälsens värde.
Rodhe, § 49, ger en ingående redogörelse för olika typer av det som han kallar värdeersättning, varmed han menar en »med skadeståndet konkurrerande ersättningsform» som karakteriseras av att »man isolerar de förlustposter, som konstituerar egendomens värde, och ersätter endast dessa»; hit hänför Rodhe även prisnedsättning.

Ersättning beräknad enligt avtalsobjektets värde kan antingen ange hela det belopp, som borgenären har att få, eller vara en post jämte andra (t.ex. uteblivna intäkter).

Ofta stannar man vid det värde som anges av borgenärens vederlag. Då ersättnin-

gen skall ge borgenären kompensation för uteblivna intäkter, kan det likväl bli nödvändigt att beräkna ersättningen på basen av avtalsobjektets verkliga värde. Om detta är högre än vederlaget, bör hänsyn tas därtill.

Värdet bestämmes vanligen enligt den tidpunkt då prestation borde ha ägt rum enligt avtalet eller då felaktig prestation skett.

Vid förskjutningar i penningvärdet kan en senare tidpunkt bli bestämmande för värderingen.

Se *HD 1951 II 67* samt Taxell, JFT 1959 239 f.

När gäldenären försummat sin vårdplikt, kommer ersättningen ofta att bestämmas med beaktande av avtalsobjektets nedsatta värde — gäldenären ersätter den värdeminskning som vanvården orsakat.

HD 1947 II 164.

Bestämmandet av ersättningens belopp med ledning av en saks värde kan även ifrågakomma när avtalsobjektet förstörts eller skadats under transport till borgenären eller när det för reparation eller uppbevaring eller i annat syfte befunnit sig i gäldenärens besittning.

Se härom s. 380, bl.a. de domstolsavgöranden till vilka där hänvisas.

Sakvärdet har även relevans när gäldenären vid fullgörandet av avtalet skadat annan borgenären tillhörig egendom än den som omfattats av avtalet.

När man i här nämnda eller i andra situationer har att fastställa sakvärdet, kan man använda olika *metoder:* försäljningsvärdet, återanskaffningsvärdet etc. Problemet skall inte behandlas här.

Se bl.a. Persson, särsk. 400 ff, Karlgren, Skadeståndsrätt 214 ff, Ussing, Erstatningsret 170 f. — Jfr Förs AvtL §§ 37, 38, 75, SjöL § 120.

IV. Huru skall ersättningen bestämmas när det hypotetiska händelseförloppet inte pekar på en frångången intäkt utan på en *utebliven förlust*? Frågan är aktuell när borgenären ingått ett förlustbringande avtal från vilket han befrias genom gäldenärens avtalsbrott. Det verkliga händelseförloppet är fördelaktigare än det hypotetiska.

Det ges inga uteblivna intäkter som kan utgöra bas för ett ersättningsanspråk. Däremot kan borgenären till följd av avtalsbrottet ha haft utgifter som han borde få ersatta. Två alternativa lösningar står till buds: borgenären ges rätt till kostnadsersättning utan att man beaktar den uteblivna förlusten, *eller* kostnaderna utjämnas mot den uteblivna förlusten, ersättning utgår endast om kostnaderna är större.

Se betr. detta problem — doktrinens compensatio lucri cum damno (förekommer även i andra situationer) — särsk. Rodhe § 44 c.

Utgångspunkt för bedömningen bör vara avtalsersättningens rättsgrund: borgenären bör ekonomiskt försättas i samma situation som om avtalet hade fullgjorts. Konsekvensen härav är att man företar en *utjämning* av kostnader och utebliven förlust. Borgenären får definitivt stå för de kostnader, som avtalsbrottet orsakat, så länge de inte överstiger det belopp till vilket den uteblivna förlusten uppgår.

Denna lösning synes rimlig. Det är knappast riktigt att borgenären genom en avtalsersättning försättes i en situation vilken ekonomiskt är fördelaktigare än den som skulle ha inträtt om avtalet hade fullgjorts. Om borgenären ingått ett oförmånligt avtal, skall han inte få utnyttja gäldenärens avtalsbrott för att nå en bättre position. Avtalsförhållandet bör i ekonomiskt avseende bedömas som en helhet.

Mot detta resonemang kan invändningar göras.

Borgenären har, när han ingått avtalet, tagit på sig risken för den förlust som avtalets fullgörande kan komma att leda till. Däremot är han inte inställd på att stå för kostnader som inte grundar sig på avtalet utan på gäldenärens avtalsbrott. Denna risk borde vila på gäldenären.

Det bör vara angeläget att eliminera de direkta följderna av ett avtalsbrott. Hit hör kostnader som avtalsbrottet orsakat. Det är inte nödvändigt att sammankoppla dem med en mera avlägsen verkan av avtalsbrottet — utebliven förlust.

Trots sådana invändningar bör man enligt min tanke hålla fast vid principen om en utjämning. Den överensstämmer bäst med det allmänna syfte som avtalsersättningen vill förverkliga: borgenären skall ekonomiskt sett försättas i samma situation som om avtalet hade fullgjorts. Vid bedömningen härav ser man avtalsförhållandet såsom en helhet innefattande både förlust- och vinstposter.

Se Palmgren — Olsson 110, Aaltonen, Tavaran virheistä II 189 f.
Ussing 149: utgifter orsakade av avtalsbrottet bör ersättas oaktat avtalet var ekonomiskt ofördelaktigt för borgenären, och denne sålunda undgår en förlust genom att häva avtalet.

Den här förordade utjämningsprincipen är bara ett utgångsläge för bedömningen, intet annat. Man kan och bör avvika härifrån när särskilda omständigheter motiverar en annan lösning.

Tre fall kan nämnas som exempel.

1) När borgenären, efter att ha mottagit avtalsobjektet, hävt avtalet till följd av fel, kan han ha haft utgifter för egendomens vård. *Vårdkostnaderna* är en utgift som i första hand betingas av gäldenärens intresse. Det är rimligt att gäldenären ersätter dessa kostnader helt, oberoende av att borgenären genom hävningen undgått en förlust.

2) Borgenären kan medvetet ha betalat ett *överpris* för en sak vilken för honom har ett speciellt värde som inte är ekonomiskt mätbart. Om gäldenären underlåtit att

fullgöra sin prestation, är det rimligt att han ersätter borgenären de kostnader som avtalsbrottet orsakat. Den omständigheten att borgenären slipper betala överpris beaktas inte. Likaså har borgenären anspråk på ersättning för reparationskostnader som han nedlagt på ett felaktigt avtalsobjekt.

Se Hellner, TfR 1966 328 f.
I denna situation kan det dessutom, om prestation uteblir, bli fråga um gottgörelse för icke-ekonomisk förlust, se s. 401.

3) Part kan ha ingått ett avtal för att tillgodose sina *personliga behov*. Hans avsikt är inte att överlåta avtalsobjektet vidare eller att på annat sätt utnyttja det ekonomiskt genom avtal med tredje man. Detta fall påminner mycket om det föregående.

Avtalsobjektets värde synes inte spela någon primär roll för borgenären i ett sådant fall. Detta värde bör därför inte beaktas om det blir fråga om ersättning på grund av utebliven prestation. Bedömt såsom sådant — utan hänsyn till borgenärens syfte med avtalet — kan avtalet visserligen sägas vara förlustbringande, t.ex. om en köpare lovat betala ett pris som överstiger godsets värde. Den förlust, som borgenären undgått genom att gäldenären inte presterat, borde vid ersättningens fastställande baktas som en minuspost. Men med hänsyn till den konkreta situationen är det irrelevant om avtalet kan sägas vara »oekonomiskt» eller inte. Man bör därför inte beakta avtalets objektiva värde och därför inte heller en utebliven förlust när borgenären kräver ersättning för kostnader föranledda av utebliven eller felaktig prestation. Man tar hänsyn till avtalets konkreta syfte och ser bort från avtalets objektiva ekonomiska värde.

Denna ståndpunkt leder till att den utjämning mellan kostnader och utebliven förlust, som det är fråga om i detta avsnitt, i huvudsak kommer att begränsas till de avtal som för borgenärens del kan betraktas som »affärsavtal».

När borgenären efter det han blivit kvitt ett oförmånligt avtal, kräver kostnadsersättning, hänvisar han självfallet inte till den uteblivna förlusten. Intet hindrar att borgenären begränsar sitt anspråk till vissa förlustposter. En annan sak är att gäldenären kan invända att från kostnadsersättningen bör avräknas utebliven förlust. Det är gäldenärens sak att visa, att borgenären till följd av bristande fullgörelse undgått en förlust. I praktiken kan det vara svårt för gäldenären att i detta avseende klarlägga det hypotetiska händelseförloppet. Slutresultatet in casu blir därför lätt att en principiellt riktig utjämning mellan kostnader och utebliven förlust inte kommer att ske.

Det är möjligt att den förlust, som avtalsbrottet orsakat, kan täckas av en *försäkring*. Ser man avtalet som en ekonomisk enhet, är det naturligt att borgenären tillkommande försäkringsbelopp avdras från den ersättning som gäldenären skall betala. Borgenären kan t.ex. inte få dubbel ersättning för avbrott i sin rörelse — gäldenärens ersättning och avbrottsförsäkring. Intet hindrar att borgenären får ersättning från två håll. Men det sammanlagda beloppet bör likväl inte överstiga full ersättning.

Hithörande problem kan inte alltid lösas på samma sätt. Resultatet blir ofta beroende av försäkringstypen.

V. I praktiken är det ofta svårt att avgöra huru stor avtalsersättning gäldenären skall betala. Både i det hypotetiska och i det verkliga händelseförloppet ingår osäkra moment. Ibland kan det t.o.m. vara omöjligt att komma fram till ett ens någorlunda riktigt ersättningsbelopp. Bevissvårigheterna är ofta stora.

Dessa svårigheter kan övervinnas eller åtminstone reduceras, dels genom regler om standardiserad ersättning, dels genom att bestämma ersättningen enligt uppskattning.

Dröjsmålsränta och annan i lag fixerad ränta är en *standardiserad* avtalsersättning. Den beräknas enligt i lagen angivna eller förutsatta procentsatser. Samtidigt utgör den ersättning av delvis annan natur än avtalsersättningen, s.k. vederlagsersättning. Den behandlas därför lämpligen i annat sammanhang.

Stadganden om dröjsmålsränta etc.: HB 9: 8 och 10, SBL § 6, ABL §§ 20, 33, AndelsL § 39 etc.

Se närmare s. 384.

Ersättning för överliggetid utgår enligt i lag angivna belopp.

SjöL § 86.

Enligt RB 17: 6 äger domstolen *uppskatta skadan* till skäligt belopp, ifall bevisningen om skadans storlek inte alls eller allenast med svårighet kan föras. Stadgandet äger tillämpning även på ersättning i avtalsförhållanden.

Se Tauno Tirkkonen, Uusi todistuslainsäädäntö (Vammala 1949) 45 f, Halila, Todistustaakan jaosta 14 f, 260 f, Vahingonkorvauksen suuruuden todistelusta (LM 1961 291—303). — Se även Sveriges RB 35: 5, Karlgren, Skadeståndsrätt 227.

Jfr SchwOR Art. 99 m. 3 jfr Art. 42, 43 — ersättningen beräknas av domstolen med beaktande av omständigheterna, varvid hänsyn även tas till skuldgraden; von Büren 405 f.

I princip skall borgenären bevisa avtalsersättningens storlek (RB 17: 1). Bevisregeln i RB 17: 6 är att betrakta som ett undantag från denna allmänna princip. Skulle detta undantagsstadgande inte existera, bleve följden ofta att krav på avtalsersättning inte kunde bifallas i brist på bevis för utebliven intäkt eller uppkommen kostnad.

Det är särskilt i fråga om utebliven intäkt som RB 17: 6 får sin betydelse. Det hypotetiska händelseförlopp, enligt vilket denna förlustpost skall beräknas, är ofta svårt att leda i bevis, t.ex. med avseende på de ekonomiska konsekvenserna av avbräck i borgenärens affärsrörelse. En uppskattning av förlustvärdet är ofta den enda möjligheten.

Se t.ex. *HD 1953 II 50:* ersättning för avbrottsförlust utdömdes till uppskattat belopp.

Kostnadsersättningen kan vanligen bevisas. Det är fråga om sådant som faktiskt inträffat. Borgenären bör i regel se till att han kan verifiera sina utgifter. En tillämpning av RB 17: 6 är likväl inte utesluten.

Enligt RB 17: 6 skall skadan uppskattas till *skäligt* belopp. Vad innebär detta med avseende på avtalsersättning?

Utgångspunkten är också nu att borgenären skall få full ersättning — försättas i samma läge som om avtalet hade fullgjorts riktigt. Då ersättningsbeloppen inte exakt kan bestämmas, strävar man till att ge borgenären en ersättning vilken kan tänkas motsvara den förlust som han verkligen lidit till följd av avtalsbrottet. Man får inte stanna här. Att beloppet skall vara skäligt, betyder att det bör bedömas även ur gäldenärens synvinkel. Då borgenären inte kan bevisa till vilket belopp ersättningen bör uppgå, är det naturligt att man vid uppskattandet av detsamma inte ensidigt ställer sig på borgenärens ståndpunkt. Visserligen bör man eftersträva full kompensation för borgenären. Men i ett läge, där ersättningsbeloppet inte kan fixeras exakt, är det naturligt att försöka gå en medelväg som även beaktar gäldenärens behov av skydd mot hög ersättning.

Regeln i RB 17: 6 ger borgenären en förmån. Den ger honom ersättning oaktat han inte kan bevisa omfattningen av sitt ersättningsanspråk. Genom att föra in skälighetssynpunkterna tillgodoser regeln samtidigt gäldenärens intresse. Ersättningsbeloppet får inte vara oproportionerligt betungande för honom. Härvid har man att fästa avseende också vid andra omständigheter än sådana som berör avtalet och avtalsbrottets ekonomiska aspekter, såsom graden av gäldenärens vållande. Bägge parters rättsskyddsbehov skall vid denna uppskattning ställas mot varandra. En skälighetsbedömning förutsätter detta.

När domstol vid beräknandet av ersättningens belopp tyr sig till RB 17: 6, kan det betyda att det egentligen inte sker någon jämförelse mellan det faktiska och det hypotetiska händelseförloppet. Domstolen dömer ut ett belopp som med hänsyn till de konkreta omständigheterna synes lämpligt.

Se Rodhe § 44 vid not 4 f.

Även vid fastställandet av utebliven förlust (IV) bör en uppskattning kunna ske enligt skälighet, om bevisning saknas eller om den är otillräcklig.

Det har ansetts att RB 17: 6 — trots ordalydelsen — även kan tillämpas när borgenären skulle ha kunnat bevisa skadans storlek utan särskilt stora svårigheter och kostnader, men han likväl underlåtit att göra detta. Stadgandet utesluter inte en prövning i andra fall än de som där nämnes.

Halila, LM 1961 297 f.

Ersättning enligt RB 17: 6 bör inte utdömas om det är tydligt att avtalsbrottet inte medfört några ekonomiska olägenheter för borgenären. Om det däremot är osä-

kert huruvida avtalsbrottet orsakat borgenären förlust, bör skälig ersättning kunna utgå. I en sådan situation kan skälighetsbedömningen ta sikte på att tillgodose borgenären och inte, såsom i regel är fallet, fästa huvudviken vid gäldenärens behov av skydd mot borgenärens ersättningskrav. Det kan vara skäligt att ge borgenären ersättning som kompensation för det faktum att avtalet brutits trots att man inte med säkerhet kan påstå att en ekonomisk förlust uppkommit.

Se Rodhe § 44 vid not 5, Persson 327 f.

RB 17: 6 kan tillämpas när endast en del av den förlust, som avtalsbrottet orsakat, inte kan bevisas. En skälighetsuppskattning sker endast med avseende på denna del.

Se betr. s.k. abstrakt skadeståndsberäkning, SvKöpL § 25, Godenhielm 88.

8.4.2. *Begränsning av avtalsersättningen*

I. Principen om full ersättning — borgenären skall ekonomiskt försättas i samma situation som om riktig fullgörelse hade skett — kan i sin tillämpning leda till otillfredsställande resultat. Det finns anledning att överväga begränsningar av avtalsersättningens omfattning. Följande *allmänna synpunkter* kan anföras som motiv.

1) Ersättning till fullt belopp betyder oftast ett ensidigt ställningstagande till förmån för borgenären. D n beaktar inte *gäldenärens behov av skydd* mot betungande ersättningsskyldighet. Av hänsyn till gäldenären borde en ersättning inte få vara orimligt hög i relation till avtalsvärdet. Den omständigheten att en rättslig grund för gäldenärens ersättningsskyldighet är för handen in casu behöver inte nödvändigt betyda att full ersättning skall utgå. Man bör undvika lösningar som är oskäliga för någondera parten.

De regler, som gäller avtalsersättningens grund, är i viss utsträckning utformade med hänsyn till gäldenären. Detta gäller främst culpa-ansvaret — gäldenären fritas från ansvar om han förmår exculpera sig. Detta är knappast tillfyllest. Ju strängare reglerna om grunderna för ersättningsskyldigheten är med avseende på gäldenären, desto större anledning finns det att beakta gäldenärens behov av skydd när man fastställer ersättningsbeloppet. Detta kan ske dels genom att ge borgenären endast normal ersättning (s. 365), dels genom att jämka ersättningen (s. 370).

2) Reglerna om avtalsersättning bygger i viss utsträckning på en *riskfördelning* mellan parterna (se s. 346). De har präglats av tanken att risken bäres av den ena parten: gäldenären (ersättning skall betalas) eller borgenären (ersättning utgår inte). Man har ibland anledning att ställa sig tveksam till principen »allt eller intet». Det

förekommer fall i vilka en naturlig lösning vore att låta parterna bära risken gemensamt. Detta innebure i praktiken att full ersättning inte skulle utgå till borgenären. Denna bär en del av risken. Han svarar definitivt för en del av den förlust som avtalsbrottet orsakat. Denna lösning är förenlig med tanken att avtalet är en form av samarbete mellan parterna. I ett sådant samarbete kan det vara naturligt att dela risker och ansvar.

3) Ibland förekommer *avtalsbrott på ömse sidor*. I en sådan situation kan ersättningskrav komma att stå mot varandra. Kvittning ger den ena parten en begränsad ersättning. Även sådana omständigheter, som hänför sig till borgenärens åtgärder och uppträdande, kan även om de inte konstituerar ett avtalsbrott på borgenärens sida ibland anses motivera en begränsning av gäldenärens ersättningsskyldighet.

Se s. 325 ff.

4) Ibland kan de ekonomiska följderna av ett avtalsbrott övervältras på *tredje man*. Om avtalsbrottet orsakats av en utanför avtalet stående person, för vars handlingar eller underlåtenhet gäldenären inte svarar, föreligger möjligheten att anse denna tredje man ansvarig i förhållande till borgenären. Vanligen följer man likväl en annan linje: den ena av parterna bär risken för följderna av faktorer utanför parternas verkningskrets. Sådana faktorer bör likväl kunna påverka avtalsersättningens storlek. Det är ingalunda rimligt att gäldenären ensam skall bära risken. I den mån denna bedömes som parternas gemensamma, bör en reducering kunna ske av det belopp som gäldenären har att betala som ersättning.

Vid försäkring kan borgenären få sin ersättning direkt av tredje man (försäkringsgivaren). Detta leder till att gäldenären inte alls betalar ersättning eller att ersättningsbeloppet reduceras.

De omständigheter, som här nämnts, pekar på fall i vilka man kan minska det belopp som gäldenären har att erlägga. På den vägen kan ersättning t.o.m. helt bortfalla. Reduceringen kan ske på olika sätt: ersättningsbeloppet maximeras (II), ersättningen begränsas till normal förlust etc. (III—IV) eller ersättningen jämkas (V—VII).

II. Principen om full ersättning och avtalsersättningens beräknande på det sätt som i det föregående angivits kan leda till att gäldenären ålägges att betala mycket stora belopp. Det har därför ansetts motiverat att i en del fall ange ett *ersättningsmaximum*, ett fixerat högsta belopp för avtalsersättningen.

En maximering tjänar i första hand gäldenärens intresse. Också ur allmän synpunkt kan det ibland anses motiverat att avtalsbrott inte medför oproportionerligt betungande ersättningsansvar.

Då ersättningens övre gräns är fixerad, kan den borgenär, som inte vill ta på sig risken av en otillräcklig ersättning, trygga sig genom försäkring.

Genom lagstiftning har en ersättningsmaximering skett främst med avseende på transportavtal.

SjöL § 14, KonossementL § 4 p. 5 och LuftbefordrL § 22 anger bestämda penningbelopp som maximigräns. — I det fall, som nämnes i SjöL § 225, begränsas ansvarigheten till värdet av det gods som utgivits utan tillstånd. — Betr. redaransvarets begränsning, bl.a. S t a f f a n s 183 ff.

JärnvTrafikS §§ 92—94 stadgar en maximering utan att ange exakta belopp.

Enligt VäxelL § 45 m. 6 kan skadeståndet inte överstiga växelsumman.

Se även KollAvtLs stadganden (§§ 7, 9) om plikt (s. 409) samt Sveriges KollAvtL § 8 m. 3 (skadestånd max. 200 Kr.).

Genom förbehåll i avtalet kan en maximigräns fastställas (s. 459).

Se SjöL §§ 122 m. 2, 171 m. 3.

I många fall kan det vara skäl att överväga om inte ersättningen borde begränsas till avtalsobjektets värde.

Se bl.a. G o m a r d 353 ff. — Jfr FörsAvtL § 39.

III. Både när det gäller det hypotetiska och det faktiska händelseförloppet måste man dra gränser för de omständigheter till vilka hänsyn kan tas. Man kan t.ex. inte beakta avtalsobjektets tänkta utnyttjande långt i framtiden, ej heller exceptionella intäkter, som uteblivit, eller osedvanliga kostnader som uppkommit till följd av avtalsbrottet. Därtill kommer att det ofta är vanskligt att bestämma det hypotetiska och ibland även det faktiska händelseförloppet.

Dessa konstateranden aktualiserar en begränsning av gäldenärens ansvar till *normal ersättning*. Problemet framträder i två olika lägen:

1) När ersättningens belopp inte bestämt kan fixeras, sker fastställelsen på basen av en uppskattning (s. 361). Den skälighetsbedömning, som lagen (RB 17: 6) ger anvisning om, bör även beakta till vilket belopp en normal ersättning kunde tänkas uppgå i föreliggande situation. Detta kan men behöver inte betyda en begränsning av ersättningens belopp jämfört med full ersättning.

Ett slag av normal (abstrakt) ersättning är det som anges i SvKöpL § 25; se även G o d e n h i e l m 88.

2) En begränsning till normal ersättning kan förekomma oaktat den påvisbara förlust, som avtalsbrottet orsakat borgenären, är större.

Man bör visserligen utgå från att full ersättning skall betalas när erforderliga förutsättningar för ersättningsskyldighet är för handen. Särskilda skäl kan likväl motivera att man avviker härifrån och stannar vid normal ersättning.

En normalisering av avtalsersättningens belopp betingas främst av hänsynen till gäldenären. En avvikelse från principen om full ersättning är motiverad i två olika situationer: dels när avtalsbrottet orsakat i förhållande till avtalsvärdet oproportionerligt stora förluster, dels när det uppkommit förluster av den art eller omfattning att man i vanliga fall inte har anledning att räkna med dem.

Risksynpunkterna är väsentliga i detta resonemang. Gäldenären har, när han ingått avtal, tagit på sig vissa risker i fråga om avtalets fullgörande. Risktagandet kan likväl inte sträckas huru långt som helst. Det är många gånger naturligt att från gäldenärens riskområde avskilja extraordinära och ovanliga följder av avtalsbrott.

Också för borgenärens del sker en riskbedömning när avtalet ingås. Borgenären kan visserligen utgå från att han skall bli ekonomiskt kompenserad, om avtalet inte fullgöres riktigt. Men han bör inte få räkna med att alla de dispositioner och förväntningar, som han grundat på avtalet, skall bli beaktade i en ekonomisk uppgörelse på basen av ett avtalsbrott. Det är i många fall rimligt att borgenären själv står en del av risken för felslagna dispositioner, låt vara att störningen i avtalsförhållandet inte berott på honom. Den ekonomiska risken för den »framtidsplanering», som ingåendet av ett avtal kan utlösa hos borgenären, får inte i obegränsad omfattning övervältras på gäldenären. Också ur borgenärens synpunkt kan en normaliserad ersättning te sig naturlig.

Risksynpunkterna får, i de avseenden som här nämnts, en särskild tyngd när ett avtal ingår som led i en företagsverksamhet. Ekonomiska kalkyler, som en företagare gör, kan åtminstone i viss utsträckning beakta de ekonomiska konsekvenserna av att en del avtal inte av honom fullgöres riktigt. En sådan kalkyl bygger av naturliga skäl på det som framstår som en naturlig följd av avtalsbrott. I en sådan bedömning finns det egentligen inte plats för extraordinära och osedvanliga risker.

Också andra skäl kan åberopas för en normalisering av avtalsersättningen. Rättssäkerheten stärkes, om man via normalisering når en standardisering. Detta underlättar beräknandet av ersättningens belopp och kan bidra till att hindra eller åtminstone underlätta och påskynda processer om avtalsersättning. I främsta rummet måste problemet likväl ses mot bakgrunden av bägge parters behov av rättsskydd. En rättvis avvägning av dessa behov kan ofta ske så, att borgenären får normal ersättning.

Se Jørgensen, Erstatning for personskade 54 f, Trolle, Risiko og skyld 359 ff.

Såsom ytterligare skäl för normal ersättning kan nämnas att en sträng ansvarsform — strikt ansvar — som motvikt kräver en möjlighet att begränsa ersättningsskyldighetens omfattning. Utdömandet av normal ersättning i stället för »allt eller intet» framstår som en naturlig avvägning av rättsskyddsbehov som står emot varandra.

Motiveringarna för en begränsning av gäldenärens ansvar till normal ersättning synes vara starka. Det finns goda skäl för att i allt vidare omfattning uppmjuka

principen om full ersättning till förmån för normal ersättning. Grundsatsen om normal ersättning kan uppfattas som en allmän riktlinje: ansvaret bör på basen av en prövning in casu kunna begränsas till normal ersättning om här anförda eller andra särskilda skäl talar härför och om lagen inte uttryckligen föreskriver en annan lösning. Detta kan betraktas som en generell utvecklingslinje i fråga om ersättningsansvar i avtalsförhållanden.

Se Gomard 354, A. Vinding Kruse, Misligholdelse 15 ff, 25 ff, Hellner, TfR 1966 335 f, samt särskilt med hänsyn till avbrottsförluster, Godenhielm, JFT 1970 47 ff.

En alternativ lösning vore att man enligt en *adekvansbedömning* skulle se vilka följder av ett avtalsbrott som bör inkluderas i ersättningen. En rigorös tillämpning av adekvansprincipen kunde in casu leda till att en del följder av avtalsbrott skulle betraktas såsom oberäkneliga och oförutsebara och därigenom falla utanför gäldenärens ansvarighetsområde. Det synes mig likväl riktigare att inte låta adekvanssynpunkterna avgöra — åtminstone inte ensamma för sig. Adekvansbedömningen med dess krav på beräknelighet och förutsebarhet är ofta osäker. Ersättningens normalisering bygger på ett jämförelsematerial — andra likartade avtal och avtalsbrott — och kan därför ge ett säkrare utslag. Därtill kommer — och det är i sammanhanget mest väsentligt — att normal ersättning drar en betydligt snävare gräns för ersättningsskyldigheten än adekvansbedömningen, som inte alltid ger gäldenären erforderligt skydd mot långt gående ersättningsanspråk. Adekvansbedömning och full ersättning hör ihop. Den normala ersättningen däremot betyder en reducering av ersättningen från full ersättning.

Se även Hellner, TfR 1966 335 f.

Vad är *normal ersättning*?

Ersättningen är normal när den begränsas till vanliga följder av avtal och avtalsbrott. I överensstämmelse härmed beaktar man vid bestämmandet av det hypotetiska händelseförloppet blott de *intäkter* som ett avtal av ifrågavarande slag i regel ger borgenären. Om avtalet t.ex. ingår i borgenärens företagsverksamhet, bedömes det hypotetiska förloppet med hänsyn till de intäkter som sådana avtal normalt för med sig. Då begränsningen av fakta, som bör beaktas, avser att tillgodose gäldenärens skyddskrav, är det naturligt att fästa avseende blott vid sådana omständigheter som gäldenären eller en person i hans ställning bort räkna med. Den omständigheten att borgenären skulle ha utnyttjat avtalet på ett sätt, som avviker från det normala, kan beaktas endast i den mån gäldenären blivit uppmärksamgjord på dem eller annars varit eller bort vara medveten om deras betydelse.

Se *HD 1927 II 446:* A hade underlåtit att leverera avtalad mängd ved åt B, som förbundit sig att leverera veden vidare åt C, B hade blivit tvungen att betala avtalsvite till denne. B krävde, att A skulle ersätta vitesbeloppet. Kravet förkastades, då det inte visats att A haft anledning att förutsätta att B vid avtalsvite åtagit sig leverans till C. — I många fall — ehuru inte i alla — är vitesklausul i avtal en så naturlig (normal) sak att gäldenären utan vidare bör anses skyldig att ersätta den förlust, som borgenären lidit genom att betala avtalsvite till tredje man, oberoende av vad gäldenären förutsatt. Det är möjligt att en adekvansbedömning (beräknelighet) in casu kan ge samma resultat.

Med avseende på avtalsobjekt, som förstörts eller skadats, kan man ofta utgå från det normala värdet av en likartad sak under motsvarande förhållanden utan att fästa avseende vid de speciella omständigheter som kan öka avtalsobjektets värde.

En normalisering kan även ske med avseende på *kostnader* som föranletts av avtalsbrott. I normal ersättning inbegripes inte exceptionella eller ovanliga kostnader. Man stannar vid det som är vanligt i en likartad situation.

Se bl.a. *HD 1939 II 443:* en del ersättningsanspråk ogillades med hänvisning till bristande kausalsammanhang; man kunde lika väl bedöma borgenärens krav ur synpunkten av normal ersättning.

Kort kan sägas att normal ersättning innebär att man inskränker ansvaret till närliggande och vanliga följder av avtalsbrott. Detta gäller såväl uteblivna intäkter som uppkomna kostnader. Såsom exempel kan nämnas att en säljare är skyldig att betala ersättning för undermålig vara utan att vara ansvarig för den förlust som köparen (återförsäljaren) lidit genom att kunder går över till en konkurrent, trots att säljaren kunnat förutse detta.

Se J. Trolle, Om objektiv »egenrisiko» på skadelidtes side i erstatningssager (TfR 1965 245—270) 251 f.

In casu kan det vara svårt att avgöra om en förlust, som föranletts av ett avtalsbrott, är normal eller inte. Väsentligt är vad som är vanligt i liknande avtal under enahanda förhållanden. Kan man inte med ledning härav bestämma vad som inkluderas i normal förlust och/eller huru stor denna är, måste man överge normalersättningen såsom beräkningsgrund oaktat det kan anföras argument för att utdöma ett belopp som är lägre än full ersättning. I sådana fall kan man tänka sig att via en skälighetsprövning komma fram till en ersättning som med hänsyn till förhållandena kan anses vara normal.

Det är möjligt att normal ersättning överstiger full ersättning. Då har man att hålla sig till den faktiska förlusten. Borgenären kan inte åberopa normal ersättning i syfte att bli »överkompenserad». Härvid förutsättes att den faktiska förlusten kan beräknas eller uppskattas.

Det föreligger en principiell skillnad mellan ersättningens beräknande enligt adek-

vanskriteriet och enligt normal ersättning. I det förra fallet utgår man från vad gäldenären förutsett eller kunnat förutse — beräknelighet, vanligen vid tidpunkten för avtalsbrottet. I det senare fallet sker det en jämförelse med liknande avtal och avtalsbrott utan att man primärt fäster avseende vid det som gäldenären förutsett eller kunnat förutse.

IV. I avtalsersättningen ingår normalt två huvudgrupper av ersättningsposter: dels uteblivna intäkter, dels kostnader av olika slag. En möjlighet att begränsa ersättningens belopp vore att *skilja ut någon ersättningspost* och låta borgenären slutligt svara för de utgifter som beror härav.

Ibland uteslutes kostnader av den anledningen att de rimligen inte bör tas med i det verkliga händelseförloppet. Detta kan bero på att de är så avlägsna eller så extraordinära, att de faller utanför den gräns som anges av ett adekvat orsakande. De kan också vara så osäkra eller svåra att bevisa, att det är lämpligast att helt utelämna dem. I sådana fall sker inte någon egentlig begränsning av avtalsersättningens belopp. Man drar endast en allmän gräns för avtalsersättningen (full ersättning). Detsamma kan sägas om det fall då man i det hypotetiska händelseförloppet utesluter frångången intäkt som beror på ovanliga åtgärder vilka gäldenären inte haft skäl att räkna med.

De nämnda gränserna är i viss mån obestämda. Om man in casu drar gränserna snävt, vilket ibland synes motiverat, kan det de facto bli fråga om avsteg från principen om full ersättning. Här erbjudes domstolarna de facto en möjlighet att modifiera en ersättning som annars kunde bli alltför betungande för gäldenären eller eljest åsidosätta hans behov av rättsskydd.

Det sagda pekar närmast på en precisering av avtalsersättningens gränser. En verklig begränsning av ersättningen är däremot för handen när man medvetet utesluter en ersättningspost som faller inom adekvansens gränser. Är detta möjligt?

Frågan har aktualiserats med avseende på *uteblivna intäkter*. Den kan formuleras på följande sätt: kan man, med uteslutande av frångångna intäkter, begränsa gäldenärens ersättningsskyldighet till de kostnader som avtalet och avtalsbrottet orsakat borgenären?

Ett jakande svar på frågan betyder att man gör avsteg från principen om full ersättning. För att ett sådant avsteg skall kunna göras måste särskilda skäl kunna åberopas.

Eliminering av ersättningsposten uteblivna intäkter har ansetts kunna ske när avtalsobjektet har *rättsligt fel* och överlåtaren (gäldenären) varit i god tro.

Betr. rättsligt fel, se s. 309.

Hakulinen, Velkakirjalaki 87: godtroende överlåtares ansvar enligt SBL § 9 m. 1 begränsas till det negativa avtalsintresset (således inte uteblivna intäkter); i fråga om köp i allmänhet, LM 1961 26; a.å. Heikonen — Aaltonen 184. — Se särsk. den diskussion, som återges av Routamo 158 ff och den redogörelse för rättspraxis som där ges, några

klara linjer kan inte skönjas i domstolarnas avgöranden. — När det i nu berörda fall i litteraturen har talats om negativt avtalsintresse, är det egentligen inte fråga därom — ersättningen omfattar inte kostnader föranledda av avtalets förberedande eller ingående (s. 390) — utan om en avtalsersättning (positivt avtalsintresse) från vilken man uteslutit posten uteblivna intäkter.

Ett principiellt ställningstagande till det ifrågavarande spörsmålet kan anses inneligga i *HD 1966 II 130:* fastighetsköp förklarades ogiltigt (det sålda området hade inte tillhört säljaren) och säljaren ålades i stöd av JB 11: 1 att återbetala köpeskillingen samt ersätta all den skada som orsakats köparen genom köpet (korvaamaan kaiken kaupasta aiheutuneen vahingon). Min. (1) omfattade HovRs dom enligt vilken säljaren ansågs ansvarig blott för återbetalningen av priset och för kostnader som uppstått i samband med köpet. — Avgörandet ger likväl inte i alla punkter klart besked om ersättningsskyldighetens omfattning; se Routamos (164 ff) kommentar till rättsfallet.

Det finns enligt min tanke inte anledning att generellt begränsa gäldenärens ansvar genom att utesluta ersättningsposten uteblivna intäkter. De lagrum, som stadgar ansvar för rättsliga fel (se s. 309), ger inte stöd för en sådan uppfattning. Samtidigt bör dock framhållas att stadgandena i sin ofullständighet ej direkt hindrar en sådan tolkning.

De argument, som anförts som stöd för ett strikt ansvar när avtalsobjektet har rättsligt fel (s. 309 f), talar mot en allmän begränsning av gäldenärens ersättningsskyldighet. En annan sak är att det, beroende på de faktiska förhållandena, kan vara en riktig lösning att in casu begränsa gäldenärens ersättningsskyldighet till återbetalning av mottaget vederlag jämte ränta samt utgivande av ersättning för särskilda kostnader. En schematisk bedömning bör likväl undvikas: en godtroende överlåtare är ingalunda generellt befriad från att ersätta förvärvarens uteblivna intäkter. Men en sådan begränsning bör kunna ske när en avvägning mot varandra av parternas skyddsbehov starkt talar härför.

Jfr det som nedan (s. 392) säges om möjligheten för en borgenär, som häver ett avtal, att under vissa förutsättningar kräva ersättning enligt negativt avtalsintresse.

Det som här sagts om rättsliga fel gäller i tillämpliga delar när avtalet omfattar objekt med *rådighetsfel* (s. 311).

V. *Jämkning* av ersättning betyder att det belopp, som gäldenären har att betala, reduceras från den fulla ersättningens nivå. Detta innebär att borgenären svarar för en del av avtalsbrottets ekonomiska följder. Jämkningen kan eventuellt ske ända ned till nollgränsen. Detta är möjligt när de omständigheter som betingar jämkning — jämkningsfakta — har den omfattning och styrka att de helt undantränger de faktorer som betingar ersättningskyldighet för gäldenären.

Betr. allmänna synpunkter på jämkning, bl.a. Grönfors, Apportionment of Damages 96 ff, Karlgren, Produktansvaret 119 ff.

Jämkning förutsätter att man enligt vanliga regler först fastslår vilket belopp som gäldenären borde betala i ersättning. Detta kan utgöra full ersättning eller eventuellt normal ersättning (III). Det sålunda beräknade ersättningsbeloppet minskas på basen av de jämkningsfakta som är relevanta i det föreliggande fallet.

Jämkningsfakta kan vara olika och låter sig inte uttömmande anges. En indelning i tre grupper förefaller motiverad.

1) *Borgenären har medverkat* till den förlust som avtalsbrottet orsakat eller möjliggjort.

Denna medverkan kan bestå däri att borgenären genom någon sin åtgärd eller underlåtenhet bidragit till att avtalsbrott inträtt eller orsakat att avtalsbrottet fått större omfattning än det annars hade fått. Exempel: en köpare har beträffande tillverkningen av beställd vara givit säljaren oriktiga direktiv vilket föranlett att det fel, som fanns i råmaterialet, i den färdiga varan blivit mera framträdande än det hade blivit med ett annat tillverkningssätt.

HD 1951 II 150 (ref. s. 314).

HD 1950 II 416 (ref. s. 340), jämkning då bilägare inte avlägsnat kylvattnet ur bilmotor ehuru han genom sitt uppträdande bibringat arbetarna i verkstaden uppfattningen att han skulle göra det.

HD 1948 II 444 (min. i HD); ref. s. 329.

HD 1945 II 47: A hade lånat Bs häst bl.a. på villkor att den varje kväll skulle föras till Bs stall; i strid härmed hade As medhjälpare en kväll lämnat hästen i ett öppet skjul, till följd härav hade den insjuknat och senare dött. Bs krav på ersättning jämkades på den grund att hästen, efter att ha varit sjuk, inte hade bort av B utlånas till så tungt arbete i vilket den med Bs tillstånd användes.

Betr. jämkning enligt den s.k. allmänna medverkansregeln, se Grönfors, Skadelidandes medverkan 48 ff.

Se även Arnholm III 288 f, Ussing 146.

Borgenären kan ha medverkat genom åtgärder vilka möjliggjort eller ökat den förlust som har sin grund i avtalsbrottet.

Ett domstolsavgörande belyser spörsmålet; *HD 1966 II 76:* B hade av A köpt brännolja; då denna av B användes för uppvärmning av växthus utvecklade den rök emedan den innehöll betydande mängder vatten och orena ämnen uppenbarligen beroende på att oljan av A bevarats i orena kärl; till följd av rökbildningen förstördes ett stort antal plantor. Då B, trots att han märkt röken, fortsatt uppvärmningen med oljan, oaktat han bort inse att den var olämplig, och han härigenom själv medverkat till skadans uppkomst, jämkades ersättningsbeloppet.

Se även *HD 1958 II 21* och *112*.

När avtalsbrott förekommit, är borgenären skyldig att, i syfte att hindra eller begränsa förlust, vidta de åtgärder som rimligen kan krävas av honom. Redan lojalite-

ten mot medkontrahenten kräver detta. Om borgenären underlåter att förfara så, svarar han själv för förlust som kunnat hindras. Ersättningsbeloppet jämkas i överensstämmelse härmed.

Se Arnholm III 289, Rodhe § 47 vid not 39, Ussing 146 f.
Åtgärd, som kan förebygga ytterligare förlust, är t.ex. ingående av täckningsavtal. — Det har ovan s. 355 framhållits att ett sentida täckningsavtal ej alltid kan läggas till grund när ersättningsbeloppet beräknas.

De jämkningsfakta, vilka här angivits som exempel, pekar på situationer i vilka borgenären borde ha förhållit sig annorlunda än han gjort. Egentligt vållande hos borgenären är likväl inte nödvändigt för att jämkning skall kunna ske.

Borgenärens åtgärder kan i vissa fall helt utesluta gäldenärens ansvar, se s. 324 ff.

Som exempel på jämkning utan att borgenären har culpa kan nämnas att en köpare på grund av brist på medel ej kunnat ingå täckningköp, som skulle ha reducerat den förlust vilken orsakats av säljarens underlåtenhet att prestera. Ersättningen kan bestämmas utgående från den situation som hade varit för handen om ett regelenligt täckningsköp skulle ha skett.

Av borgenären vidtagna åtgärder, som normalt helt utesluter gäldenärens ansvar, t.ex. borgenärs samtycke, kan ibland föranleda jämkning. Sålunda är det tänkbart att gäldenären måste bära en del av ansvaret — betala partiell ersättning — när han underlåtit att uppmärksamgöra borgenären på de konsekvenser som dennes samtycke till viss åtgärd kan leda till.

För att ersättningen skall jämkas bör gäldenären visa, att borgenären medverkat till den uppkomna förlusten.

Se *HD 1966 II 15.*

Det föreligger särskild anledning att fästa avseende vid borgenärens åtgärder eller uppträdande när gäldenärens ansvar är strikt.

Se Saxén, JFT 1962 273.

2) Avtalsbrott kan ha orsakats av *omständigheter utanför gäldenärens verkningskrets,* t.ex. av sjukdom eller transportsvårigheter. Det är även möjligt att sådana omständigheter, utan att ha påverkat avtalsbrottets uppkomst, har ökat borgenärens förlust; t.ex. otjänlig väderlek kan ha orsakat att ett fel i köpgodset förvärrats.

Ibland kan sådana yttre omständigheter föranleda jämkning av ersättningsbeloppet.

HD 1946 II 132: B hade lånat sin häst åt A, då A körde hästen trampade den genom en vägtrumma på B tillhörig mark och skadades så svårt att den måste avlivas. B krävde er-

sättning. Då skadan orsakats dels av att A ej iakttagit tillräcklig försiktighet, dels av trummans bristfälliga skick jämkades ersättningen till hälften. — Eventuellt kunde den bristfälliga vägtrumman tillräknas B som vållande.

Se även *HD 1925 U II 469.*

I andra fall är omständigheter utanför gäldenärens verkningskrets av den art och styrka att de helt utesluter ersättningsskyldighet. Enligt den riskfördelning, som ansetts gälla för parterna, ansvarar gäldenären sålunda inte för t.ex. force majeure. Det har även utvecklats regler om vilken av parterna som i olika lägen står risken (faran) för avtalsobjektet. Frågan om jämkning är inte aktuell i dessa situationer.

I den mån faktorer utanför parternas verkningskrets inte har självständig relevans på det sätt som här sagts — inte i och för sig betingar jämkning eller inte helt utesluter ansvar — kan de beaktas då fråga blir om jämkning enligt en allmän jämkningsregel (VII).

3) Jämkning i syfte att *skydda gäldenären mot en betungande ersättningsskyldighet* (VI, VII).

Gäldenärens ersättningsskyldighet uteslutes ofta i den omfattning som borgenärens förlust täckes av en till förmån för borgenären gällande försäkring. Detta är egentligen inte jämkning utan en situation i vilken borgenären får ersättning från olika håll — en del av gäldenärens normala ansvar övervältras på tredje man (försäkringsgivaren).

VI. Gäldenären har ofta ett behov av *skydd mot en betungande ersättningsskyldighet.* Detta krav på rättsskydd kan ha olika motiv.

1) Gäldenären vill reducera ersättningen därför att den är oproportionerligt stor med hänsyn till det värde som avtalet representerar. Erläggande av ersättning skulle för gäldenären betyda en avsevärd rubbning av avtalsbalansen till hans nackdel.

2) En ersättning kan — oberoende av dess relation till avtalsvärdet — till följd av sin storlek vara alltför betungande för gäldenären med hänsyn till hans förmögenhetsställning. Betalning av ersättning kan hämma eller försvåra gäldenärens framtida utkomst och/eller förvärvsverksamhet.

3) De omständigheter, under vilka avtalsbrottet skett, kan vara sådana att betalning av full ersättning framstår som en för gäldenären alltför hård lösning.

Det är främst dessa motiv som föranlett lagstiftaren att i nyare lagar inrycka stadganden om jämkning.

ArbAvtL § 51 m. 3, SjöL § 67 m. 3, SjömansL § 50 m. 2, LuftfartsL § 53, AndelsL § 162 m. 1, PatentL § 58 m. 1, VarumärkesL § 38 m. 2, FörsAvtL § 18, TrafikFörsäkrL § 7, ÄB 18: 7 och 19: 19. — KollAvtL § 10.

Se även Förslag till L om arbetsgivares och arbetstagares skadeståndsansvar i vissa fall § 3, Skadeståndskommitténs betänkande 18 ff, 27 f, 36 f.

Olika *jämkningsfakta* — omständigheter som kan betinga jämkning — nämnes i lagstadgandena.

En primär faktor är *graden av vållande*. Den gäldenär, som har blott ringa culpa, borde inte förpliktas att betala en stor ersättning. Det skall finnas en rimlig balans mellan orsak och verkan. Mindre fel eller försummelser bör inte föranleda en oproportionerligt stor ersättning.

Betr. ArbAvtL § 51 m. 3 se Työsopimuslakikomitean mietintö 61 f.
Se Ekström 921 ff, Hakulinen 283 f.
Jfr SchwOR Art. 43 (se s. 377).

Jämkning enligt graden av skuld innebär en nyansering av culpa-ansvaret. Man stannar inte vid den schematiska lösningen: full ersättningsskyldighet så snart minimigränsen för culpa överskridits. Man uppmjukar principen »allt eller intet» och upprättar en övergångszon inom vilken ansvaret visserligen är betingat av culpa men ersättningens omfång göres beroende av en culpagradering.

En del av de nämnda lagstadgandena har som förutsättning för jämkning angett ringa vållande — »ringa vårdslöshet» (AndelsL § 162 m. 1), »ringa oaktsamhet» (PatentL § 58 m. 1, VarumärkesL § 38 m. 2). Detta betyder att jämkning kan ske endast när skuldgraden håller sig under en angiven gräns, som likväl inte exakt kan bestämmas. Formuleringarna tyder på att det närmast är fråga om s.k. culpa levis, oaktsamhet i den nedersta delen av culpafältet. Om vållandet är grovt eller »normalt», bör jämkning vara utesluten. Andra lagstadganden ger möjlighet till en mera tänjbar bedömning. Jämkning kan ske med hänsyn till »graden av vållande» eller »graden av ådagalagd skuld» (SjöL § 67 m. 3), »felets eller försummelsens lindriga beskaffenhet» (LuftfartsL § 53, SjömansL § 50 m. 2) eller »försummelsens art» (ArbAvtL § 51 m. 3).

Om culpagraderingen s. 100.
Jfr det ursprungliga förslaget till jämkningsstadgande i ArbAvtL § 51, Työsopimuslakikomitean mietintö § 51 och s. 61 f.

I alla de nämnda lagrummen är det fråga om ett culpa-ansvar. En jämkning med hänsyn till graden av gäldenärens vållande är inte förenlig med det strikta ansvaret.

Enligt det schema för ersättningsansvaret, som följts i denna framställning (s. 277), är gäldenären ansvarig när han inte förmått styrka frånvaron av vållande. Jämkning förutsätter att exculperingen misslyckats, gäldenären är ansvarig. För att jämkning skall kunna ske av hänsyn till graden av vållande har gäldenären att bevisa eller åt-

minstone att göra sannolikt att hans culpa är av den lindriga art att det är skäligt att inte döma ut full ersättning.

Bland omständigheter, som kan föranleda jämkning, nämnes ibland »*skadans storlek*» (ArbAvtL § 51 m. 3, SjöL § 67 m. 3 m.fl.). Dels och kanske främst avses sådana fall då den förlust, som avtalet framkallat, är omfattande i relation till avtalsvärdet. Man kan särskilt nämna de situationer då en stor skada visserligen kunnat förutses men likväl inte varit väntad. Dels kan man ta hänsyn till att ersättningsbeloppet är oproportionerligt stort med beaktande av gäldenärens förmåga och möjligheter att fullgöra betalningen.

Se Arnholm III 285 f, Rodhe § 47 vid not 31.

När risk för en oproportionerligt stor förlust är för handen, bör part upplysa sin medkontrahent om den speciella risken. Gör han det inte, får han ofta nöja sig med normal ersättning.

Frågan har varit aktuell bl.a. med avseende på hotells ansvar för kundernas tillhörigheter. — Se bl.a. Trolle, Risiko og skyld 200 ff samt TfR 1965 252 ff.

Vid sidan av skadans storlek nämner lagrummen såsom jämkningsfakta »*omständigheterna i övrigt*». Bedömningen är sålunda inte bunden till vissa bestämda fakta, utan den kan beakta allt som in casu talar för eller mot en jämkning. Det är fråga om en helhetsbedömning. Vill man särskilt framhålla någon omständighet, kan man nämna skyddet av den svagare parten i avtalsförhållandet. Om gäldenären är svagare, talar detta starkt för jämkning. Ju mera man vill skydda gäldenären, desto mera motiverat är det att nedsätta ersättningsbeloppet. Man kan sålunda även beakta gäldenärens förmögenhetsställning. Om borgenären däremot är den svagare parten, ekonomiskt och socialt, kan jämkning uteslutas eller begränsas oaktat de särskilt angivna jämkningsgrunderna — ringa vållande och förlustens storlek — i och för sig skulle motivera en nedsättning av ersättningen.

Grönfors, Skadelidandes medverkan 51.

Jämkning av avtalsersättning förutsätter alltid en *skälighetsbedömning*. Alla här behandlade lagstadganden anger eller förutsätter detta. Syftet med jämkningsreglerna är att eliminera den obillighet som tillämpningen av principen om full avtalsersättning kan leda till i det enskilda fallet. I detta framträder jämkningsreglernas egentliga ratio: gäldenärens behov av skydd mot en ersättningsskyldighet som överskrider gränsen till vad som in casu anses skäligt.

Se Grönfors, Apportionment of Damages 98 f.

Skälighetsbedömningen tar sålunda sikte på gäldenärens intresse. Men den får inte ensidigt göra detta. Borgenären kan å sin sida ha ett starkt intresse av att bli fullt ersatt för den förlust som avtalsbrottet framkallat. En längre gående jämkning kan ur hans synvinkel framstå såsom oskälig.

Här, liksom i varje skälighetsbedömning, som har anknytning till ett avtal, gäller det att mot varandra väga parternas intressen och parternas behov av rättsskydd. De faktiska förhållandena avgör vilken styrka parternas intressen och behov har. Det är domstols sak att med beaktande härav pröva om och i vilken utsträckning det är skäligt att jämka ersättningsbeloppet. Härvid får den möjligheten inte uteslutas att gäldenären betalar full ersättning oaktat någon i lagen nämnd jämkningsgrund, t.ex. lindrigt vållande, är för handen.

De lagstadganden, som här berörts, tillåter jämkning — sådan *kan* ske — om en skälighetsbedömning på basen av vissa fakta motiverar en reducering av ersättningsbeloppet. Men de föreskriver inte att jämkning skall ske när i lagen nämnda jämkningsfakta — ringa vållande, stor skada etc. — är för handen.

VII. Kan jämkning av ersättning ske *utan stöd av ett uttryckligt lagstadgande*?

Betr. ersättning för skada utanför avtalsförhållanden, se 18 NJM (1948) bilaga 6 (Ussing) samt Förhandl 172 ff.

I en del fall kan jämkning ske på basen av en *analogitillämpning*. Sålunda har det på starka skäl ansetts att AndelsL § 162 m. 1 ex analogia kan tillämpas med avseende på ersättningsskyldighet för styrelsemedlem och revisor i aktiebolag och ideella föreningar. Detta bör även gälla ersättningsskyldighet för styrelsemedlemmar och andra företrädare i privaträttsliga organisationer av annan typ, t.ex. stiftelser.

Curt Olsson, Något om jämkning av skadestånd i aktiebolag och ideell förening, (JFT 1962 495—505), Taxell, JFT 1964 378. — Se även ABLförsl 1969 § 143.

Kan man gå längre och anse att jämkning är möjlig oberoende av avtalstyp och utan stöd av något lagstadgande, vare sig direkt eller ex analogia? Besvarar man frågan jakande, erkänner man en *allmän jämkningsregel*.

Uppfattningarna om en allmän jämkningsregel är delade i nordisk doktrin. Å ena sidan har det framförts starka argument för att tillåta jämkning av ersättning utanför de i lag reglerade fallen. Å andra sidan har man hävdat att jämkning, såsom innebärande avsteg från en allmänt godtagen regel om full ersättning, måste grundas på ett särskilt lagstadgande.

En översikt av olika författares ståndpunkter ger Olsson, JFT 1962 497 ff. Bland senare uttalanden i doktrinen kan nämnas Arnholm III 294 f: reducering av ersättning kan utan stöd i lag ske i fråga om skada som en arbetstagare i tjänsten orsakar sin arbets-

givare (bedriftsrisiko), A. Vinding Kruse, Erstatningsretten 451: jämkning kan ej ske utan stöd i lag.

Allmänna synpunkter på jämkningsproblematiken, Karlgren, Produktansvaret 119 ff.

I schweizisk rätt är den allmänna jämkningsregeln lagfäst: domstolen fastställer inom förlustens ram ersättningen till lämpligt belopp med hänsyn till såväl de faktiska omständigheterna som graden av skuld, SchwOR Art. 99 m. 3 jfr med 43 m. 1, Berner Komm. 240 f, 503 ff.

Betr. engelsk rätt hänvisas till Chitty I nr 1482 ff.

Rättspraxis i vårt land kan inte anses ha accepterat en allmän jämkningsregel. Å andra sidan kan man knappast heller finna stöd för uppfattningen att jämkning inte kan förekomma utanför de i lag reglerade fallen.

Detsamma synes vara fallet i övriga nordiska länder; se för Sveriges del Bengtsson, SvJT 1961 635 f, Rodhe § 47 b. — Ussing, Erstatningsret 178 ff, anser att domstolarna inte har en allmän befogenhet att (utanför avtalsförhållanden) jämka ansvaret med ledning av graden av skuld, parternas förmögenhetsförhållanden eller »alle foreliggende Forhold»; i särskilda fall kan en jämkning likväl ske.

Det kan förmodas, men troligen inte verifieras, att våra domstolar ibland underlåtit att utdöma full ersättning då detta förefallit oskäligt. I stället för att åberopa en allmän jämkningsregel har man undervärderat förlusten eller ansett att viss kostnad eller förlust inte styrkts. Även tillämpningen av RB 17: 6 ger de facto möjligheter till en nedsättning av ersättninsgbeloppet (s. 361 f).

Det finns många vägande skäl för en allmän jämkningsregel i avtalsförhållanden. De flesta har nämnts i det föregående i samband med redogörelsen för lagens stadganden om jämkning (VI). Den primära omständigheten är gäldenärens rättsskydd. Vid sidan därav kan nämnas behovet av en mera elastisk riskfördelning än den som följer av principen »allt eller intet». Båda dessa faktorer är beroende av en skälighetsbedömning som kan resultera i en reducering av ersättningens belopp.

Det bör även framhållas, att den med hänsyn till gäldenären rätt stränga linje, som i det föregående följts med avseende på förutsättningarna för ersättningsansvaret, såsom motvikt kräver att det finns möjligheter att in casu mildra gäldenärens ansvar (s. 277). Jämkningen är ett betydelsefullt led häri.

Som argument mot jämkning kan man framför allt åberopa kravet på rättssäkerhet — borgenären skall kunna räkna med att trots ett avtalsbrott få det ekonomiska utbyte som avtalet förutsätter. Den konkreta prövning, som jämkningen förutsätter, skapar i viss mån osäkerhet. Möjligheten att få ersättningsbleoppet nedsatt kan även inbjuda till processer. Dessa argument har relevans. Men de kan inte vara avgörande med tanke på de starka motargument som nämnts i det föregående. Bestämmandet av det belopp, som gäldenären skall betala i ersättning, är nästan alltid beroende av en prövning — av det hypotetiska eller av det faktiska händelseförloppet eller av båda.

Den prövning, som måste föregå en jämkning, för inte in något nytt och främmande moment i den procedur som resulterar i fastställande av ersättningsbeloppet. Osäkerheten minskar avsevärt när man uppfattar jämkning som en undantagsföreteelse vilken är beroende av särskilda skäl.

Principen om full ersättning kan tänkas ha en preventiv funktion. Denna kan måhända försvagas när en reducering av ersättningen är möjlig. Vådorna härav bör inte överdrivas.

Min *konklusion* är att en allmän jämkningsregel är tillräckligt starkt underbyggd. En annan fråga är om den kan accepteras redan nu eller först de lege ferenda.

Nyare lagstiftning rörande speciella typer av avtal har i många fall uttryckligen godtagit en jämkning av oskäliga avtalsvillkor (s. 157). Detta överensstämmer med det som här sagts om ersättning. I båda fallen är det fråga om samma princip: parts behov av rättsskydd mot lösningar som överskrider gränsen för vad som in casu bedömes som skäligt. Genom att lagstiftaren för särskilda fall accepterat en jämkning på två olika linjer — avtalsvillkor och ersättning — har jämkningsregeln fått en central plats i bedömningen av parternas på avtal grundade förpliktelser. Det kan knappast hävdas att de avtal, beträffande vilka lagen uttryckligen tillåter en jämkning, skulle vara de enda i vilka jämkning vore motiverad. Det synes snarast som om de förmögenhetsrättsliga avtalen i det avseendet vore likställda, låt vara att möjligheten att jämka kan vara mera angelägen beträffande en del typer av avtal, t.ex. de i vilka den ena parten vanligen har en svagare ställning än sin medkontrahent.

Jfr Skadeståndskommitténs betänkande 27 f.

Det rådande läget uppfattar jag så, att det är domstolarnas sak att i konkreta avgöranden gå vidare på den väg, som lagstiftaren för några avtalstyper beträtt genom att tillåta jämkning av ersättning. Om de argument, som talar för en jämkning, in casu är hållbara, bör domstolen kunna företa en jämkning utan direkt stöd i lag. I den meningen kan en allmän jämkningsregel anses gälla redan nu.

ArbAvtL § 51 m. 3 möjliggör jämkning endast av ersättning, som arbetstagaren skall betala. E contrario kan man anse, att ersättningen i princip inte kan jämkas när ersättningsskyldigheten vilar på arbetsgivaren; i speciella undantagsfall bör man kunna tänka sig en jämkning i stöd av den här förordade allmänna jämkningsregeln.
Se även SjöL § 67 m. 3, SjömansL § 50 m. 2.

8.5. Sekundär avtalsersättning

I. Nära den egentliga avtalsersättningen står de fall då borgenären kräver ersättning för en förlust som inte direkt hänför sig till avtalets fullgörande men likväl kan

sägas ha uppkommit i avtalsförhållandet. Två sådana situationer skall främst beröras (II):

— avtalsobjektet eller annan borgenären tillhörig egendom, som hänför sig till avtalet, förstöres eller skadas medan den befinner sig i gäldenärens besittning (t.ex. en bil som intagits i reparationsverkstad, skadas när den olovligt användes av en anställd),

— borgenären tillhörig egendom, som inte omfattas av avtalet, förstöres eller skadas genom åtgärder som har samband med avtalets fullgörande (t.ex. gäldenärens arbetare skadar borgenärens egendom när de utför installationsarbeten i dennes bostad).

Ersättning i här avsedda fall benämnes i det följande — i brist på en bättre term — *sekundär avtalsersättning*.

De problem, som behandlas i det följande, har i viss mån redan berörts i samband med den egentliga avtalsersättningen. Detta gäller inte minst rättspraxis (s. 266 f etc.).

Se även Palmgren — Olsson 109, Hakulinen 224 ff och av honom nämnda domstolsavgöranden.

I detta sammanhang bör även nämnas arbetsgivares ansvar för skada som drabbat arbetstagare (III).

Det är möjligt att åtminstone i huvudsak bedöma de nämnda ansvarighetssituationerna enligt reglerna om avtalsersättning. Vanligen är det fråga om åsidosättande av en vårdplikt. Denna framstår vanligen som en biförpliktelse medan det väsentliga momentet i avtalsförhållandet består i något annat, t.ex. reparation av avtalsobjektet.

Betr. en del avtal, t.ex. deposition, är vårdplikten en huvudförpliktelse vars åsidosättande helt bedöms enligt reglerna om avtalsersättning.

Ersättningsansvar i här avsedda fall kan även betraktas som en följd av att gäldenären inte tagit tillräcklig hänsyn till borgenärens intressen. Han har åsidosatt lojalitetskravet.

Se Ussing 23 f och där åberopad litteratur. I tysk rätt har man konstruerat en särskild »Schutzpflicht», som bl.a. härletts ur BGB § 242 och vars åsidosättande kan medföra ersättningsskyldighet; Esser 22 ff, Larenz I 6 ff använder termen »weitere Verhaltenspflichten».

En del av de fall, som nu avses, står nära de utomkontraktuella ersättningssituationerna. Denna likhet är mest påtaglig när borgenären kräver ersättning för skada som tillfogats egendom som inte omfattas av avtalet. Man rör sig på ett gränsområde mellan ansvar i och utanför avtalsförhållanden.

Se Arnholm III 275 f, 291, Gomard 163 ff, Jørgensen 118.

De konkreta ansvarighetssituationerna måste i många avseenden behandlas olika beroende på avtalsförpliktelsernas beskaffenhet samt föreliggande faktiska omständigheter. Det är därför vanskligt att uppställa enhetliga normer. Här anges endast några allmänna synpunkter på bedömningen.

II. När egendom skadats eller förstörts under sådana förhållanden att *gäldenären* själv *har culpa*, blir han ansvarig oberoende av om man uppfattar ansvarighetssituationen som kontraktuell eller utomkontraktuell.

Ersättningsskyldigheten har grundats på gäldenärens culpa i bl.a. följande avgöranden:

HD 1951 II 71 och *89* (refererade s. 265).

HD 1931 II 413: Bs bil hade inlämnats till reparation i As verkstad, den hade olovligen använts av C som var anställd i As tjänst; A ålades ersätta skada på bilen då han försummat sin vårdplikt. — Se även *HD 1931 II 220.*

Betr. lån — där vårdplikten närmast är att betrakta som en huvudförpliktelse enligt avtalet — se bl.a. *HD 1944 II 214, 1942 I 28.*

I fråga om ansvar som närmast är att betrakta som utomkontraktuellt kan såsom jämförelse hänvisas till *HD 1962 II 46, 1955 II 112* och *1947 II 160.*

De klara culpa-fallen bildar den ena ytterligheten. Den andra omfattar de situationer då skada på avtalsobjektet eller annan egendom orsakats av en person eller en omständighet för vilken varken gäldenär eller borgenär svarar.

Här ställes man i första hand inför *riskfördelningen* mellan parterna: vem står faran för den skadade egendomen? Frågan skall inte här utredas. Det konstateras blott att borgenären i regel står risken för egendom som tillhör honom även om den innehas av annan, t.ex. som lån eller deposition. Undantag kan likväl förekomma.

Se även Rodhe § 49 vid not 43 ff.

Det sagda betyder ingalunda att risken alltid är förknippad med äganderätten, se t.ex. reglerna om farans övergång vid köp.

Problemet belyses av bl.a. följande domstolsavgöranden:

HD 1951 II 114: Bs bil hade stulits från As garage. Ersättningstalan förkastades då B, som inte gjort anmärkning om ordningen i garaget, måste anses ha godkänt bevakningssystemet samt A friskrivit sig från ansvar för försvinnande som inte berodde på personalens vållande.

HD 1949 II 194: B hade inlämnat sin båt jämte utombordsmotor till reparation på As slip, motorn hade försvunnit; då A ej kunnat visa att motorn uppbevarats med nödig omsorg, blev A ersättningsskyldig.

HD 1945 I 41: A hade åtagit sig att tillverka en päls av Bs material, den halvfärdiga pälsen hade stulits vid inbrott i As affär; ersättningstalan förkastades då inte av omständigheterna i målet kunde anses att A förfarit vårdslöst.

HD 1942 II 37: A hade lånat Bs bil; A ålades ersätta uppkommen skada då han varit skyldig att återlämna bilen i oförändrat skick och han ej visat att skadan orsakats av sådan olycka som han ej skäligen kunnat förutse eller hindra.

Också frågan om försäkring har relevans. Om det är att betrakta som en normal och inom respektive bransch sedvanlig åtgärd att försäkring tecknas, kan gäldenären, trots att han inte står faran och inte utvisat vållande, tänkas bli ansvarig för skada orsakas av en utomstående på den grund att han underlåtit att försäkra avtalsobjektet. Han har tagit på sig den risk som annars skulle vila på en försäkringsgivare.

Mellan de två ytterligheter som här nämnts — gäldenärens vållande och utomstående personers orsakande — finns ett brett fält där en säker ansvarighetsbedömning inte är möjlig. Främst blir det fråga därom huruvida gäldenären ansvarar för sina *medhjälpare* och för följderna av förluster som orsakas borgenären genom den *verksamhet* som gäldenären utövar.

Betr. den egentliga avtalsersättningen, s. 335 ff.

Trots de olikheter, som förekommer mellan här avsedda fall och de situationer i vilka det är fråga om bristfälligt fullgörande av avtalets egentliga förpliktelser, är det anledning att tillämpa likartade regler. Utgångsläget och den rättspolitiska faktorn är desamma: borgenären bör ekonomiskt sett försättas i samma situation som om avtalet hade fullgjorts riktigt. Ifall omständigheter, som har samband med avtalet eller dess fullgörande, orsakat förlust, är det naturligt att borgenären erhåller ersättning härför i den mån inte särskilda omständigheter med anknytning till gäldenärens behov av rättsskydd föranleder annat.

I överensstämmelse härmed kan man utan utförligare motivering anta att gäldenären ansvarar för sina medhjälpares fel och försummelser i enlighet med de riktlinjer som tidigare angivits med avseende på den egentliga avtalsersättningen.

Ett specialfall regleras i SjöL § 97 m. 1; betr. m. 2 s. 407.

I praxis har gäldenären ålagts ersätta skada på avtalsobjektet vilken orsakats av hans medhjälpare.

HD 1960 II 134: vid sprängningsarbete, som för huvudentreprenörs (A) räkning utfördes av självständig medhjälpare (B), hade skada orsakats på vattenledning tillhörande byggherren (stad); A ansågs vara ansvarig för skada som orsakats av vållande hos personer i Bs arbete.

HD 1946 II 154: B hade sänt en våg till A för reparation, en del hade försvunnit medan vågen var i As besittning; Bs ersättningsanspråk godkändes då A ej visat att personalen iakttagit tillräcklig omsorg vid packning och förvaring av vågen.

HD 1945 I 33 (ref. s. 344).

HD 1941 II 159.

Se även domstolsavgöranden refererade s. 266.

I de nämnda avgörandena har det varit fråga om gäldenärens ansvar för medhjälpares vållande. Såsom tidigare framhållits kan det bli fråga om ansvar även för sådana fel och försummelser som inte kan tillräknas viss medhjälpare såsom vållande (se s. 343).

I detta sammanhang kan även nämnas de fall då bank ansvarar för förlust som orsakats deponent genom att obehörig person uttagit pengar; se *HD 1951 II 42, 1950 II 118.*

Följer man samma regler som gäller för den egentliga avtalsersättningen, har man även att överväga möjligheterna för ett strikt ansvar. Det förefaller följdriktigt att åvälva gäldenären strikt ansvar då särskilda skäl för ett sådant kan påvisas in casu. Ett sådant skäl kan vara att avtalet ingår som ett led i en av gäldenären utövad företagsverksamhet. Risken för förluster av ifrågavarande slag kan eventuellt beaktas i företagets kostnadskalkyler.

Se *HD 1966 II 98* (ref. s. 305): enligt HDs motivering är den som bedriver hotell- och restaurangrörelse även utan vållande ansvarig för kläder som kunder överlämnat till förvaring. — *HD 1951 II 150* (ref. s. 314).

Situationen kan te sig vanskligare i de fall då gäldenärens medhjälpare vid fullgörandet av avtalet skadat egendom som inte omfattas av avtalet. Här kommer man mycket nära eller måhända över gränsen till det utomkontraktuella ersättningsansvaret.

HD 1968 II 32: vid fullgörandet av ett avtal (oljetransport) mellan A och B hade en i As tjänst anställd bilhjälpkarl C vållat skada på Bs egendom; A och C ålades att solidariskt ersätta förlusten, A på den grund att han såsom avtalspart var ansvarig för skada som orsakats Bs egendom i samband med fullgörande av avtalet (»sopimuksen suoritustoimen yhteydessä»).
HD 1958 II 21 (ref. s. 336): fastighetsägaren ålades ersätta vattenskada som genom gårdskarls försummelse uppkommit på hyresgästs i källare förvarade gods; medlemmarnas av HD motiveringar var något olika, bl.a. framhölls brister i övervakningen av gårdskarlen (culpa).
HD 1947 II 114 (ref. s. 336).

Det är knappast riktigt att bedöma hithörande fall utgående från om förlustorsakandet är att betrakta som kontraktuellt eller utomkontraktuellt. Skiljaktigheterna kan vara hårfina.

Exempel: As arbetare skall enligt avtal med B reparera en rörledning i dennes bostad; 1) vid svetsning orsakar de skada på Bs möbler (kontraktuellt orsakande); 2) reparationen kräver svetsning även i grannen Cs lägenhet, arbetarna orsakar skada på Cs möbler (utomkontraktuellt orsakande).

En närmare analys kan inte nu ifrågakomma. Uppenbart är likväl att det, på grund av särskilda omständigheter, kan bli fråga om strikt ansvar.

III. En särskild kategori bildar de fall vilka rör ersättning för *skada som drabbat arbetstagare* under utförande av arbete. Här ingriper i första hand lagstiftningen om olycksfallsförsäkring och om arbetsskydd. En arbetsgivare blir normalt ersättningsskyldig på den grund att gällande skyddsbestämmelser åsidosatts. Det behöver inte vara fråga om egentlig culpa hos arbetsgivaren. Det är tillräckligt att konstatera att gällande skyddsföreskrifter åsidosatts i verksamheten.

Se L om olycksfallsförsäkring 20.8. 1948/608 § 61.

Rättspraxis på detta område skall inte närmare beröras. Belysande för problemställningen är motiveringarna i *HD 1955 II 128* och *1951 II 110*.

Se även Hakulinen 224 ff, Olof Riska, Företagsledningens ansvar för skador på person och sak (Helsingfors 1971) 64 ff.

Ett specialfall regleras i SjömansL § 42 — sjömans rätt att av redare få ersättning för förlust av personlig egendom vid fartygets förolyckande etc.

8.6. Vederlagsersättning

I. Part kan åsidosätta en handlingsnorm genom att *underlåta att utge egendom* — penningar eller annat — som enligt avtalet bör överlämnas till medkontrahenten. Härvid uppkommer frågan om gäldenären, som mot avtalets bestämmelser innehållit egendom, skall utge vederlag till borgenären för att han innehaft och kanske använt dennes egendom.

Situationen ter sig olika beroende på om man ser den ur gäldenärens eller borgenärens synvinkel.

För gäldenaren kan det innebära en ekonomisk förmån att inneha egendomen. Genom att låta bli att betala en skuld kan gäldenären ha ränteintäkter eller undgå att upplåna penningar av tredje man. Likaså kan innehavet av t.ex. en bil eller en bostadslägenhet vara en direkt ekonomisk förmån. Alltid är detta likväl inte fallet: innehav av annans egendom kan medföra utgifter, t.ex. i form av vårdkostnader, eller gäldenären har inte nytta av egendomen.

Borgenären lider vanligen en ekonomisk förlust när han inte kan utnyttja sin egendom: ränteförlust, uteblivet hyresvederlag etc. I vissa fall kan borgenären undgå utgifter t.ex. för egendomens vård.

I den mån borgenären får ett krav på ersättning kan man tala om vederlagsersättning: ersättningen är ett vederlag som gäldenären betalar för innehav av borgenärens egendom. Man får dock inte förbise att det samtidigt kan vara fråga om ett slag av avtalsersättning: ersättningen skall försätta borgenären i samma ekonomiska situation som om avtalet hade fullgjorts genom överlämnande av egendomen till borgenären. De två beräkningsgrunderna — vederlagsersättning och avtalsersättning — kan in

casu ge olika resultat. Sålunda är det t.ex. inte säkert att uppskovsräntan ersätter borgenärens hela förlust. Det kan därför bli fråga om ersättning utöver räntan (IV).

Rodhe, § 51, och Arnholm, III 244, skiljer skyldigheten att betala dröjsmålsränta från allmän skadeståndsskyldighet.

Vederlagsersättning begränsas inte till de fall då gäldenären i strid med avtalet innehar borgenären tillhörig egendom. Inom immaterialrätten kan vederlagsersättning bli aktuell när intrång sker i den rätt som tillkommer upphovsman eller innehavare av patent.

I UpphovsL § 57 m. 1 och 2, FotografiL § 19, PatentL § 58 m. 1 och 2 ingår föreskrifter om vederlagsersättning; närmast är det fråga om intrång i en rätt som grundar sig direkt på lagen, stadgandena kan likväl anses tillämpliga även när part överskrider den rätt som följer av förlagsavtal, licensavtal etc. Dessa immaterialrättsliga problem förbigås här. Likväl må framhållas, att vederlagsersättningar enligt de nämnda lagrummen inte alltid förutsätter vållande hos den som gjort intrång i borgenärens rätt (PatentL § 58 m. 2).

II. Beträffande *betalningsförpliktelser* förekommer en reglering i lag: *uppskovsränta* (dröjsmåls- eller moraränta). Enligt SBL § 6 skall ränta efter förfallodagen beräknas enligt samma grund som därförinnan, därest inte särskild uppskovsränta avtalats. Löper borgenärens fordran inte med ränta, skall uppskovsränta erläggas enligt HB 9: 10 jfr med 9: 8 (6 resp. 5 procent).

Handelssed kan modifiera de allmänna reglerna om uppskovsränta; se *HD 1954 II 52.*
Se även ABL § 33, AndelsL § 39; här är det fråga om legal ränta, som egentligen inte är uppskovsränta.

Det faller utanför ramen för denna undersökning att närmare klarlägga innebörden av lagens stadganden om uppskovsränta. Det må likväl framhållas, att SBL § 6 visserligen gäller blott sådan dröjsmålsränta som hänför sig till skuldebrevsfordrtngar. Men lagrummet kan analogivis tillämpas i alla fall när betalningsförpliktelser grundar sig på avtal, därest inte särskilda omständigheter föranleder undantag. Denna slutsats motiveras med att stadgandena i SBL kap. 1 (allmänna bestämmelser) anses ge uttryck åt allmänna obligationsrättsliga grundsatser vilkas tillämpning inte är begränsad till skuldebrevsområdet.
Också HB 9: 8 och 10, som enligt ordalydelsen gäller försträckning, kan analogivis tillämpas på fordringsförhållanden i allmänhet.

Betr. dröjsmålsränta se bl.a. Hakulinen, Velkakirjalaki 64 ff, Rodhe § 51 vid not 6—61, Wallin 11—29, Ussing 72 ff samt Godenhielm, Bör stadgandena om moraränta reformeras? (JFT 1967 1—10).
Se även BGB § 288 och SchwOR Art. 104.

Lagens stadganden om uppskovsränta bygger på vederlagstanken: löper fordringen med ränta, skall samma vederlag utgå före och efter förfallodagen. Om fordringen varit räntefri, är det naturligt att den förmån, som gäldenären härigenom åtnjutit, upphör i och med att han underlåter att betala. Befrielsen från att betala vederlag bör inte mera gälla.

Dröjsmålsräntan ger borgenären ersättning: han presumeras få det vederlag som han kunnat erhålla av tredje man ifall han kunnat förfoga över sitt kapital. Det bör likväl observeras att de i HB 9: 10 angivna räntesatserna — vilka gäller de fall då räntan inte är avtalad — är så låga, att de inte motsvarar gängse ränta. De tillgodoser inte helt borgenärens intresse. Detsamma kan sägas om bestämmelsen att räntan ofta beräknas först från stämningsdagen. Den generella regleringen — ersättningens standardisering — har drabbat borgenären.

Dröjsmålsräntan är standardiserad. Det hjälper inte att gängse ränta är lägre ej heller att borgenären genom utlåning av medlen till tredje man hade kunnat få högre ränta. Endast i stöd av avtalsklausul kan annan uppskovsränta ifrågakomma.

Se likväl s. 388 där fråga är om ersättning utöver dröjsmålsräntan.

Skyldigheten att betala dröjsmålsränta har *inte* i lagen gjorts beroende av gäldenärens *vållande*. Detta överensstämmer helt med uppfattningen att räntan är ett standardiserat vederlag för utnyttjande av annans kapital. Vederlaget skall betalas oberoende av orsaken till att betalning uteblivit på förfallodagen.

SBL § 6 m. 3 befriar likväl gäldenären från att betala uppskovsränta när det berott på borgenären att betalning inte kunnat erläggas i tid (mora accipiendi). I stöd av sin allmänna lojalitetsplikt bör gäldenären likväl göra det belopp, som inte kunnat erläggas till borgenären, räntebärande såframt detta kan ske utan svårighet och på ett betryggande sätt (insättning i bank etc.). Underlåter gäldenären att göra detta, kan han, om han in casu anses ha åsidosatt sin vårdplikt eller handlat i strid med kravet på lojalitet, åvälvas att ersätta borgenärens förlust. Genom att deponera beloppet i stöd av DeponeringsL fritar sig gäldenären från ersättningsskyldighet.

Betr. borgenärens mora accipiendi, se Hakulinen, Velkakirjalaki 67 ff, Ussing 197 och Danmarks lov om gældsbreve 1938 § 6 m. 2.

Det är tveksamt om uppskovsränta skall betalas när dröjsmålet beror på *force majeure*. Frågan kan aktualiseras i speciella undantagsfall. Tillämpar man vederlagssynpunkten strängt, borde ränta betalas. Mot detta står en annan synpunkt: vid force majeure, som innefattar extraordinära händelser utanför parternas verkningskrets, har det ansetts naturligt att vardera parten för egen del bär den ekonomiska risken. Ger man företräde åt denna synpunkt, bör dröjsmålsränta inte betalas för den tid betalningen av skulden omöjliggöres av force majeure.

I valet mellan de två alternativen synes det riktigare att godta det förstnämnda — gäldenären betalar uppskovsränta. Borgenären har genom dröjsmålet hindrats att utnyttja sitt kapital. Sett ur hans synpunkt är ett anspråk på vederlag naturligt. Normalt kan gäldenären göra pengarna räntebärande under den tid betalning är utesluten. När så sker, innebär betalningen av uppskovsränta inte någon förlust för gäldenären. Den reservationen bör likväl göras att skyldighet att betala dröjsmålsränta förutsätter att gäldenären kunnat göra beloppet räntebärande utan svårighet och på ett betryggande sätt. Om så inte är fallet, bör dröjsmålsränta inte erläggas. Gäldenären skall inte bli lidande av force majeure om han fullgör det som rimligen anses kunna krävas av honom.

Det råder delade meningar om gäldenärens skyldighet att vid force majeure betala dröjsmålsränta; problemet har inte större praktisk betydelse; se P o r t i n 80 f och den litteratur han hänvisar till.

Jfr SBL § 7 m. 2 in fine, som vid kursfall på utländsk valuta låter gäldenären betala enligt den för honom förmånligare kursen (betalningsdagen), om hans dröjsmål berott på force majeure.

III. När det gäller *sakprestationer*, kan man i många fall anlägga liknande synpunkter som i fråga om dröjsmålsränta. Skyldigheten för gäldenären att betala vederlag är ofta naturlig. De faktiska förhållandena kan likväl variera så starkt att det inte är möjligt att uppställa regler som skulle gälla alla situationer på samma sätt.

Några typfall beröres i det följande.

Om gäldenären betalar *vederlag* för rätten att inneha borgenärens egendom, t.ex. i stöd av hyresavtal, är det naturligt att avtalat vederlag betalas även efter det egendomen bort återlämnas. Om vederlaget av särskilda orsaker varit oproportionerligt lågt, kan det vara motiverat att ålägga gäldenären att vid dröjsmål med återlämnandet betala normalt vederlag. Vid bestämmandet av vederlagets belopp har man att beakta den nytta som gäldenären haft av att inneha den borgenären tillhöriga egendomen.

I fråga om jordlega, H a k u l i n e n, Vuokraoikeus I 93 f.

Se även R o d h e § 51 vid not 1—3.

I hyresförhållanden kan, efter det avflyttning skett, vederlag inte ifrågakomma ens i stöd av avtalsklausul, HyresL § 33. Detta stadgande kan sägas bygga på vederlagstanken; när hyresgästen flyttat från lägenheten, åtnjuter han inte mera någon förmån, varför en grund för vederlag inte mera existerar.

Har saken förstörts eller skadats på ett sådant sätt att användning är utesluten eller begränsad, bortfaller eller jämkas vederlaget. Detta överensstämmer med att borgenären normalt står faran för godset.

När gäldenären innehar borgenärens egendom *utan vederlag*, t.ex. såsom lån, kan man inte bedöma situationen på samma sätt som i fråga om räntefria fordringar. Lån-

tagaren blir inte skyldig att betala vederlag om han inte i rätt tid återlämnar godset. Vederlag är oförenligt med avtal om lån. Borgenären är hänvisad till att kräva vanlig avtalsersättning.

Följande avgöranden belyser frågan om vederlagsersättning:

HD 1961 II 153: B hade sålt sin häst till A med förbehåll om återköp inom två år, inom avtalad tid meddelade B att han vill återköpa hästen, som A likväl vägrade ge tillbaka. Sedan B återfått hästen i stöd av domstols utslag krävde han ersättning av A för att denne under ca åtta månader utan rätt haft hästen i sin besittning och använt den för egen räkning. HD uppskattade till skäligt belopp den skada som B lidit genom att A utan rätt kvarhållit hästen i sin besittning och ålade A ersättningsskyldighet. — Min. (2) förkastade talan då A innehaft hästen i god tro ända till dess den på myndigheternas försorg överlämnades till B. — HDs majoritet argumenterar inte med vederlagssynpunkten utan med den förlust som ägaren lidit när han inte återfått hästen enligt avtalet, ersättningen har bedömts som avtalsersättning.

Se även *HD 1961 II 12* (ref. s. 404).

HD 1938 II 58: B hade vederlagsfritt upplåtit ett jordområde åt A för utövande av industriell rörelse; efter avtalstidens utgång hade A inte återställt området, A ålades att till B utge ersättning för besittningen av området med beaktande av den nytta A haft genom att arrendera de på området befintliga B tillhöriga byggnaderna åt tredje man.

HD 1932 I 103: A hade åt B hyrt en affärs- och bostadslägenhet, hyresrätten fick enligt avtalet ej överlåtas; sedan B försatts i konkurs hade konkursboet i lägenheten uppbevarat konkursboets varulager; A krävde hyra av konkursboet. HD (3): talan förkastas då det ej visats att konkursboet förbundit sig att erlägga hyra och hyresrätten ej fick överlåtas. 2 JR: hyra utdömdes då konkursboet utnyttjat lägenheten. — HDs minoritet skulle således ha utdömt vederlagsersättning, vilket synes mig ha varit riktigt.

Force majeure utesluter inte i och för sig gäldenärens skyldighet att betala vederlagsersättning. Det är rimligt att vederlag utgår när gäldenären utnyttjar borgenärens egendom. Att gäldenären inte kunnat återlämna egendomen till borgenären till följd av övermäktigt hinder behöver inte inverka. Härvid förutsättes likväl att gäldenären inte skall betala vederlag om han efter det force majeure inträtt inte kunnat utnyttja egendomen eller inte haft nytta av användandet.

Ett vederlagskrav är också aktuellt i följande situation: borgenären innehar gäldenären tillhörig egendom med rätt till ersättning för vården, t.ex. deposition; gäldenären underlåter att avhämta godset när den avtalade tiden gått ut. Borgenären kan kräva avtalet vederlag efter det dröjsmålet inträtt. Har godset vårdats utan vederlag, uppkommer inte krav på vederlagsersättning. Rätt till ersättning för direkta kostnader bör borgenären likväl ha.

Se även Rodhe § 51 vid not 5.

Vederlagsersättning till följd av underlåten sakprestation är *inte* beroende av *vållande* från gäldenärens sida. Situationen är densamma som i fråga om dröjsmålsränta,

om inte särskilda omständigheter föranleder annat. Borgenärens mora accipiendi utesluter likväl skyldigheten att betala vederlag, jfr SBL § 6 m. 2.

Ussing 196.

IV. Utesluter rätten till *vederlagsersättning* — dröjsmålsränta, hyresvederlag etc. — krav på *avtalsersättning*? Frågan aktualiseras i sådana situationer då vederlagsersättningen inte ger borgenären full kompensation för den förlust som avtalsbrottet orsakat.

Principiellt är det fråga om två olika slag av ersättning. Vederlagsersättningen grundar sig vanligen på det faktum att gäldenären utnyttjar borgenären tillhörig egendom eller åtminstone kan göra det. Avtalsersättningen åter avser att försätta borgenären i samma läge som om avtalets bestämmelser hade fullgjorts. Den beaktar ekonomiska omständigheter utöver vederlaget. Härtill kommer att de två anspråken kan vara bundna vid olika rättsliga förutsättningar — vederlagsanspråket förutsätter i regel inte vållande, medan avtalsersättningen ofta är beroende av gäldenärens culpa.

Å andra sidan kan de två anspråken inte helt lösgöras från varandra. Vederlaget, t.ex. dröjsmålsränta, kan, när man ser det ur borgenärens synvinkel, uppfattas som en ersättning för att avtalet inte fullgjorts. Det framträder som en standardiserad avtalsersättning.

Principiella synpunkter hindrar inte att vederlagsersättning och avtalsersättning förekommer sida vid sida även om de två ersättningsformerna reellt kan gå in i varandra helt eller delvis. Frågan huruvida avtalsersättning kan ifrågakomma jämte vederlagsersättning måste besvaras med ledning av konkreta rättspolitiska bedömningar.

Frågan har i litteraturen dryftats med avseende på *dröjsmålsränta:* kan borgenären kräva ersättning utöver dröjsmålsräntan?

De nordiska skuldebrevslagarna har i detta avseende olika innehåll.

Den danska (§ 62 m. 3) och den norska (§ 6) lagen ger uttryckligen borgenären rätt till ersättning för skada som inte täckes av uppskovsräntan; se härom Ussing 76, Arnholm III 244, Augdahl 271 ff.

I Finlands och Sveriges lagar saknas föreskrift; i det ursprungliga finländska förslaget ingick ett stadgande men det ströks utan motivering i ett tidigt skede av behandlingen, frågan är att betrakta som öppen, lagstiftaren har inte tagit ställning i någondera riktningen. — I finländsk och svensk doktrin har man allmänt ansett att ersättning utöver moraräntan är möjlig men det saknas klara linjer för när en sådan ersättning kan ifrågakomma; se bl.a. Hakulinen, Velkakirjalaki 65 ff, Erik af Hällström, JFT 1948 128 (recension av Hakulinens nämnda arbete), Vihma 175, Taxell, JFT 1959 236, Portin 83 f; jfr Hernberg 77. — För svensk rätt Marks von Würtemberg—Sterzel 46 f, Rodhe § 48 vid not 47, Wallin 24 ff.

VäxelL § 48 ger växelinnehavare — utöver dröjsmålsränta 6 % — rätt till ersättning för bestämda kostnader samt till provision (1/3 % av växelsumman), ersättning härutöver är utesluten (se även CheckL § 46); BernerKomm. 545.

BGB § 288 och SchwOR Art. 106 innehåller stadganden om ersättning utöver uppskovsränta; se även von Büren 368 f, BernerKomm. 544 f (t.ex. kostnader för anskaffande av annat kapital, kursförlust, inflationsförlust).

Utgångspunkt bör också nu vara att borgenären skall försättas i samma läge som om avtalet hade fullgjorts — betalning erlagts i rätt tid. Moraräntan ger ingalunda alltid full kompensation. Borgenären kan ha haft kostnader med anledning av dröjsmålet. Han har kanske tvingats låna upp pengar från annat håll till högre ränta. Skall borgenären försättas i samma situation som om avtalsbrott inte hade förekommit, bör han få ersättning utöver dröjsmålsräntan.

Samtidigt bör man dock beakta att dröjsmålsräntan är en standardiserad ersättning. Lagstiftaren har uppställt en generell regel som inte beaktar förhållandena in casu. Ersättning skall betalas enligt en räntesats som bestämmes i stöd av lag. Gäldenären har anledning att utgå från att han skall betala denna ränta men intet därutöver.

När man sammanställer dessa synpunkter, ledes man till slutsatsen att moraräntan normalt skall utgöra ersättning för ränteförlust. Denna ersättning är standardiserad. Den och intet därutöver bör erläggas även när gängse ränta är högre eller borgenären kan visa att han av tredje man skulle ha fått högre ränta. I princip bör ränteersättning utöver moraräntan därför inte ges.

Det sagda innebär att borgenären inte får ersättning för skillnaden mellan gängse utlåningsränta och dröjsmålsräntan. En frångången räntevinst ersättes sålunda inte. Borgenären bär risken. Vill han undgå den, kan han i avtalet förbehålla sig tillräckligt hög straffränta.

Det förekommer likväl situationer då det synes riktigt att frångå den principiella ståndpunkten. Borgenären kan t.ex. ha lidit en konkret förlust när han som en följd av dröjsmålet tvingats upplåna pengar av tredje man mot en ränta som överstiger uppskovsräntan. Gäldenären behöver i allmänhet inte räkna härmed, han har inte att befatta sig med huru borgenären använder sina pengar. Men om gäldenären är medveten om borgenärens situation — denna har t.ex. meddelat gäldenären om sitt konkreta penningbehov — kan det vara motiverat att låta gäldenären betala ränteskillnaden.

Se Hakulinen, Velkakirjalaki 66 f: gäldenären blir ansvarig endast om han vetat eller bort veta att borgenären till följd av dröjsmålet lider förlust, som räntan inte täcker, och han det oaktat underlåtit att betala (culpa); Portin 87 f: en faktiskt påvisad konkret förlust, som uppkommer genom att gängse ränta överstigit lagstadgad moraränta, borde kunna ersättas.

Förändringar i penningvärdet kan även observeras; betr. detta problem, Taxell, JFT 1959 236 ff.

Borgenären kan, utöver dröjsmålsräntan, kräva ersättning för *kostnader* föranledda av dröjsmålet med betalningen. De innefattas inte i räntan.

Dröjsmålet kan ha orsakat borgenären *annan förlust*, som inte täckes av uppskovsräntan, t.ex. störningar i borgenärens åtaganden i förhållande till tredje man. Principiellt kan gäldenären göras ansvarig för sådan förlust enligt vanliga regler om avtals-

ersättning. I praktiken blir ersättningsfrågan endast undantagsvis aktuell. Särskilt i kreditförhållanden finns det starka skäl att inom adekvansens ram begränsa ersättningen till normal förlust.

Enligt uttryckligt stadgande i SBL § 7 m. 2 utgår ersättning för kursförlust och annan skada; Hakulinen, Velkakirjalaki 74 f.

I stöd av JordlegoL § 21 m. 3 kan legogivaren få ersättning för skada — utöver moraränta — orsakad av försenad betalning av legovederlag när avtalet på denna grund uppsagts (hävts); se även Hakulinen, Vuokraoikeus I 88. Ersättning utöver dröjsmålsränta kan även ifrågakomma i stöd av HyresL § 31 m. 3, se Godenhielm, Uusi huoneenvuokralaki 220.

De synpunkter, som här anförts på frågan om ersättning utöver uppskovsränta, har också relevans med avseende på de fall då gäldenären underlåtit att till borgenären överlämna denne tillhörig egendom (annat än penningar). Även i dessa fall har man att in casu avgöra om ersättningsskyldigheten skall sträckas utöver vederlagsersättningen. För en vidgad ersättning kräves allmänna förutsättningar för avtalsersättning.

9. ERSÄTTNING ENLIGT NEGATIVT AVTALSINTRESSE

I. Avtalsersättningen avser — såsom ovan framhållits — att försätta borgenären i samma ekonomiska situation som om riktig uppfyllelse av avtalet hade skett. En alternativ princip för beräknandet av ersättningen är tänkbar: borgenären försättes ekonomiskt sett i samma läge som om avtalet inte alls hade ingåtts. Detta har kallats ersättning för *negativt avtalsintresse* till skillnad från positivt avtalsintresse (avtalsersättning).

Ersättning beräknad enligt det negativa avtalsintresset omfattar tre grupper av kostnader: utgifter föranledda av avtalets förberedande och ingående (inledningskostnader), kostnader orsakade av förberedelser för avtalets fullgörande och för avtalets eller avtalsobjektets utnyttjande (dispositionskostnader) samt utgifter som föranletts av eller har samband med avtalsstörningen. Skillnaden mellan positivt och negativt avtalsintresse är påtaglig: endast det förra inkluderar utebliven intäkt, endast det senare inbegriper inledningskostnader. I bägge kan ingå dispositionskostnader.

Betr. olika slag av kostnader, som kan ingå i negativt avtalsintresse, se Sjur Brækhus, En analyse og vurdering av den såkalte negative kontraktinteresse i nordisk kontraktrett (TfR 1947 515—536) 518 ff.

Det förefaller att råda oklarhet om den egentliga innebörden av begreppet negativt avtalsintresse. Ofta användes termen negativt intresse för att utmärka blott det faktum att uteblivna intäkter inte beaktas i ersättningen. Denna omfattar i så fall blott

särskilda kostnader. Enligt den innebörd, som i denna framställning ges det negativa avtalsintresset, är det inte tillfyllest att man från ersättning enligt det positiva intresset utesluter uteblivna intäkter. När så sker, är det fråga om en begränsad avtalsersättning (s. 369). Ersättning enligt det negativa intresset förutsätter att man tar med inledningskostnaderna. Endast genom att vid bestämmandet av ersättningen dels utesluta frångångna intäkter, dels observera inledningskostnader, kan man försätta borgenären i samma läge som om intet avtal hade ingåtts.

Även när ersättning beräknas enligt det negativa intresset har man att jämföra ett hypotetiskt och ett faktiskt händelseförlopp. Det förra anger den situation som hade varit för handen om avtalet ej hade slutits. Enligt det senare bestämmes de olika kostnader som ingår i det negativa intresset.

Betr. begreppet negativt avtalsintresse och ersättningens beräknande, se Rodhe § 45 vid not 40 ff, Ussing 154, 156, A. Vinding Kruse, Misligholdelse 21 ff, Brækhus, TfR 1947 516 ff. — Se även Aaltonen, Tavaran virheistä II 188 f, Hakulinen 53, LM 1961 26, Portin 97 f, Routamo 156.

Ersättning beräknat enligt det negativa intresset är vanligen mindre än avtalsersättningen, beroende på att däri inte inbegripes uteblivna intäkter. När så är fallet, har borgenären inte anledning att kräva det negativa intresset ersatt.

Om några uteblivna intäkter däremot inte kan påvisas — avtalets fullgörande skulle inte ha givit borgenären någon vinst — kan ersättning enligt det negativa intresset bli större än avtalsersättning. Detta beror på att inledningskostnaderna räknas som en pluspost för borgenären. Om ett avtal, som inte fullgjorts, vore förlustbringande för borgenären, kan en på vanligt sätt beräknad avtalsersättning vara helt utesluten (s. 359). En rätt för borgenären att i här antydda fall få ersättning enligt det negativa intresset betyder att hans ersättningsskydd förstärkes.

Det negativa intresset erbjuder en i princip *annan grund* för ersättningen än det positiva intresset. Tanken är att avtalet uppfattas såsom eliminerat. Borgenären skall bli ersatt för de kostnader som hade besparats honom ifall avtalet inte hade ingåtts. Några krav grundas inte på själva avtalet. Man skall, ekonomiskt sett, återställa det läge som var för handen innan avtalsförberedelserna inleddes.

Jfr Brækhus, TfR 1947 515, 526 f.

Denna lösning är den naturliga i de fall då en avtalsstörning lett till att parterna *inte blivit bundna av avtalet.* Härvid stöder borgenären inte sitt krav på avtalet. Hans anspråk går ut på att bli ersatt för kostnader som orsakats av det avtal, som eliminerats, och vilka kostnader därför varit meningslösa.

Se Kivimäki — Ylöstalo 338 not 5, 381 not 12, 398, Rodhe § 45 vid not 46 ff, Ussing 155 ff, Aftaler 127 ff, A. Vinding Kruse, Misligholdelse 22, Arnholm

III 19 ff, Esser 372 f (culpa in contrahendo), Fikentscher 207 (ursprunglig omöjlighet, BGB § 307), i tysk rätt användes även termen »Vertrauensinteresse».

HD 1949 II 405: ersättning för diverse kostnader utdömdes då köp förklarats återgå.

Sin huvudsakliga funktion har ersättning enligt det negativa intresset när avtalet inte är bindande — främst i de egentliga ogiltighetsfallen.

Se bl.a. Karlgren, Avtalsrättsliga spörsmål särsk. 25 ff samt Arnholms anmälan av Karlgrens arbete (TfR 1955 1—15).

Ersättning enligt negativt avtalsintresse kan även tänkas ifrågakomma när avtalsbundenheten rubbats (kap. III).

II. Kan borgenären vid *avtalsbrott* i stället för avtalsersättning kräva ersättning beräknad enligt det negativa avtalsintresset? Besvarar man frågan jakande, betyder det att borgenären kan välja det alternativ som ger förmånligare resultat.

Till först bör man avskilja de fall i vilka gäldenären fullgjort sin prestation med avvikelse från gällande handlingsnormer, men borgenären *inte hävt* avtalet — en köpare har t.ex. mottagit och behållit försenat eller felaktigt gods. Ett krav på ersättning för negativt avtalsintresse vore inkonsekvent: borgenären kan inte hålla fast vid avtalet och samtidigt kräva att försättas i samma situation som om avtalet inte hade ingåtts.

Frågan om borgenärs rätt till ersättning enligt det negativa intresset blir — med avseende på avtalsbrott — aktuell närmast blott i de fall då borgenären *häver* avtalet. Krav på ersättning enligt det negativa intresset kan ge bättre utdelning (I) än ett anspråk på avtalsersättning.

I nordisk doktrin går meningarna i sär beträffande hävande borgenärs rätt att kräva ersättning för negativt avtalsintresse:

I finländsk rätt synes stor oklarhet råda, frågan har berörts i olika sammanhang; se Aaltonen, Tavaran virheistä II 188 f, Hakulinen, LM 1961 26, Velkakirjalaki 87, Portin 98 f, Routamo 156 f.

Rodhe, § 45 vid not 43 f, uttalar att svensk rättspraxis förefaller villig att ge en hävande borgenär ersättning för kostnad vid avtalets ingående och för mottagande av gäldenärens prestation, men att det inte är fullt säkert att denna uppfattning legat till grund för domstolarnas avgöranden.

I dansk rätt ger Ussing 158 ff, Fr. Vinding Kruse, Nordisk lovbog § 81 m. 2 och A. Vinding Kruse, Misligholdelse 21 ff, 308, borgenären rätt till ersättning för negativt avtalsintresse i rätt stor utsträckning, medan man i norsk doktrin varit mera reserverad; se Augdahl 259 ff, Arnholm III 293 f, Brækhus TfR 1947 530 ff.

Enligt BGB § 327 skall gäldenären endast utge obehörig vinst om Rücktritt skett till följd av en omständighet för vilken han inte svarar; Larenz I 308 f. — Enligt schweizisk rätt kan borgenären vid »Zurücktreten vom Vertrage» välja mellan vanligt skadestånd och ersättning för negativt avtalsintresse; SchwOR Art. 107, 109, BernerKomm. 568 f, von Büren 81 f.

Hävning innebär att borgenären avstår från och motsätter sig prestation enligt avtalet. Men det betyder inte att avtalsbundenheten skulle ha upphört. Borgenären kan framställa anspråk i stöd av avtalet — han kan kräva att ekonomiskt bli försatt i samma situation som om avtalet hade fullgjorts riktigt. I det läge, som hävningen framkallat, är ett krav, vilket bygger på att borgenären skall försättas i samma situation som om avtalet inte alls hade ingåtts, principiellt ogrundat. Det står i strid med hävningens innebörd. Ersättning i den genom hävning uppkomna situationen passar inte in i det negativa avtalsintressets ratio.

Kivimäki — Ylöstalo 397 f: negativt avtalsintresse förutsätter att avtalet är overksamt.

Det är likväl möjligt att resonera på ett annat sätt. När gäldenären hävt avtalet och därjämte avstått från att grunda några krav på själva avtalet, är läget de facto detsamma som om avtalsbundenheten hade upphört. I det läget kan anspråk på ersättning enligt det negativa intresset te sig motiverat.

Teoretiskt kan man sålunda se saken på olika sätt. Det principiellt riktiga synes mig vara att acceptera den förstnämnda lösningen: hävning och ersättning för negativt avtalsintresse går inte ihop. Borgenären har att följa de regler som gäller för avtalsersättning (positivt avtalsintresse).

Frågan om borgenärs anspråk på ersättning enligt negativt avtalsintresse får likväl inte ses enbart som ett teoretiskt spörsmål. Väsentligare är frågan: har borgenären ett behov av att få ersättning beräknad på detta sätt och är ett sådant anspråk förenligt med gäldenärens behov av skydd?

För *borgenären* är det självfallet tacknämligt att få största möjliga ersättning. Utgångspunkten kan dock inte vara denna utan måste vara en annan: borgenären skall inte genom avtalsbrottet försättas i en sämre position än om avtalet hade fullgjorts riktigt. Ersättningens syfte är däremot inte att ge borgenären ett bättre läge. Den som ingått ett oförmånligt avtal, står själv den ekonomiska risken. Han skall inte såsom kompensation för att det inte finns någon utebliven vinst, som kan räknas in i ersättningsbeloppet, bli gottgjord för avtalets inledningskostnader.

Också hänsynen till *gäldenären* spelar in. Sett ur hans synvinkel är det inte motiverat att beräkna ersättningen så, att borgenären de facto undgår en del av den förlust som hade drabbat honom ifall avtalet hade fullgjorts. Vardera parten bär en risk i det avseendet att de får stå för sina egna inledningskostnader även om avtalet inte fullgjorts riktigt. Den omständigheten att gäldenären möjligen vållat avtalsbrottet kan inte ha relevans i det avseende varom nu är fråga.

Olika synpunkter talar sålunda för att vid avtalsbrott frånkänna borgenären rätten till ersättning enligt negativt avtalsintresse. Detta kan uppfattas som en allmän riktlinje.

Inhemsk *rättspraxis* har inte i detalj genomgåtts med avseende på negativt avtalsintresse. Det förefaller likväl som om man inte i den kan finna stöd för uppfattningen att hävande borgenär kan kräva det negativa intresset ersatt. Knappast kan man heller påvisa avgöranden som tillbakavisat krav på ersättning enligt negativt avtalsintresse när avtalet hävts. Frågeställningen förblir oklar därför att föremål för domstolarnas avgöranden varit ersättningskrav som inkluderat kostnader vilka ingår såväl i negativt som i positivt avtalsintresse.

Den allmänna linjen bör följas även i de fall då avtalets ekonomiska syfte träder i bakgrunden. Borgenären kan ha ingått avtalet i syfte att nå förmåner, som inte direkt kan uppskattas i penningar, t.ex. köpt en sak som för honom har ett speciellt av personliga skäl betingat värde. Kravet på ersättning kan tillgodoses utan att man tillgriper konstruktionen negativt avtalsintresse (s. 360).

Det har ansetts att det i här avsedda fall kan vara motiverat att ge ersättning enligt negativt intresse; se Arnholm III 294, Rodhe § 45 vid not 42—45, Ussing 157.

Möjligheten att vid avtalsbrott ge ersättning enligt det negativa intresset bör likväl inte helt tillbakavisas. Det kan förekomma situationer i vilka denna lösning — trots de teoretiska betänkligheter som kan anföras mot densamma — framstår som den lämpligaste på basen av en avvägning av parternas rättsskyddsbehov.

Närmast tänker man på de fall i vilka avtalet häves på basen av *culpa in contrahendo* eller likartade situationer, t.ex. när gäldenären underlåtit att lämna uppgifter om väsentliga omständigheter som gäller avtalsobjektet. Det kan likaså vara motiverat att ersätta borgenärens inledningskostnader när avtalets upplösning genom hävning beror på omständigheter, som förelåg redan vid avtalets ingående, t.ex. ursprungligt prestationshinder. Trots att man här använder en för avtalsbrott gällande påföljd — hävning — kommer man de facto över till området för bristande avtalsbundenhet. Inom detta område har ersättning enligt det negativa intresset sin naturliga plats.

Om ett avtal *förfaller* (s. 418), kan det möjligen bli fråga om ersättning enligt negativt avtalsintresse. Praktiskt är ett ersättningskrav vanligen uteslutet då orsaken till att avtalet förfaller i regel beror på borgenärens passivitet, som även utesluter krav på ersättning.

När man i vissa fall av hävning anser sig kunna beräkna ersättningen enligt det negativa intresset, betyder det inte att ett alternativt krav på ersättning enligt det positiva intresset vore uteslutet. För borgenären existerar en valsituation. Likaså kan han i de fall, som här avses, oftast välja mellan hävning och yrkande på att avtalet förklaras ogiltigt. Sättet att beräkna ersättningens belopp får inte bli beroende av vilken principiell lösning borgenären väljer med avseende på avtalsstörningen — hävning eller ogiltighet. Det ankommer i sista hand på domstol att med hänsyn till parternas behov av rättsskydd avgöra om ersättningen skall beräknas enligt det negativa intresset eller inte.

I överensstämmelse härmed kan det även tänkas förekomma att ersättning, som utgår när ett avtal förklaras ogiltigt, inkluderar kompensation för utebliven intäkt (positivt intresse), t.ex. om en säljare svikligen givit oriktiga uppgifter om godset (AvtL § 30).

När gäldenären enligt allmänna regler inte är skyldig att betala avtalsersättning — t.ex. när force majeure hindrat prestation — kan det bli fråga om ersättning för åsidosättande av en biförpliktelse — borgenären har t.ex. orsakats förlust av att gäldenären inte i tid meddelat honom om inträffat prestationshinder. Här är det närmast fråga om åsidosättande av en lojalitetsplikt. Denna ersättning har en särskild grund och bör hållas i sär från ersättning för negativt avtalsintresse. Det är fråga om ett speciellt fall av kostnadsersättning.

Jfr Arnholm, III 290, som anser att här är fråga om ersättning för negativt intresse.

10. ERSÄTTNING FÖR INTRESSEN UTAN EKONOMISKT VÄRDE

I. De ersättningsformer, som behandlats i det föregående, bygger på ekonomiska värden — intressen som kan uppskattas i penningar. Sålunda avser avtalsersättningen att förverkliga avtalets ekonomiska syfte. Ersättningen för negativt avtalsintresse ger kompensation för direkta kostnader. Den jämförelse mellan faktiskt och hypotetiskt händelseförlopp, som förekommer i vartdera fallet, beaktar enbart ekonomiska värden och intressen. Man ser avtalet såsom en ekonomisk faktor. I överensstämmelse härmed beaktar man blott avtalsbrottets ekonomiska konsekvenser.

Vid sidan härav kan man konstruera en ersättning av annat slag: borgenären får ersättning i penningar som kompensation för att avtalsbrottet åsidosatt ett intresse som inte kan uppskattas i penningar, åtminstone inte på ett objektivt bestämbart sätt. Ersättningen skall inte täcka en ekonomisk förlust. Den skall ge borgenären en gottgörelse som gör det möjligt för honom att enligt eget val tillfredsställa ett annat behov eller tillgodose ett annat intresse än det som avtalsbrottet läderat. Denna gottgörelse ges i penningar därför att det i praktiken knappast är möjligt att ge borgenären kompensation i annan form. Ersättningens storlek är beroende av prövning.

I här avsedda fall talar man vanligen om ersättning för immateriell eller ideell skada.

Se härom Hakulinen 349 ff, Brusiin, Zum Problem des immateriellen Schadens 9, 25 ff, 32 och Aineettoman vahingon korvaamisesta särsk. 162 ff, Kivimäki — Ylöstalo 395 f, Rodhe § 44 vid not 27, § 47 vid not 44—47, Karlgren, Skadeståndsrätt 112 f, Ussing 142 f, Erstatningsret 205 ff, Fr. Vinding Kruse, Nordisk Lovbog § 4, A. Vinding Kruse, Misligholdelse 195 ff, Jørgensen, Erstatning for personskade 75 ff, 278 ff, Preben Lyngsø, Ikke-økonomisk skade, Colloquy on

European Law; Reparation for non-material damage, London 1969 (Juristen 1969 387—390), Andersen, Skadeforvoldelse 446 f.

Även den ersättning, som det nu är fråga om, är materiell i den meningen att den ges i form av ett penningbelopp. Men den ges som kompensation för intressen som är immateriella — intressen som saknar förmögenhetsvärde. Om man även i detta sammanhang vill undvika termen skada (se s. 256), kan man tala om ersättning för *immateriella* eller ideella intressen.

Gränsen mellan ersättning för ekonomiska och för immateriella intressen kan vara oklar och obestämd. Detta är särskilt fallet när ersättningens belopp inte exakt kan anges enligt ekonomiska kriterier utan en uppskattning måste ske (RB 17: 6). Sålunda kan i en ersättning för uteblivna intäkter på grund av avbrott i borgenärens verksamhet tänkas ingå en viss gottgörelse för värden som inte är ekonomiska i egentlig mening.

Betr. s.k. allmänt skadestånd för avtalsbrott eller allmän förmögenhetsskada, se Rodhe § 44 vid not 28 samt ovan s. 353.

Det har även ifrågasatts om man alls skall skilja mellan ekonomisk och icke-ekonomisk skada, i vartdera fallet är det fråga om ett surrogat för skadan; se Lyngsø, Juristen 1969 387 f.

Reglerna om ersättning för immateriella intressen har utformats med avseende på skada utanför avtalsförhållanden. Huvudstadgandet gäller påföljder av brott, SL 9: 2 p. 3. Det har likväl allmänt ansetts att gottgörelse för icke-ekonomisk skada kan bli aktuell även i avtalsförhållanden. Detta kan främst motiveras med att ersättning för immateriella intressen är ett led i det allmänna personlighetsskyddet. I den mån avtalsbrott orsakar personliga integritetskränkningar är det ingen anledning att bedöma situationen annorlunda än när kränkningen saknar samband med ett avtalsförhållande. De faktiska situationer, i vilka ersättning för immateriella intressen är motiverade, är likväl sällan förekommande i avtalsförhållanden. Detta är uppenbarligen orsaken till att frågan för avtalens del inte ägnats större intresse.

Se ovan anförd litteratur. — Jfr Heikonen — Aaltonen, 171, ersättning för sveda och värk ges ej i avtalsförhållanden, Palmgren 211. — Saxén, Förlagsavtalet 68 f.

Enligt BGB § 847 kan gottgörelse för icke-ekonomisk skada (Schmerzensgeld) ifrågakomma endast om skadan orsakats av »unerlaubte Handlung», i avtalsförhållanden blir det därför fråga om sådan gottgörelse blott i de fall då avtalsbrottet samtidigt är en »unerlaubte Handlung», se Günther Wiese, Der Ersatz des immateriellen Schadens (Tübingen 1964) 10 f, 47, 60.

Stadgandet i SchwOR Art. 99 m. 3 att bestämmelserna om ansvar »bei underlaubten Handlungen» finner motsvarande tillämpning på »vertragswidriges Verhalten» har ansetts innebära att stadgandena i Art. 47 och 49 om gottgörelse för immateriell skada kan tillämpas även i avtalsförhållanden; BernerKomm. 467 f, von Büren 85 f.

Ersättning för immateriellt intresse kan i avtalsförhållanden bli aktuell i olika situationer. Man kan skilja mellan två huvudtyper:

1) Avtalsbrottet orsakar borgenären ett *fysiskt* eller *psykiskt lidande*. Det är fråga om ersättning för »sveda och värk» och därmed jämförligt men.

Exempel: farliga egenskaper hos avtalsobjektet orsakar borgenären kroppsskada; en arbetstagare, som uppsäges utan särskilt vägande skäl (se ArbAvtL § 37 m. 2), utsättes för det psykiska lidande som arbetslöshet innebär.

2) Avtalsobjektet kan, utöver sitt ekonomiska värde, för borgenären ha ett värde som inte kan uppskattas i penningar — *affektionsvärde* etc. Detta värde kan förloras eller minskas genom ett avtalsbrott.

Exempel: köparen knyter särskilda minnen eller upplevelser till godset (affektionsvärde) eller köparen är angelägen att förvärva ett jordområde, som gränsar till hans tomt, för att skydda sig mot störningar utifrån; ifall säljaren inte uppfyller avtalet, uppkommer inte någon ekonomisk förlust för köparen, som utfäst ett överpris, men han går miste om det speciella värde (intresse) som för hans del är förenat med köpobjektet.

Dessa två grupper skiljer sig så väsentligt från varandra att en separat behandling är motiverad.

II. Ersättning för *»sveda och värk» och därmed jämförbart lidande eller men* är ett led i personlighetsskyddet. Rättspolitiskt gäller frågan huruvida man skall eftersträva ett skydd för en persons kroppsliga och psykiska integritet genom att ge ekonomisk gottgörelse när ett avtalsbrott läderat intressen som inte har förmögenhetsvärde. Man frågar om ersättningssanktionen kan bidra till att motverka integritetskränkningar i avtalsförhållanden och om ekonomisk gottgörelse är en ändamålsenlig kompensation när sådana kränkningar skett. Man har också att se problemet ur gäldenärens synvinkel: är det motiverat att åvälva ersättningsskyldighet som inte härflyter ur avtalet betraktat såsom en ekonomisk faktor?

Se betr. personlighetsskyddet, B r u s i i n, Zum Problem des immateriellen Schadens 21 f.

Gottgörelse för integritetskränkningar av här avsett slag ifrågakommer i första hand utanför avtalsförhållanden. Det allmänna stadgandet i SL 9: 2 p. 3 om ersättning för sveda och värk etc. har ansetts analogivis kunna tillämpas på skadeorsakande som inte innefattat en kriminell handling.

Se Y. J. H a k u l i n e n 350, Succession i rätten till ersättning för ideell skada (Festskr. till Henry Ussing 5.5. 1951, København 1951 141—149) 141, B r u s i i n, Aineettoman vahingon korvaamisesta 15, G u n n a r N y b e r g h, Ersättning för ideell skada (JFT 1951 163—172) 172, samt diskussionsinlägg av E k och S a x é n, JFT 1951 328 ff.

Ersättning för sveda och värk har utdömts bl.a. i följande avgöranden i vilka det inte varit fråga om straffanspråk: *HD 1955 II 112, 1950 II 394, 1951 II 159, 1953 II 136.* — Jfr motiveringen till avslag på krav på ersättning för sveda och värk i *HD 1949 II 240:* kravet ansågs ej ha stöd i lag då det ej berott på straffbar vårdslöshet; se även Eks kommentar, JFT 1951 329 f.

I *speciallagstiftning* ingår ett antal stadganden som i avtalsförhållanden möjliggör gottgörelse för åsidosättandet av immateriella intressen. Dessa stadganden gäller dels transportavtal, dels immaterialrättsliga förhållanden.

JärnvAnsvL § 1, SjöL § 171 m. 2, LuftbefordrL § 24; enligt dessa lagrum bestämmes ersättningen enligt de i SL stadgade grunderna, vilket betyder att ersättning kan ifrågakomma enligt SL 9: 2 p. 3. — Enligt TrafikFörsäkrL § 6 m. 1 utges inte ersättning för sveda och värk med mindre skadeståndsskyldighet åvilar fordonets ägare, förare eller passagerare.

Enligt UpphovsL § 57 ges ersättning även för »lidande och annat förfång», lagrummet tar främst sikte på de fall då uttryckligt stadgande i lagen åsidosättes men bör även kunna tillämpas när gäldenären bryter mot en avtalsbestämmelse, t.ex. i ett förlagsavtal.

PatentL § 58 nämner inte uttryckligen ersättning för immateriell skada, men lagrummets formulering bör anses inkludera även sådan; stadgandet tar inte direkt sikte på avtalsförhållanden men kan inte heller anses utesluta dessa, sålunda kan gottgörelse för immateriellt intresse tänkas när licensavtal åsidosatts.

Det som här sagts om intrång i patenträtt, kan i princip även anses gälla när rätt till varumärke kränkts, VarumärkesL § 38.

Se även ÄL §§ 9, 69, 78.

Kan ersättning för »personliga integritetsvärden» förekomma i avtalsförhållanden *utan stöd i lag*?

Ersättning för immateriell skada utanför avtalsförhållanden har enligt finländsk doktrin ansetts kunna ifrågakomma även utanför de i lag uttryckligen reglerade fallen. Se härom Hakulinen, Festskr. Ussing 143, Kivimäki, LM 1959 127, Kivimäki — Ylöstalo 395 samt särsk. Brusiin, Zum Problem des immateriellen Schadens 40, som framhåller att även i Finland ett behov att vidga personlighetsskyddet gör sig gällande, jfr hans översikt av främmande rätt 34 ff, se även Aineettoman vahingon korvaamisesta 171 ff.

Enligt BGB § 253 kan gottgörelse för icke-ekonomisk skada ifrågakomma endast i de fall som lagen anger, detta utesluter ersättning för icke-ekonomisk skada i avtalsförhållanden; annorl. enl. schweizisk rätt, se SchwOR Art. 99.

En tillämpning analogivis av lagstadganden, som i avtalsförhållanden ger möjlighet till ersättning för immateriella intressen, kan tänkas ifrågakomma. Berörda lagstadganden gäller likväl så speciella förhållanden att en analogitillämpning i praktiken knappast blir aktuell.

Hakulinen, Festskr. Ussing 142, förordar en analogisk tillämpning av stadganden rörande transportavtal (se ovan). — Ussing 142, Bengtsson, Om ansvarsförsäkring 268 ff.

Det är knappast riktigt att bedöma frågan om ersättning för immateriella intressen blott som ett spörsmål om några lagstadganden och deras analogitillämpning. Frågan bör ses mot en allmän bakgrund.

Personlighetsskyddet är inte i detalj utformat i gällande lag, lika litet som skyddet för ekonomiska intressen. I princip bör det inte föreligga något hinder för att gottgörelse för immateriella värden ges även i avtalsförhållanden. Frågan måste ses mot de allmänna rättspolitiska synpunkter som ovan antyddes. När man gör det, finner man snart att det knappast är motiverat att ge ersättning för immateriella intressen något större utrymme i avtalsförhållanden.

De förmögenhetsrättsliga avtalen — endast om dem är det fråga i denna utredning — måste bedömas såsom ekonomiska faktorer. När man har att ta ställning till frågor som gäller avtal samt deras fullgörande eller åsidosättande, är det därför naturligt att man begränsar sig till ekonomiska omständigheter. För borgenärens del skall avtalet tillgodose vissa ekonomiska intressen, längre gående förväntningar bör man inte förknippa vid avtalet. Gäldenären utgår från att han ansvarar för avtalets ekonomiska konsekvenser, ej för något därutöver. En allmän skyldighet att ersätta immateriella intressen skulle innebära en stor osäkerhet och skulle kunna bli ekonomiskt betungande. Den omständigheten att ett avtalsbrott orsakar borgenären besvär, förargelse, lidande eller andra liknande olägenheter ger honom därför intet krav på ersättning. Det föreligger knappast anledning att utsträcka personlighetsskyddet ända hit. Borgenären bär själv risken.

Se von Büren 85.

Denna negativa inställning till borgenärens krav på ersättning för immateriella intressen utesluter inte att sådan ersättning ges när *särskilda skäl* påvisas. Det är inte möjligt att generellt ange när detta är fallet. Avgörandet ligger hos domstol som på grundvalen av alla faktiska omständigheter, vilka kan anses ha relevans, har att pröva om det finns särskild anledning att ge borgenären ersättning för ett immateriellt värde.

Två typsituationer skall nämnas.

1) Avtalsbrott kan undantagsvis orsaka borgenären kroppsskada — avtalsobjektet har skadebringande egenskaper eller annat fel som vid användningen skadar borgenären. Det finns knappast anledning att bedöma dessa situationer annorlunda än när i motsvarande fall kroppsskada orsakats utan samband med ett avtalsförhållande. Det är fråga om en persons skydd för liv och hälsa. I den mån det anses motiverat att ge sådant skydd i form av gottgörelse för *sveda och värk* eller för annat lidande eller men, är det irrelevant om skadan orsakats i eller utanför ett avtalsförhållande. Personlighetsskyddet får inte vara beroende av denna gränsdragning. Ansvaret accentueras i de fall då gäldenären i stöd av avtalet har en särskild skyldighet att iaktta omsorg för

att borgenärens liv och hälsa skall skyddas. Ett åsidosättande av en sådan vårdplikt (skyddsplikt) kan medföra ansvar för sveda och värk.

Se Hakulinen 229: ersättning för immateriell skada när »en till avtal anknuten trygghetsplikt underlåtits»; Nyberg h, JFT 1951 170 f.

Rodhe, § 47 vid not 45—47, pekar på möjligheten av ersättning för sveda och värk »på området för avlämnares garanti för egendoms ofarlighet», han tar likväl inte ställning då rättspraxis inte är klar. — Karlgren, Produktansvaret 125 f, ersättning för sveda och värk kan ifrågakomma trots skadlighetsansvarets kontraktsrättsliga grund.

Se även Ussing 142, Stig Jørgensen, Svie og smerte (Aarhus 1960) 48, Lyngsø, Juristen 1969 388.

Den som orsakat trafikskada — t.ex. en förare som enligt avtal befordrar en person med sin bil — kan bli skyldig betala ersättning för sveda och värk, TrafikFörsäkrL § 6 m. 1.

I följande avgöranden, som berör avtal eller avtalsliknande förhållanden, har ersättning utdömts för sveda och värk eller psykiskt lidande:

HD 1969 II 40: vid förbränning hade antracit utvecklat lukt som trängt in i bostad och varit menlig för vistelsen där; ersättning utdömdes för men orsakad av lukten (ref. utförligare s. 406).

HD 3177/5.12. 1962: ägare av damfrisering ålades betala ersättning för psykiskt lidande orsakat av att kunds hår skadats vid behandling i damfriseringen, vilket hindrat henne att framträda i offentligheten under ca 3 månader. — Jfr *HD 1955 II 31:* ersättning utdömdes åt tredje man i stöd av garanti som tillverkare avgivit på varas omslag.

HD 1950 II 394: patient på förlossningsavdelning i privat sjukhus hade under ett av krampanfall föranlett tillstånd av medvetslöshet fallit från det bord, varpå hon legat, och därvid bränt sig på ett oskyddat värmerör med påföljd att hon fått brännskador, som kvarlämnat förfulande ärr, vilka var till men i hennes arbete som servererska; sjukhuset, som inte ansågs ha vidtagit erforderliga säkerhetsåtgärder, ålades betala ersättning för sveda och värk samt för förfulande ärr som var menliga i den skadades yrke. — Se även *HD 1949 II 208.*

Beträffande förutsättningarna för ersättningsskyldighet i avtalsförhållanden kan man hänvisa till det som gäller för utomkontraktuellt ansvar. Normalt kräves culpa hos den som orsakat skadan. Avtalsförhållandet kan ha relevans vid culpabedömningen i den meningen att detsamma ofta för gäldenären innefattar en skyldighet till omsorg vars åsidosättande lätt uppfattas som vållande.

Ersättning för immateriell skada kan ibland förekomma på basen av strikt ansvar, t.ex. enligt L ang. elektr. anläggningar 1928 § 11 m. 3; Brusiin, Aineettoman vahingon korvaamisesta 55, Hakulinen, Festskr. Ussing 142.

2) Ett avtal kan ha ett starkt *personligt drag* eller innebära ett utpräglat förtroendeförhållande mellan parterna. Åsidosättande av sådana avtal kan orsaka borgenären psykiskt lidande eller innebära en kränkning av borgenärens person. I sådana fall kan ett förstärkt personlighetsskydd vara motiverat i form av ekonomisk gottgörelse. Som

stöd härför kan åberopas de omständigheter som motiverar ersättning för ideell skada vid intrång i upphovs- eller patenträtt.

Frågan om s.k. ideellt skadestånd i avtalsförhållanden har belysts i NJA 1960 s. 63, i vilket avgörande Sveriges HD ogillade arbetstagares krav på ersättning för ideell skada grundat på oriktig uppsägning.
Plikt enligt KollAvtL kan innefatta ersättning för kränkning av ideellt intresse; Kivimäki — Ylöstalo 397.

Det *belopp*, som skall betalas som ersättning för ett ideelt intresse, bestämmes genom prövning. Härvid bör i första hand hänsyn tas till borgenären. Avseende kan även fästas vid gäldenärens culpa. Uppsåt eller grov oaktsamhet kan motivera en större ersättning. Även parternas förmögenhetsförhållanden har relevans.

Se Lyngsø, Juristen 1969 388 f.

III. Varken lag eller rättspraxis ger stöd åt krav på ersättning när ett avtalsbrott spolierat ett icke-ekonomiskt värde som avtalsobjektet kan ha för borgenären — *affektionsvärde* etc.

Se betr. detta problem Kurt Grönfors, Om rättsskydd för affektionsvärden (TfR 1963 597—605).

I princip är det riktigt att inte ge borgenären ersättning. Avtalet uppfattas som en ekonomisk faktor. Borgenärens vid avtalet förknippade intressen bedömes ekonomiskt. Gäldenären har inte anledning att räkna med intressen av annat slag. Också vid avtalsbrott gäller ekonomiska överväganden. Det är därför naturligt att borgenären bär risken för icke-ekonomiska intressen. Vill han skydda sig, har man möjlighet därtill genom en klausul om avtalsvite, som kan inkludera ersättning för icke-ekonomiska intressen.

Se Brusiin, Aineettoman vahingon korvaamisesta 180 f.

Är det riktigt att i alla situationer godta denna negativa ståndpunkt?
Särskilda skäl kan motivera avvikelser.
Det är möjligt att borgenären under avtalsförhandlingarna eller i samband med avtalets ingående gjort klart för gäldenären att avtalet och avtalsvillkoren betingas av speciella icke-ekonomiska intressen. I så fall är det rimligt att beakta detta när avtalsbrottets konsekvenser bedömes. Detta kan ske så, att borgenären får ersättning för kostnader även när sådan ersättning normalt inte skulle ifrågakomma på den grund att gäldenärens bristande uppfyllelse besparat borgenären en ekonomisk förlust. Det

åsidosatta icke-ekonomiska intresset kan sålunda beaktas när gäldenärens ersättningsskyldighet preciseras.

Se s. 359 f.

I extrema fall bör man kunna ta ett steg till och tillerkänna borgenären skälig ersättning för det icke-ekonomiska intresse som spolierats genom bristande fullgörelse från gäldenärens sida. Närmast tänker man på de fall då avtalsvillkoren utformats i syfte att tillgodose ett speciellt icke-ekonomiskt intresse, som borgenären förknippar med avtalet eller avtalsobjektet, och gäldenären varit klart medveten härom. Skälen för en ersättning stärkes om borgenären till följd av avtalsbrottet orsakats ett psykiskt lidande eller gäldenären uppsåtligen handlat i strid med borgenärens intresse.

11. SÄRSKILDA SLAG AV ERSÄTTNING

I. De i det föregående behandlade ersättningsfallen är inte de enda förekommande. Också *andra former* av ersättning kan bli aktuella vid avtalsbrott.

Det är viktigt att man inte driver standardiseringen av ersättningarna så långt att man förbiser väsentliga olikheter. Speciellt när det gäller förutsättningarna för ersättning kan det vara av betydelse att skilja mellan olika typer och former. Gör man det inte, blir bedömningen lätt schematisk och den kan leda till inte önskvärda resultat.

I det följande skall nämnas några fall av ersättning som inte i alla avseenden kan underordnas de i det föregående behandlade ersättningsreglerna: vinstersättning (II), ersättning på basen av avtalsobjektets skadebringande egenskaper (III) samt den kollektiva avtalsrättens plikt (IV).

II. Åtgärder i strid med handlingsnormer, som gäller för gäldenären, kan tillföra denne en vinst utan att borgenären drabbas av en motsvarande förlust. Kan borgenären få medhåll i ett yrkande att denna vinst skall utges till honom — har borgenären rätt till *vinstersättning*?

Rodhe § 43 vid not 2: vinstersättning är inte en följd av avtalsbrott.

Frågan om vinstersättning berör nära det vidlyftiga och komplicerade problemet om återbäring av obehörig vinst. Skyldigheten att utge sådan vinst har härletts ur det faktum att en person vunnit en ekonomisk fördel på en annans bekostnad utan att han kunnat åberopa en rättslig grund härför.

Många av de situationer, som kan konstituera en skyldighet att utge obehörig vinst, har inte något direkt samband med avtal och avtalsbrott. Det kan likväl förekomma

att vinst uppkommer genom att part i ett avtal åsidosätter en för avtalet gällande handlingsnorm. När så är fallet, ligger det nära att inordna kravet på ersättning under reglerna om återbäring av obehörig vinst och uppfatta frågan om vinstersättning som en del av det mera omfattande problemet om följderna av att någon gör en obehörig vinst på en annans bekostnad.

Se betr. frågan om återbäring av obehörig vinst och dess anknytning till avtalsförhållanden, bl.a. Hakulinen 358 ff, A. Vinding Kruse, Restitutioner (København 1950) särsk. 120 ff, 309 ff, Ussing, Erstatningsret 212 ff, särsk. 214, 220, 228; se även Jan Hellner, Om obehörig vinst särskilt utanför kontraktsförhållanden (Uppsala 1950) 226 ff.

Det kan å andra sidan sägas, att man kanske inte vinner särskilt mycket genom ett konstaterande att vinstersättningen följer reglerna om återbäring av obehörig vinst. Dessa regler är obestämda och ger därför inte någon säker vägledning för bedömandet av vinstersättning som en följd av avtalsbrott. Det kan därför vara en bättre lösning att frigöra vinstersättningen från återbäring av obehörig vinst i allmänhet och se den som en del av problemet om ersättning till följd av avtalsbrott.

En analys av denna problematik skall inte göras här. Framställningen begränsas till behandlingen av en detaljfråga som direkt anknyter till ett avtalsbrott. Frågan belyses av följande *exempel:* A innehar en B tillhörig sak (som lån eller deposition) och låter, utan Bs medgivande, C använda den mot betalning. A har överskridit de befogenheter, som avtalet med B ger honom, och har därigenom erhållit en vinst. Någon förlust behöver inte ha uppkommit för B.

Kravet på vinstersättning grundas på ett avtalsbrott: gäldenären har i strid med den rätt, vilken avtalet ger honom, låtit tredje man använda avtalsobjektet. Skall gäldenären få behålla det vederlag som han uppburit av tredje man?

Sett ur borgenärens synvinkel är det naturligt att en vinst, som uppstått genom att hans egendom utnyttjats, tillfaller honom. I många fall presumerar man att avkastningen av egendom tillfaller ägaren. Borgenären har visserligen inte lidit någon förlust som borde kompenseras. Men han kan sägas ligga närmare än gäldenären att få den uppkomna vinsten. Man kan även hänvisa till de faktorer som ger borgenären rätt till vederlagsersättning när gäldenären själv utnyttjat avtalsobjektet i strid med avtalet (s. 386 f).

En annan sak är att gäldenären enligt vanliga ersättningsregler blir ansvarig för den förlust som kan ha orsakats borgenären genom att avtalsobjektet till följd av nyttjandet minskat i värde.

Gäldenären har intet behov av skydd mot borgenärens krav på vinstersättning. Han har brutit mot avtalets handlingsnormer. Den vinst, som han på detta sätt er-

hållit, saknar rättslig grund. Det föreligger ett starkt motiv för att gäldenären skall utge denna vinst till borgenären.

Se Ussing, Erstatningsret 174 f.

Som stöd för borgenärens krav på vinstersättning kan man åberopa HB 13: 3. Lagrummet reglerar ett specialfall — lega av lösöre utan ägarens samtycke. Det kan anses tillämpligt i den situation som anges i det ovan nämnda exemplet. Den princip, som lagrummet uttrycker, kan dessutom ges en vidare innebörd.

HB 13: 3 kan knappast tillämpas när specialstadganden ingår i lag, t.ex. när en hyresgäst i strid med HyresL § 9 överlåter sin hyresrätt; HyresLs stadganden skall tillämpas, enligt dessa kan hyresvärden häva hyresavtalet (§ 31 m. 1 p. 3), men knappast göra anspråk på den högre hyra som hyresgästen uppburit av den till vilken hyresrätten överlåtits, en annan sak är att hyresgästen är ansvarig för skada som orsakats av lägenhetens innehavare (§ 20 m. 3). — Däremot kan man åberopa HB 13: 3, om den som utan vederlag besitter annans lägenhet, hyr den till tredje man utan ägarens lov. HyresL tillämpas inte då (se § 1).

Även om den princip, som kommit till uttryck i HB 13: 3, kan anses äga giltighet i situationer som inte direkt beröres av lagrummet, kan man inte i stöd av densamma generellt ge borgenären rätt till vinstersättning. Man måste in casu beakta olika faktorer och väga parternas skyddsbehov mot varandra. Mycket talar för att man kan åberopa grunderna för HB 13: 3 när den vinst, som i strid med ett avtal tillförts gäldenären, framträder i ett vederlag som denne uppburit av tredje man. In casu kan en skälighetsbedömning vara motiverad.

HD 1969 II 44 (refererat i DL 1969 rättsfall nr 33, kommentar av Ylöstalo).
HD 1961 II 12: A, som köpt Bs fastighet, skulle enligt avtalet riva och för återuppbyggnad på annan plats dit transportera en bostadsbyggnad belägen på den sålda fastigheten; hyresnämnden tillät ej rivningen. B krävde ersättning för de hyresinkomster som A uppburit efter försäljningen. HD utdömde ersättning med motiveringen att rivningen fördröjts av orsak som ej berodde på B och att B lidit förlust genom dröjsmålet. HovR godkände ersättningskravet då A erhållit obehörig vinst. — De facto var det fråga om vinstersättning, det belopp som HD utdömde, beräknades med ledning av den hyra som A uppburit.

När skyldighet att betala vinstersättning föreligger, är ansvaret inte bundet vid culpa hos gäldenären. I praktiken föreligger dock vanligen vållande.

Jfr vederlagsersättning s. 385.
Stadgandet om vinstersättning i VarumärkesL § 38 m. 3 aktualiseras knappast i avtalsförhållanden. Motsvarande reglering saknas i PatentL (jfr PatentL 1943 § 74 m. 3).

III. Egendom, som genom avtal överlåtes till borgenären eller ställes till hans förfogande, kan ha farliga eller *skadebringande egenskaper:* giftiga födoämnen, svagt kons-

truerade byggnader, maskiner utan tillräckliga skyddsanordningar etc. Om skada orsakas borgenären eller tredje man, uppkommer ett krav på ersättning.

Betr. begreppet skadebringande egenskaper, se bl.a. Karlgren, Produktansvaret 7 ff, han använder termen skadlighetsansvar för att beteckna säljarens ansvar för godsets skadebringande egenskaper. — Se även SjöL §§ 92, 97 m. 2.

Frågan om gäldenärens skyldighet att ersätta den skada, som orsakats av avtalsobjektets skadebringande egenskaper (skadlighetsansvar), är så omfattande att framställningen här måste inskränkas till några allmänna synpunkter.

I många fall är det inte alls fråga om ett kontraktsansvar — skadan har inte drabbat part utan tredje man, eller ersättningsanspråket riktas mot en utanför avtalsförhållandet stående person, vanligen mot tillverkaren av en vara vilken av en återförsäljare överlåtits till den som lidit skada. Synpunkterna i det följande begränsas till de fall då ersättningsansvaret är aktuellt i förhållandet mellan två avtalsparter.

Detta ansvar kan, åtminstone i väsentliga avseenden, bedömas enligt de för vanlig avtalsersättning gällande reglerna: ersättningen skall ge borgenären sådan kompensation att han försättes i samma ekonomiska läge som om avtalet hade fullgjorts riktigt, d.v.s. avtalsobjektet hade varit utan fel. Även de begränsningar, som kan bli nödvändiga med avseende på ansvarets omfattning, kan i stort sett bedömas enligt de riktlinjer som gäller för avtalsersättningen.

Å andra sidan får man inte förbise att de ersättningssituationer, som här avses, starkt påminner om dem som förekommer utanför kontraktsförhållanden. Det är fråga om fysiska skador, som endast medelbart framträder såsom följder av avtalsbrott. Det centrala blir ofta själva skadeorsakandet och inte den ställning och de skyldigheter som den skadeansvarige har i stöd av ett avtal. Avtalsmomentet träder i bakgrunden.

Särskilt i Sverige har man diskuterat frågan huruvida säljarens ansvar för godsets skadebringande egenskaper skall bedömas enligt köplagens felregler eller ej, vanligen har man ansett att köplagens stadganden såsom sådana inte är tillämpliga. Den av svensk praxis godtagna ståndpunkten synes vara att säljaren är ansvarig för skadebringande egenskaper om han garanterat frånvaron av sådana eller om culpa ligger honom till last, på senare tid kan möjligen skönjas ett ansvar som inte förutsätter vare sig culpa eller garanti; se betr. svensk rätt bl.a. Hellner 148 ff, Bengtsson, Om ansvarsförsäkring 202 ff, Om strikt ansvar för skadebringande egenskaper (SvJT 1969 46—51), Karlgren, Produktansvaret 11 ff, 61 ff, 96 ff, Rodhe, JFT 1957 9.

Över huvud har frågan om ansvar för gods med skadebringande egenskaper behandlats rätt mycket i nordisk litteratur; se utom de nämnda arbetena, Hans Saxén, Några synpunkter på säljarens ansvar för skada härrörande av skadebringande egenskaper hos köpgodset (JFT 1962 269—277), Godenhielm 137 ff, Aimo O. Aaltonen, Onko myyjä velvollinen korvaamaan ostajalle sen vahingon, minkä myyty esine on ostajalle aiheuttanut? (LM 1957 298—300), Tavaran virheistä II 211 ff, Lennart Vahlén, Om skadebringande egenskaper (Festskr. Nils Herlitz 1955 369—378), Johs. Andenæs, Om selgerens ansvar for farlige egenskaper ved den leverte gjenstand (Festskr. Henry Ussing 1951 9—18), Tore Sandvik, Ansvar for skadevoldende egenskaper etter norsk rett

(TfR 1964 503—540), Arnholm III 291 f, Ussing 138 ff, Gomard 319 ff, Jørgen Hansen, Sælgerens ansvar for skade forvoldt af ting med farlige egenskaber (København 1965); se även den översikt av nordisk och viss utomnordisk rätt som ges av Karlgren i Produktansvaret 42 ff.

Se även Bertil Bengtsson, Om ansvar för läkemedel (Norsk forsikringsjuridisk forenings publikasjoner nr 54, Oslo 1969).

Det riktiga greppet om ersättning till följd av avtalsobjektets skadebringande egenskaper får man knappast, om man i allt och enbart tillämpar reglerna om avtalsersättning. Man måste ta med synpunkter från det utomkontraktuella ersättningsansvaret. Det är meningslöst att ställa frågan: skall ansvaret uppfattas såsom kontraktuellt eller utomkontraktuellt. Problemet om ansvar för avtalsobjektets skadebringande egenskaper är specifikt och kräver en behandling i överensstämmelse härmed.

Heikonen — Aaltonen, 183 f, synes benägna att tillämpa reglerna om fel i godset, jfr Saxén, JFT 1962 270, 272, som även framhåller att det inte inverkar på sak om det är köparen eller en utomstående som drabbas av skada; se även *HD 1955 II 31* (producent av vara förklarades ersättningsskyldig).

Se även Karlgren, Produktansvaret 13 ff, hans principiella inställning är att säljarens skadlighetsansvar kan anses ha kontraktsrättslig grund.

Det är givet att gäldenären ansvarar för *vållande.*

Culpabedömningen måste beakta de speciella omständigheter som betingas av att avtalsobjektet är eller kan beräknas vara skadebringande. Av särskild vikt är objektets kända eller tänkta användning samt graden av fara för att skada skall uppstå. Sålunda kräves det rätt mycket i fråga om aktsamhet och omsorg när det t.ex. gäller läkemedel eller apparater som kan orsaka stora skador. Aktsamhetsstandarden är hög när riskerna är stora. Vid bedömningen har man inte bara att beakta gäldenärens personliga kvalifikationer och förhållanden utan främst den verksamhet i vilken avtalsobjektet framställes eller behandlas. När en sträng culpabedömning är motiverad, kan man vanligen påvisa någon omständighet som inkluderar vållande. Culpa-ansvaret framstår som den normala ansvarighetsformen.

I inhemsk *rättspraxis* har ansvaret vanligen gjorts beroende av gäldenärens culpa.

HD 1969 II 40 (LM 1970 177): A hade åt B levererat antracit i säckar, i vilka stelnat djurblod fastnat, vid uppvärmningen av As bostad hade illaluktande ämnen fastnat i muren och spritt en generande lukt i bostadsrummen, varför B blivit tvungen att riva och återuppföra eldstaden (kostnader ca 10.000 mk). När B konstaterat att ett rött ämne fastnat på antraciten, hade han frågat A om antraciten kunde användas varvid A, medveten om att i säckarna tidigare transporterats djurblod, meddelat att antraciten utan olägenhet kunde användas för uppvärmning. Då A på grundvalen av den sakkunskap, som man kunde kräva av ett företag som sålde bränsle, borde ha beaktat möjligheten att skada kunde tillskyndas den som använde antraciten, ålades A att ersätta reparationskostnaderna samt att i ersättning för men orsakat av lukt betala 2.000 mk.

HD 1967 II 1: A hade levererat slaktavfall att av B användas som minkföda, avfallet hade varit förskämt med påföljd att 1.300 minkvalpar dött. A befriades från ansvar: på basen av laboratorieundersökning kunde det konstateras att avfallet varit bakterieinfekterat redan då det avlämnats till B, däremot hade det ej utretts att avfallet redan före avlämnandet företett sådana egenskaper att en noggrann undersökning varit påkallad eller att A försummat sådan undersökning av varan som med hänsyn till dess art ålegat honom.

Av övriga hithörande avgöranden kan nämnas *HD 1929 II 585, 1928 II 229, 1924 D II 243.*

Det har ansetts att ansvaret för skadebringande egenskaper i regel förutsätter culpa, Saxén, JFT 1962 271; se även Chydenius I 108, Heikonen — Aaltonen 183. Undantag förekommer likväl, särsk. Karlgren, Produktansvaret 73 ff, se även Hellner 148 ff.

Godenhielm 139: rättspraxis uppvisar knappast någon klar linje men talar möjligen för ett strikt ansvar.

I culpa-ansvaret ingår även ansvar för *medhjälpares* fel och försummelser.

Se särsk. Karlgren, Produktansvaret 75 ff (fabrikations- och konstruktionsfel).

Ibland har ansvaret grundats på en uttrycklig eller tyst *garanti* från gäldenärens sida. Det är inte motiverat att utsträcka garantiansvaret utöver de klara garantifallen. Antagandet att garanti föreligger är vanligen en icke reell konstruktion som inte utgör någon grund för ersättning. Den tysta garantin är ofta en skylt för andra inte redovisade bedömningsfakta.

Betr. säljarens tillförsäkran, Karlgren, Produktansvaret 89 ff.

Kan gäldenären ha *strikt ansvar* för skadebringande egenskaper hos avtalsobjektet och under vilka betingelser kan ett sådant ansvar vara för handen?

SjöL § 97 m. 2 gör avlastaren ansvarig »ändå att fel eller försummelse ej föreligger», enligt m. 1 föreligger culpa-ansvar.

Betr. strikt ansvar se bl.a. Saxén, JFT 1962 271 ff, Bengtsson, SvJT 1969 47 ff, Karlgren, Produktansvaret 96 ff, 127 f, Gomard 322 f.

Rättspraxis ger inte någon klar bild av i vad mån strikt ansvar ansetts möjligt med avseende på skadebringande egenskaper. De avgöranden, i vilka ansvaret inte uttryckligen bundits vid gäldenärens culpa, ger inte tillräcklig upplysning om de omständigheter som domstolarna ansett vara relevanta. Ibland kan man anse eller förmoda att culpasynpunkterna finns med trots att de inte nämnts eller antytts.

HD 1966 II 76 (ref. s. 371). — Frågan om gäldenärens vållande berördes inte. Möjligen kan man anse att det förekommit fel eller försummelse i gäldenärens verksamhet (orena förvaringskärl hade använts).

HD 1956 II 34: B hade i As affär i stället för kritmjöl, avsett att användas som läkemedel för boskap, erhållit ett ämne innehållande blyvitt med påföljd att Bs kreatur insjuknat så

svårt att de måste avlivas. A ansågs såsom ägare till affären ansvarig för den skada som orsakats B. — Se även *HD 1932 II 421*, avgörandet har ej grundats på culpa oaktat sådan uppenbarligen förekommit hos As medhjälpare. — Jfr motiveringen i *HD 1941 II 26*, där i ett liknande fall blyvitt hade sålts i stället för kritpulver, ersättningsskyldigheten grundades på att säljaren inte tillsett att giftiga ämnen förvarades och såldes enligt gällande bestämmelser samt att säljaren såsom affärens innehavare svarade för affärens sakenliga skötsel och för de anställdas oförsiktighet. Denna motivering pekar på ett culpa-ansvar.

HD 1936 II 351: A hade åt B levererat förskämda foderkakor, två av Bs kor hade dött. A ålades ersätta förlusten utan att i domen angavs annan ansvarighetsgrund än fakta i målet. — Se även *HD 1954 II 66*.

Min. (1) i *HD 1954 II 120* ansåg strikt ansvar föreligga (arbetstagare hade skadats av maskin som var farlig).

Det är uppenbart att det inte finns några klara riktlinjer med avseende på ett strikt ansvar för avtalsobjektets skadebringande egenskaper. Man bör inte a priori utesluta möjligheten att ansvaret kan vara strikt. In casu blir avgörandet beroende av olika faktorer och synpunkter. Delvis kan man peka på de omständigheter som kan betinga strikt avtalsersättning (s. 293 ff). Endast några synpunkter skall nämnas.

Gäldenärens egenskap av fackman har relevans: ansvaret kan bedömas strängt när tillverkning av en sak ställer stora krav på sakkunskap. Av betydelse är även om avtalsobjektet normalt skall användas enbart av fackmän eller även av andra personer — i det förra fallet kan ansvaret åtminstone delvis läggas på borgenären med en därav betingad mildring av gäldenärens ansvar. Graden av skaderisk bör även beaktas: ju större riskerna är desto strängare blir vanligen gäldenärens ansvar. Offentlig myndighets kontroll kan ha relevans i det avseendet att gäldenären såsom grund för befrielse från ansvar kan åberopa att föreskriven kontroll förekommit. Åsidosättandet av stadganden eller myndighets föreskrifter om tillverkning, uppbevaring etc. medför normalt ansvar även om culpa i egentlig mening inte kan påvisas.

Se min. (1) i *HD 1942 II 157*, som ansåg att ersättning inte skulle utgå för skada, som orsakats genom användning av hiss, då hissen godkänts av hissinspektör.

Ytterst är det fråga om vilken av parterna som ligger närmare att svara för följderna av ett skadefall. Den bedömningen är inte bunden vid givna fakta.

Jfr den helhetsbedömning som förekommer med avseende på avtalsersättning (s. 346).

Även försäkringssynpunkterna kommer med. Det ligger nära att lägga ansvaret på den av parterna som underlåtit att teckna sedvanlig försäkring. Han tar därmed på sig en ökad risk, som inte får övervältras på motparten.

Sammanfattningsvis kan sägas att gäldenärens skyldighet att betala ersättning på basen av avtalsobjektets skadebringande egenskaper i första hand bygger på ett culpaansvar jämte ansvar för medhjälpares fel och försummelser. Särskilda omständigheter

—i det föregående nämnda eller andra — kan likväl betinga strikt ansvar. En konkretisering härav skulle kräva en analys av olika avtal och skadesituationer. Det är även uppenbart att de olika ansvarighetsformerna går in i varandra på ett sådant sätt att en klar gränsdragning inte är vare sig möjlig eller önskvärd.

Saxén, JFT 1962 271 f, framhåller att strikt ansvar är närliggande när köpgodset är avsett att förtäras av människor och innehåller giftiga ämnen eller på annat sätt medför fara för liv eller allvarlig kropsskada; betr. andra fall, t.ex. fara för rätt allvarlig skada av köpgods som är avsett att förtäras av djur och innehåller giftiga ämnen, uttalar han (274) att det knappast är av någon större betydelse om man anser strikt ansvar föreligga eller om man anser ansvaret vila på culparegeln men utsträcker kravet på omsorg mycket långt.

Borgenärens åtgärder eller underlåtenhet kan utesluta gäldenärens ansvar.

Se Saxén, JFT 1962 273. — *HD 1946 II 6:* minkar hade dött då de utfordrats med kött (självdött djur); säljaren ålades inte ersättningsskyldighet då ägaren av minkfarmen varit medveten om huru ömtåliga minkar är och han använt köttet utan att iaktta nödig försiktighet. — Se även *HD 1945 II 139, 1940 II 56.*

Gäldenären kan även tänkas gå fri från ersättningsskyldighet på den grund att ansvaret bör bäras av en person utanför avtalsförhållandet, t.ex. avtalsobjektets tillverkare.

Se *HD 1955 II 31, 1937 II 133.*

Den ersättning, som kan komma att utdömas för förluster orsakade av avtalsobjektets skadebringande egenskaper, stiger lätt till stora belopp. Ersättningsskyldigheten kan därför bli överdrivet betungande för gäldenären. En *jämkning* av ersättningsbeloppet är i sådana fall starkt motiverad. Härvid kan man följa de allmänna riktlinjer som gäller för jämkning av avtalsersättning (s. 370 ff).

Karlgren, Produktansvaret 119 ff, anför vägande skäl för jämkning.

Även ersättning för sveda och värk kan ifrågakomma, beroende på de konkreta förhållandena (s. 397 ff).

Se även Karlgren, Produktansvaret 125 f.

IV. Enligt § 7 i L om kollektivavtal (KollAvtL) kan arbetsgivare eller arbetstagare, som är bunden av ett kollektivavtal, och som medvetet bryter mot bestämmelserna i avtalet, ådömas *plikt.*

Betr. plikt, Vuorio, Työsuhteen ehtojen määrääminen 267 ff, 298 ff, Sipilä, Suomen työoikeuden pääasiat 83 ff, Kaarlo Sarkko, Työehtosopimuksiin liittyvistä tehosteista (LM 1968 313—331) 317 ff, 327 ff och där åberopad litteratur och praxis.

I stöd av KollAvtL § 9 kan enskild arbetsgivare eller organisation, som åsidosatt den i § 8 stadgade arbetsfreds- eller övervakningsplikten, ådömas plikt. Denna är i detta fall en påföljd av att en i lag stadgad skyldighet (fredsplikt) har åsidosatts; då denna är betingad av att ett kollektivavtal gäller, kan en överträdelse av fredsplikten indirekt uppfattas om ett brott mot själva kollektivavtalet.

Plikten är en form av ersättning. Den har uppfattats som ett slags skadestånd, vilket framgår av KollAvtL § 10, som stadgar att man vid fastställandet av pliktens belopp skall beakta storleken av uppkommen skada. Jämsides härmed framträder pliktens karaktär av påtryckningsmedel. Stadgandet om plikt har ansetts ha en preventiv funktion. Däremot bör plikten inte uppfattas som en straffpåföljd.

Sarkko, Työrauhavelvollisuudesta 213.
Jfr Kivimäki — Ylöstalo 371: plikten är en mellanform mellan skadestånd och straff.
Rodhe, § 47 vid not 54, uppfattar plikt såsom ett allmänt skadestånd för avtalsbrott.

Förutsättning för ådömande av plikt är att arbetsgivare eller arbetstagare *medvetet* brutit mot en bestämmelse i kollektivavtalet. Det kräves sålunda kvalificerad culpa.

Enligt KollAvtL § 9 — åsidosättande av freds- eller övervakningsplikt — uppställes inte krav på culpa, ansvaret är i princip strikt men realiter torde alltid någon form av vållande föreligga.

Utdömande av plikt enligt KollAvtL § 7 beror på prövning — »kan ådömas plikt». Den möjligheten är inte utesluten att arbetsdomstolen konstaterar att en bestämmelse i ett kollektivavtal åsidosatts men, beroende på omständigheterna in casu, likväl inte utdömer plikt.

Plikten utdömes till ett av arbetsdomstolen bestämt *belopp* som enligt KollAvtL § 7 är maximerat till ettusen mark för arbetsgivare och etthundra mark för arbetstagare. Plikten bestämmes enligt prövning, varvid hänsyn skall tas »till alla föreliggande omständigheter, i synnerhet till skadans storlek och till graden av ådagalagd skuld» (§ 10). Utdömande av plikt är möjligt även i de fall då avtalsbrottet inte orsakat någon »förmögenhetsskada». Vid prövningen av pliktens belopp har arbetsdomstolen även att beakta sådana synpunkter som med avseende på avtalsersättning kan motivera en jämkning (s. 374 f).

I plikten kan även inrymmas gottgörelse för immateriell skada.

I överensstämmelse med de för kollektivavtal gällande speciella bundenhetsförhållandena kommer plikt (enligt § 7) i regel att ådömas personer som utan att vara parter i kollektivavtalet är bundna av detsamma (KollAvtL § 4). Plikten tillfaller i första hand den som lidit förlust genom avtalsbrottet — även denna kan vara enskild person eller organisation som inte är part. Ifall skada inte uppkommit genom avtalsbrottet, tillfaller plikten den som yrkat på dess utdömande (KollAvtL § 10, L om arbetsdom-

stolen 7.6. 1946 § 11). Kollektivavtalet kan innehålla avvikande bestämmelser om vem plikten skall tillfalla.

Plikten utesluter annan ersättning för åsidosättande av kollektivavtal. Den omöjliggör likväl inte i princip utdömande av ersättning för åsidosättande av arbetsavtal om brottet mot kollektivavtalet samtidigt riktar sig mot det enskilda arbetsavtalet. Stadgandena i KollAvtL § 7 om plikt kan uteslutas eller ändras genom bestämmelse i kollektivavtalet (m. 3).

Se Vuorio, Työsuhteen ehtojen määrääminen 271 ff, Sarkko, Työrauhavelvollisuudesta 5, LM 1968 325 f.

12. MINSKNING AV VEDERLAG

I. Avtalsbrott kan framträda däri att den prestation, som borgenären erhåller, inte till sitt värde motsvarar det som avtalet anger eller förutsätter. Situationerna kan vara olika: överlåten sak (t.ex. köpgods) har fel eller uppgår inte till avtalad kvantitet, ett arbete eller ett uppdrag har fullgjorts felaktigt eller ofullständigt, det sker avbrott i ett varaktigt avtalsförhållande (t.ex. lega eller arbetsavtal) etc. Gemensamt för dessa fall är att gäldenärens prestation till följd av avtalsbrottet inte värdemässigt svarar mot borgenärens vederlag (motprestation). Borgenärens krav på ekonomisk kompensation framträder inte i ett mot gäldenären riktat betalningskrav utan i ett anspråk på nedsättning av vederlagets belopp. Har vederlaget likväl erlagts, kräver borgenären återbetalning.

Ekonomisk kompensation av det slag som nu nämnts, kan benämnas nedsättning av motprestation eller *vederlagsminskning* (prisnedsättning, avdrag på köpeskillingen etc.). Då det är fråga om ett slag av ekonomisk kompensation åt borgenären, har man även använt termen värdeersättning.

Det är närmast en terminologisk fråga om man hänför nu ifrågavarande påföljd till gruppen ersättning eller till en särskild kategori. Vanligen är det fråga om krav på grund av fel i sak (köpgods etc.) — actio quanti minoris.

Allmänna synpunkter på problemet: Hakulinen 159 ff, Aimo O. Aaltonen, Onko actio quanti minoris-periaate katsottava omaksutuksi Suomen oikeudessa? (LM 1957 295—297) och Tavaran virheistä II 132 ff, Rodhe § 49 vid not 31 ff, Arnholm III 262 ff, Ussing 104 f, Christensen 50 ff.

I här avsedda fall är det vanligen möjligt för borgenären att alternativt kräva avtalsersättning. Ett sådant krav vidlådes av osäkerhet i två avseenden. För det första kan det vara vanskligt för borgenären att bevisa ersättningsbeloppets storlek. Jämförelsen mellan det hypotetiska och det faktiska händelseförloppet är ofta svår. I av-

talsersättningen kan även ingå minusposter som reducerar ersättningens belopp. För det andra är avtalsersättningen ofta beroende av culpa på ett sådant sätt att exculpering befriar gäldenären från ansvar. Detta kan innebära att borgenären icke har framgång i sitt ersättningsyrkande.

Genom att kräva nedsättning (minskning) av sin motprestation — t.ex. köppriset— kan borgenären åtminstone delvis eliminera dessa osäkerhetsmoment. Värdeersättningen innebär en förenkling och standardisering av ersättningsberäkningen. Man isolerar den förlustpost, som avser egendomens värde, och ersätter endast denna. Värdeersättningen beräknas på grundvalen av det vederlag som avtalats: prestationens och motprestationens värden ställes mot varandra.

Se Rodhe § 49 vid not 32.

Om prestationen omfattar annat än en sak (t.ex. fullgörande av uppdrag), sker en motsvarande reducering utgående från den faktiska prestationens beräknade värde (nedsättning av provision etc.).

I värdeersättningen ingår inte andra poster än den nämnda. Ersättning för kostnader, som avtalsbrottet orsakat, medtas sålunda inte. Dessa kostnader, liksom förlust orsakad av avtalsobjektets reducerade användning etc., ingår däremot i avtalsersättning som kan ifrågakomma vid sidan av nedsättning av motprestation.

Ofta är det likgiltigt om man uppfattar ett krav som anspråk på avtalsersättning eller som prisminskning — t.ex. när köparen kräver ersättning för saknade reservdelar, som han anskaffat genom täckningsköp. Detsamma kan vara fallet då borgenärens anspråk gäller ersättning för rådighetsfel, vilka anspråk ofta betecknats som ersättningskrav ehuru de lika väl kan uppfattas som anspråk på prisnedsättning. Om gäldenärens ansvar för avtalsersättning är strikt, är den allmänna förutsättningen för påföljd densamma oberoende av huru man konstruerar kravet — vederlagsminskning är nämligen inte beroende av culpa (IV).

Se Rodhe § 49 vid not 64 (med avseende på rådighetsfel).

Prisminskning har ibland uppfattats som partiell hävning. Med reservation för kvantitetsfel föreligger det inte anledning att jämföra vederlagsminskning och hävning.

Se Alméns § 42 vid not 45.

Enligt uttryckliga *lagstadganden* förekommer en nedsättning av avtalat vederlag i hyres- och legoförhållanden.

HyresL ger hyresgästen rätt till skälig nedsättning av hyran om lägenheten inte är i färdigt skick när tillträde skall ske (§ 15) eller i bristfälligt skick under hyrestiden (§ 16). — Se även JordlegoL §§ 15 m. 3, 16, VattenL 11: 19.

Godenhielm, Uusi huoneenvuokralaki 117, 125 f, Hakulinen, Vuokraoikeus I 60 f, 62 f, 70, Lejman 159 f.

Jfr tillämpningen av den s.k. pro rata-regeln i försäkringsrätten; FörsAvtL §§ 6, 45.

II. Frågan om vederlagsminskning har främst aktualiserats med avseende på *köp* — godset har fel eller uppgår inte till avtalad mängd. I den inhemska rättslitteraturen har en livlig debatt förts.

Se främst Godenhielm, 116 f, som redogör för den förda diskussionen och för rättspraxis; Hakulinen 161 f, Heikonen — Aaltonen 161 ff.

SvKöpL reglerar prisnedsättning för såväl speciesköp (§ 42) som leverans (§ 43); Hellner 142; se betr. äldre svensk rätt, Aléen § 42 vid not 15 ff.

I tysk och schweizisk rätt förekommer prisnedsättning vid köp under benämningen Minderung; BGB §§ 462, 472, 473, SchwOR Art. 205.

Prisminskning kan även bli aktuell när avtalsobjektet har ett rättsligt fel, såld fastighet graveras t.ex. av en större inteckning än säljaren uppgivit.

Se Wrede — Caselius 244.

Det föreligger ingen godtagbar anledning att med avseende på prisminskning skilja mellan speciesköp och leveransavtal eller att — såsom ibland gjorts — göra prisminskningen beroende av att säljaren förfarit svikligt eller haft vållande. Det som nedan sägs om allmänna förutsättningar för krav på vederlagsminskning, gäller även köp.

HB 1: 4, som endast innehåller stadganden om hävning och skadestånd, kan inte åberopas som stöd för en motsatt uppfattning. Det är helt orealistiskt att anse att detta föråldrade lagrum skall lösa alla frågor rörande fel i godset. Om reella skäl talar för andra lösningar, bör man tillåta sådana.

Se betr. detta problem Taxell, JFT 1961 207 f, Godenhielm 117 f.

A.å. Hakulinen, 159 ff, som härleder anspråket på prisminskning vid leverans från köparens rätt att påfordra ny leverans när det avlämnade godset har fel, medan han i fråga im speciesköp ej ger köparen prisnedsättningskrav då köparen i detta fall inte har krav på ny prestation.

Rättspraxis ger inte någon klar bild av köparens rätt till prisminskning. Möjligen kan den reflexionen göras, att utvecklingen går i riktning mot en vidgad tillämpning av prisnedsättning.

Beträffande *leveransavtal* kan det konstateras, att praxis godkänner köparens prisminskningskrav utan hänsyn till säljarens culpa.

HD 1950 II 421, 1945 II 162, 1936 II 245 och övriga av Godenhielm (123 ff) nämnda avgöranden.

Med avseende på *specieskköp* har praxis varit mera restriktiv. Man kan sluta sig till att prisnedsättning medgivits när säljaren förfarit svikligt. I övrigt är läget osäkert.

HD 1956 II 35: (byte av bilar) part, som förbundit sig att betala ett belopp som prisskillnad, befriades från betalningsskyldighet då den andra parten förfarit svikligt genom att underlåta att yppa ett fel. — Se även av Godenhielm, 121 f, refererade opublicerade avgöranden.

Se även Godenhielms kommentar till HD 2246/8.9. 1960, LM 1964 838—845.

Utanför svek-fallen kan man nämna följande avgöranden, som ger stöd för krav på prisminskning vid specieskköp:

HD 1958 II 34: såld bil hade fel, det hade ej utretts att säljaren varit medveten om felet, köparens krav på prisnedsättning godkändes.

HD 1951 I 11: köparens krav på prisnedsättning godkändes då säljarens ombud lämnat oriktiga uppgifter om den sålda bilen.

Se även *HD 1941 II 64.*

III. Grundtanken bakom kravet på vederlagsminskning är att det ekonomiska jämviktsläge som avtalet skapat — avtalsbalansen — rubbats till följd av felaktig eller bristfällig prestation. Ett naturligt sätt att återställa det rubbade förhållandet är att sänka vederlaget så att värderelationen mellan prestationen och borgenärens motprestation är densamma som enligt avtalet. Borgenären får visserligen en prestation som har ett mindre värde, men det vederlag han skall erlägga minskas i motsvarande mån — avtalsbalansen återställes.

Detta är en enkel lösning. I den mån prestationens minskade värde kan bestämmas är det lätt att räkna ut nedsättningen av vederlaget. Särskilt när avtalsbrottet är av så ringa betydelse att hävning är utesluten, är vederlagsminskningen en praktisk lösning. Detsamma gäller om en hävning ter sig mindre ändamålsenlig för gäldenären eller för borgenären.

Exempel: mindre fel eller brist i köpgodset, övergående brist i en hyreslägenhets skick eller tillfällig begränsning i dess användning.

Jfr JordlegoL § 16: omprövning av legoavgiften kan ske endast om möjligheterna att nyttja legoområdet undergått väsentlig minskning; orsaken skall ej bero av part; legotagaren får vidkännas följderna av mindre väsentliga rubbningar, en viss riskfördelning har på detta sätt genomförts mellan parterna; se även § 61.

Se även IntKöpL art. 46: prisnedsättning förutsätter primärt att felet är väsentligt, om ett blott oväsentligt fel är för handen, kan prisnedsättning ifrågakomma efter det säljaren, sedan honom förelagts en »Nachfrist», underlåter att fullgöra avtalsenligt eller att reparera felet. — Se Godenhielm, DL 1965 108, Scand. Studies in Law 1966 28 ff.

Ur borgenärens synpunkt erbjuder det inte några betänkligheter att betrakta vederlagsminskningen som en *allmän påföljd* av avtalsbrott. För borgenären utgör den blott

ett alternativ — han kan, om han anser det vara förmånligare, i stället kräva avtalsersättning. Likaså kan avtalesersättning ifrågakomma som en komplettering till vederlagsminskningen. När avtalsbrottet är väsentligt, kan borgenären häva avtalet om han inte nöjer sig med vederlagsminskning.

För gäldenären kan en vederlagsminskning vara ofördelaktig. Det är t.ex. möjligt att ett fel, som avsevärt minskar godsets värde för köparen, av säljaren kunde avhjälpas utan större kostnader. Det kan för gäldenären vara betydligt förmånligare att återfå avtalsobjektet än att få ett nedsatt vederlag.

En rimlig lösning av den intressemotsättning, som här möter, är att man ger företräde åt gäldenärens skyddsintresse i de fall då en prisminskning för gäldenären innebär en oskälig lösning och borgenären har andra rättsskyddsmedel till sitt förfogande, t.ex. hävning. Lojalitetskravet får inte åsidosättas. Vad detta konkret innebär kan inte genrellt anges. Såsom exempel kan nämnas att en köpares krav på prisminskning helt eller delvis bör kunna underkännas om köparen utan tillräckliga skäl tillbakavisat säljarens erbjudande att avhjälpa fel i godset eller att prestera nytt gods i stället för det felaktiga.

Betr. huvudsynpunkterna bakom prisnedsättningen, se bl.a. Sundberg 81 ff.

I *rättspraxis* har frågan om vederlagsminskning bedömts med avseende på olika typer av avtal. Man kan nämna bl.a. följande avtal och domstolsavgöranden:

Köp av lös egendom (ovan II)

Fastighetsköp

HD 1969 I 2: prisminskning godkändes, fastighetens areal var mindre än säljaren uppgivit vid köpet (26 ha pro 30 ha); som motivering anfördes att säljaren i fråga om arealen givit köparen en felaktig (erheellinen) uppfattning som väsentligen påverkat priset. — *HD 1939 II 194, 1936 II 273*; jfr *HD 1938 II 158:* krav på prisnedsättning (fastighetens areal var mindre än förutsatts) ogillades då det ej visats att säljaren givit sådan garanti beträffande arealen som köparen gjort gällande.

Entreprenadavtal

HD 1968 II 51: en medlem av HD nedsatte vederlaget enligt skälighetsprövning (»kohtuuden mukaan») då prestationen enligt entreprenadavtalet (brunnsborrning) inte i alla avseenden var duglig; majoriteten (3) ansåg att borgenären på grund av väsentligt fel i prestationen var berättigad att vägra ta emot prestationen, varför gäldenärens anspråk på avtalat vederlag ogillades. — *HD 1946 II 234.*

Avtal om reparation

HD 1948 II 213: A hade reparerat Bs bil, då reparationen inte utförts med tillräcklig omsorg hade B haft tilläggskostnader för bilens iståndsättande, det A tillkommande vederlaget nedsattes. — Detta fall kan även bedömas som avtalsersättning.

Hyresavtal (före HyresL)

HD 1945 II 11: hyresnedsättning för den tid lägenheten ej kunnat användas till följd av reparation.
HD 1942 II 159: hyresnedsättning (25 %) för den tid vattenledningen varit avstängd. — *HD 1958 II 29*; se även *HD 1942 II 177.*

Förmedlingsavtal
HD 1932 II 193: nedsättning av förmedlingsprovision; fastighetsförmedlare var berättigad blott till en sådan del av utfäst provision som svarade mot hans åtgärder för att få till stånd försäljning. — Betr. de speciella problem, som uppstår med avseende på förmedlingsprovision, se Hans Saxén, Om förmedlingsprovision vid köp (JFT 1958 1—59) 38 ff.

Rätten till vederlagsminskning begränsas inte till någon eller några enstaka typer av avtal eller prestationer. Denna påföljd av avtalsbrott är en naturlig konsekvens av en strävan att genomföra avtalet på ett sådant sätt att prestation och motprestation värdemässigt så nära som möjligt motsvarar varandra utgående från det läge som avtalet fixerat. Giltigheten av detta övervägande begränsas inte till bestämda avtalstyper.

Se Nial, Annonsavtalet 48 ff, Ussing 104 f, Arnholm III 265 f.

Särskilda skäl kan betinga att man i fråga om vissa avtalsprestationer frånkänner borgenären rätt till vederlagsminskning. Endast en undersökning av olika avtalstyper kan klarlägga när så är fallet.
I ett arbetsförhållande har arbetsgivaren inte rätt att innehålla en del av lönen om arbetstagarens prestation är svagare än avtalet förutsätter. Detta gäller inte ackordslön i de i ArbAvtL § 20 m. 1 nämnda situationerna.

Se Arnholm III 266, Sigeman, Lönefordran 152 ff.

IV. Är vederlagsminskning beroende av gäldenärens *culpa*?
Stadgandena om nedsättning av hyra enligt HyresL §§ 15 och 16 förutsätter uppenbarligen inte vållande hos hyresvärden. Detta framgår indirekt av att det i samma lagrum säges att hyresgästen, utöver nedsättning av hyran, har rätt till ersättning för skada såframt hyresvärden inte exculperar sig.

Godenhielm, Uusi huoneenvuokralaki 125.
Enligt SvKöpL §§ 42 och 43 förutsätter prisminskningen inte vållande hos säljaren, inte ens beträffande specieskö p, vid vilket köparens ersättningsanspråk är beroende av säljarens culpa. — Se även Alméen § 42 vid not 48, Rodhe § 49 vid not 43 ff, Arnholm III 265; för finländsk rätt Godenhielm 117 f, 126.

Med den motivering, som ovan anförts för kravet på vederlagsminskning, synes det oförenligt att fordra vållande hos gäldenären. Nedsättningen av motprestationen avser att återställa den genom avtalsbrottet rubbade relationen mellan värdena hos

parternas prestationer. Det är fråga om en objektiv bedömning. Orsakerna till rubbningen är inte relevanta. Värdeersättningens syfte kan sägas vara att erbjuda en standardiserad och förenklad ersättningsform.

I överensstämmelse härmed kan man även anse att avseende inte fästes vid att felet eller bristen eventuellt orsakats av force majeure.

Så även Rodhe § 49 vid not 49, Sundberg 203, Portin, JFT 1971 44 not 19.

V. Bestämmandet av vederlagsminskningens (värdeersättningens) *belopp* förutsätter en uppskattning av den oriktiga prestationens värde i relation till riktig prestation. Vid sakprestationer gäller det sålunda att bestämma sakens värde i felfritt och i felaktigt skick. Vederlagsminskningen beräknas så att vederlaget reduceras i förhållande till felet i avtalsobjektet. Uttryckt på ett annat sätt: det reducerade vederlaget skall förhålla sig till det avtalade vederlaget som avtalsobjektets värde i felaktigt skick till dess värde såsom felfritt.

När avbrott sker i ett varaktigt avtalsförhållande, utgår vederlag inte för den tid avbrottet pågått, t.ex. under den tid hyresgäst inte kunnat använda lägenheten. Om prestationens värde för borgenären minskats under viss tid, reduceras vederlaget för samma tid. Om borgenären inte kan styrka det belopp, till vilket vederlagsminskningen bör uppgå, är det domstols sak att företa en uppskattning enligt prövning och med beaktande av vad som är skäligt (jfr RB 17: 6).

HyresL §§ 15 och 16 stadgar att nedsättningen av hyran skall vara skälig; se även Godenhielm, Uusi huoneenvuokralaki 125 f. — Enligt JordlegoL § 15 m. 3 omprövas legoavgiften »i enlighet med de förändrade förhållandena»; se även Hakulinen, Vuokraoikeus I 60 f, 62 f.

Om prestationen är helt oduglig, kan en total nedsättning (befrielse från motprestation) ifrågakomma. I praktiken betyder detta att avtalet häves.

Se *HD 1950 II 73.*

Vederlagsminskning uteslutes inte av att borgenären förfogat över avtalsobjektet.

Annorl. *HD 1929 II 652:* anspråk på prisnedsättning ogillades (levererad järntråd var rostig) då köparen behållit godset och även sålt delar av detsamma.

13. AUTOMATISKA PÅFÖLJDER

I. De i det föregående behandlade påföljderna av avtalsbrott har nästan genomgående kännetecknats av att borgenären framställer ett anspråk mot gäldenären (t.ex. krav på avtalsersättning) eller vidtar andra åtgärder som ingriper i avtalsförhållandet (hävningsförklaring). Det finns också en annan typ av påföljder: de inträder automatiskt *utan yrkande eller annan åtgärd* från borgenärens sida. Ibland förfaller avtalet utan att någon därpå inriktad åtgärd företas (II). I andra fall sker en omfördelning av vissa med avtalet förenade ekonomiska risker (faran för avtalsobjektet, III) eller åvälves part — gäldenären eller borgenären — en förpliktelse som inte tidigare existerat (vårdplikt, IV).

Automatisk påföljd kan inträda i andra än här nämnda fall, en kommissionär kan t.ex. bli ansvarig för betalningen i förhållande till kommittenten om han olovligen medgivit tredje man anstånd; se SvKommissionsL § 19, Rodhe § 42 vid not 11—12.

II. Underlåtenhet att fullgöra ett avtal leder vanligen inte till att gäldenärens avtalsförpliktelser upphör. Principen om fortsatt bundenhet gäller (s. 177). Andra omständigheter, som kommer till, kan likväl resultera i att *avtalet förfaller:* ingendera parten kan framställa något anspråk grundat på avtalet.

Hit räknas inte de fall då borgenären, till följd av att gäldenärens skyldighet att prestera in natura bortfallit, kräver ersättning eller surrogat, inte heller de fall då endast den ena partens avtalsförpliktelse upphör, t.ex. när köparen måste betala priset trots att han inte får det gods för vilket han stått faran. — Hävning innebär inte att avtalet förfaller, anspråk kan fortfarande grundas på avtalet (s. 201 f).

Borgenären kan, oberoende av att avtalet har förfallit, framställa krav som grundar sig på omständigheter som har samband med avtalsbrottet, t.ex. ersättningskrav med anledning av att gäldenären underlåtit att meddela borgenären om sådan omständighet som föranleder att avtalet förfaller. Borgenären kan även ha krav på att återfå erlagd prestation.

I de flesta fall kräves ingen förklaring eller annan åtgärd från borgenärens sida. Avtalet upphör automatiskt.

Några situationer skall nämnas utan att närmare utredas.

1) Avtal kan förfalla till följd av *prestationshinder.*

Omöjlighet fritar gäldenären från att fullgöra sin avtalsförpliktelse. När denna upphör, betyder det ingalunda att borgenären skulle gå förlustig varje anspråk grundat på avtalet. Han kan t.ex. kräva avtalsersättning om gäldenären orsakat omöjligheten. Den egentliga avtalsförpliktelsens bortfall kan likväl, beroende på omständigheterna, leda till att avtalet förfaller. En sådan situation är för handen när objektiv

omöjlighet eller force majeure inträtt med sådan verkan att borgenären inte kan kräva vare sig avtalsprestation eller avtalsersättning.

Godenhielm, Säljarens bundenhet 53 f, Rodhe § 37 vid not 25, Ussing 84. *HD 1947 II 241:* avtal om reparation av fartyg ansågs ha förfallit till följd av gäldenärens inkallelse i militärtjänst under krigstid.

HD 1942 I 16: A, som på avbetalning köpt en motorcykel, ansågs inte vara fri från betalning av den resterande delen av priset på den grund att motorcykeln rekvirerats av försvarsmakten (enl. L om krigstillstånd); de lägre instanserna ansåg att avtalet hade förfallit.

Se även ArbAvtL § 27 m. 2, Työsopimuslakikomitean mietintö 55.

Enligt BGB § 275 blir gäldenären fri sin prestationsskyldighet när det inträder efterföljande omöjlighet för vilken han inte svarar; detta leder i ömsesidiga avtal till att även borgenären befrias från sin förpliktelse (§ 323), avtalet kan sägas ha förfallit; Esser 212, Larenz I 242 f.

Följderna av omöjlighet enligt schweizisk rätt är att gäldenären befrias från sin avtalsförpliktelse, vilket i ömsesidiga avtal leder till att även borgenärens förpliktelse bortfaller (Schw-OR Art. 119); von Büren 386 f.

Omöjlighet, som leder till att avtalet förfaller, kan bestå däri att avtalsobjektet förstörts eller inte kan eller får användas för avsett ändamål.

HyresL § 14 m. 1, Godenhielm 250, Uusi huoneenvuokralaki 110 f. — Betr. äldre rätt se *HD 1945 II 208, 1942 II 169.*

Hakulinen, Vuokraoikeus I 59: om legoföremålet eller väsentlig del därav förstörts innan besittningen övergått till legotagaren, har avtalet förfallit på grund av att avtalets fullgörande blivit omöjligt.

SjöL § 128; Riska, Om försäkring av driftsintresse 193 ff.

Borgensförbindelse förfaller om huvudförbindelsen blir omöjlig att fullgöra av orsaker för vilka huvudgäldenären inte svarar.

Ylöstalo, Takauksesta 213 f.

Avtal kan förfalla till följd av att avtalsobjektet exproprieras (ExproprL § 53).

Vid expropriation utgår ersättning även till den som har nyttjanderätt till egendomen, ExproprL §§ 11, 13.

Exekutiv försäljning av avtalsobjektet kan leda till att avtalet förfaller. Det är härvid fråga om pantavtal och avtal om nyttjanderätt.

UL 5: 38, 50, IntF § 26, JordlegoL §§ 12, 15 m. 2; enligt HyresL § 26 m. 2 har nya ägaren rätt att uppsäga gällande hyresavtal, som sålunda inte automatiskt förfaller.

En enskild bestämmelse i ett avtal kan förfalla — avtalet gäller i övrigt — till följd av en omständighet som hindrar bestämmelsens tillämpning.

HD 1968 II 4: vid fastighetsöverlåtelse hade säljaren förbehållit sig rätt att avverka bestämda träd; då skogen senare fredats, ansågs avverkningsrätten ha förfallit.

2) Avtal kan förfalla på den grund att avtalet inte fullgjorts inom föreskriven *tid*. En tidsbestämmelse i ett avtal kan ha den innebörden att ingendera parten kan påkalla avtalets fullgörande efter tidens utgång. Avtalets ändamål kan t.ex. ha bortfallit när tiden löpt ut. När borgenären, oaktat underlåten fullgörelse från gäldenärens sida, inte har krav på ersättning, kan avtalet anses ha förfallit.

Avtal kan, beroende på omständigheterna, förfalla på den grund att borgenären inte inom avtalad tid vidtagit de åtgärder som ankommer på honom för att avtalet skall bli fullgjort.

Se Ussing 190 f.

HD 1935 I 57: A skulle åt B leverera hudar. B hade mottagit en del av partiet; då A vägrade utge resten krävde B ersättning på basen av täckningsköp. Leveranstiden var enligt avtalet maj månad, B hade först 15 juni kommit för att avhämta det resterande partiet. Då det inte visats att B erhållit uppskov med varans mottagande, ansågs A ha blivit fri sin förpliktelse, varför ersättningsanspråket förkastades.

HD 1932 I 16: A hade av B beställt ett parti regnrockar att levereras i april 1930. A hade meddelat B att han inte tar emot rockarna, något laga skäl för sin vägran hade A inte. B krävde betalning enligt avtalet. Då B inte styrkt att regnrockarna levererats till A inom avtalad tid, ansågs B inte berättigad att kräva avtalets fullgörande, varför betalningsanspråket förkastades.

Se även *HD 1932 II 284.*

Jfr *HD 1945 II 46:* enligt avtal skulle A till B överlåta en sågmaskin mot erhållande av 90 m³ stock. B hade omedelbart levererat 59 m³ och senare 31 m³, detta senare parti hade A vägrat ta emot. B krävde att få maskinen. A ålades att före viss dag överlämna maskinen mot erhållande av 31 m³ stock vid äventyr att avtalet annars förföll. — Avtalet ansågs bindande, men domstol bestämde en frist för prestation, om fristen överskrides, förfaller avtalet.

Ett specialfall regleras i F ang. inskränkningar i vissa bolags och föreningars rätt att förvärva fastighet på landet 15.1. 1915 § 3.

3) Om avtalsobjektet helt eller delvis tillhör *tredje man*, kan följden bli att avtalet betraktas såsom förfallet när tredje man gör sin rätt gällande. Ofta leder detta till att borgenären får ett krav på avtalsersättning. Man tillämpar reglerna om rättsligt fel (s. 309). Ibland bedömer man likväl situationen annorlunda: avtalet förfaller på grund av definitiv omöjlighet. Man kan nämna det fall då borgenären vid avtalets ingående varit medveten om felet. Han har då tagit på sig risken av att avtalet förfaller, om tredje man hävdar sin rätt. Något krav grundat på avtalet kan inte riktas mot gäldenären.

Rodhe § 37 vid not 26.

HD 1955 II 38: A hade till B sålt den del av en lägenhet som vid framtida avvittring efter As avlidna man beräknades tillfalla A. Vid avvittringen hade A avstått från anspråk på del i fastigheten; köpet ansågs därmed ha förfallit, erlagt pris skulle återbetalas.

Se även *HD 1938 II 281:* leveransavtal rörande stock ansågs ha förfallit då det mellan säljaren och skogsägarna ingångna avtalet inte biträtts av en av delägarna i skogen; köparen var medveten om att samtycke från en delägares sida inte ännu förelåg när köpet avslutades.

När vid en alternativ obligation valrätt tillkommer tredje man och denne underlåter att välja, förfaller avtalet; Hakulinen 71.

Ett specialfall — legoområde har genom skifte tillfallit annan jordägare än legogivaren — regleras i SkiftesL §§ 162, 163; legoavtalet kan förfalla; se även Hakulinen, Vuokraoikeus I 64.

4) Vanligen måste borgenären, om han vill göra en påföljd gällande, inom viss tid — utan oskäligt uppehåll, inom skälig tid etc. — reagera mot avtalsbrottet (reklamation) eller framställa ett yrkande. Om borgenären underlåter detta, leder hans *passivitet* till att han förlorar sin rätt till yrkanden grundade på avtalet eller avtalsbrottet. Detta kan de facto innebära att avtalet förfaller (se s. 478).

Förlust av anspråk betyder inte i och för sig att avtalet har förfallit. Att hävningsrätten förlorats innebär t.ex. att avtalet består. Här ifrågakommer egentligen blott de fall då borgenären genom sin passivitet går miste om rätten att kräva avtalsprestation. Förlusten av detta krav behöver inte nödvändigt utesluta andra anspråk, t.ex. på ersättning. I praktiken är krav grundade på avtalet likväl i regel uteslutna, om borgenären genom passivitet förlorat sitt anspråk på prestation in natura.

III. Part står *faran* (risken) för avtalsobjektet (godset) när han bär de ekonomiska följderna av att godset förstöres eller skadas till följd av åtgärd eller händelse som inte kan tillräknas honom eller någon för vilken han svarar (medhjälpare etc.). Part kan sägas ha strikt ansvar för ersättning omfattande avtalsobjektets värde.

Se SvKöpL § 17, Rodhe § 31 vid not 6—7. — Se även Riska, Om försäkring av driftsintresse 154 f samt ovan s. 88 ff.

För olika avtalstyper har det utvecklats regler därom vilken av parterna som står faran för godset samt vid vilken tidpunkt och genom vilka åtgärder faran övergår från den ena parten till den andra. Den sålunda reglerade riskfördelningen kan rubbas av ett avtalsbrott: faran övregår på den part, som svarar för avtalsbrottet, eller det sker en förlängning av den tid under vilken han står faran.

Det är knappast möjligt att formulera för alla avtal och avtalsförpliktelser gemensamma regler om huru ett avtalsbrott påverkar risken för avtalsobjektet. Också i fråga om enskilda avtalstyper kan variationer förekomma. Generellt kan man endast ange några riktlinjer.

I det följande nämnes några typsituationer i vilka faran för avtalsobjektet kan påverkas av ett avtalsbrott.

1) Parts underlåtenhet att ta emot erbjuden prestation — *bristande medverkan*, mora accipiendi — leder vanligen till att faran för godset övergår på honom. Faran för godset bedömes som om part skulle ha medverkat på det sätt som avtalet förutsätter. Förändringen med avseende på faran är inte beroende av culpa hos part eller av fel eller försummelse hos hans medhjälpare.

Se Hakulinen 78, Ussing 198 samt med avseende på köp av lös egendom, Godenhielm 191 f, Portin 203 f, Alméns kommentar till SvKöpL § 37, Hellner 70 ff.
HD 1928 II 34 samt övriga av Godenhielm, 155 f, refererade avgöranden.

Att godset inte överlämnats kan även bero på att part inte fullgjort sin motprestation — köparen utfår inte godset då han inte betalat priset. Faran övergår på samma sätt som vid bristande medverkan i egentlig mening.
Förutsättning för farans övergång är att den som skall avlämna godset, gjort det som ankommer på honom för att avtalet skall kunna fullgöras.

Den situation, som här berörts (med avseende på köp), har i finländsk rätt betydelse endast för leveransavtal; vid speciesköp anses faran ha övergått redan tidigare (vid avtalsslutet, om inte annat avtalats), varför en förändring med avseende på faran för godset inte sker vid köparens bristande medverkan, annorl. SvköpL § 17.

2) Faran för godset kan påverkas av att innehavaren (gäldenären) inte överlämnar det till ägaren (borgenären) i rätt tid. Frågan gäller påföljder av *gäldenärens dröjsmål.*
En allmän riktlinje, från vilken avvikelser av särskilda skäl kan förekomma, är att faran för godset förändras genom dröjsmålet.

BGB § 287, SchwOR Art. 103.

Vid *överlåtelseavtal* — köp etc. — övergår faran ofta först när godset avlämnats av överlåtaren eller mottagits av förvärvaren. Dröjsmålet betyder i detta fall en förlängning av den tid under vilken gäldenären står faran för godset. Om däremot faran redan tidigare övergått på borgenären — såsom vid speciesköp — återgår den till gäldenären. Denne står i regel faran för godset så länge dröjsmålet varar. Omständigheter in casu kan likväl undantagsvis motivera en annan riskfördelning.
Dröjsmål kan leda till att borgenären häver avtalet. I detta fall har faran inte övergått till borgenären.

Situationen bedömes på samma sätt som enligt p. 4

Ägaren står normalt faran för gods som *upplåtits* åt annan — pant, lega, deposition, lån etc.

Se HB 10: 4, 12: 2 enligt vilka lagrum innehavaren ej svarar för skada orsakad av våda; Rodhe § 31 vid not 11 ff.

Vid en del fraktavtal står fraktföraren faran för godset; se JärnvTrafikS § 87, Poststadga 22.9. 1944 §§ 17, 18 (rekommenderade och assurerade försändelser).

Se även SjömansL § 42 (redares ansvar för förlust av sjömans personliga egendom vid fartygets förolyckande etc.).

Om innehavaren inte återlämnar godset när han enligt avtalet är skyldig att göra det, ligger det nära att låta innehavaren stå faran. Man kan främst peka på att den ändrade faktiska risk, som är en följd av godsets överlämnande i gäldenärens besittning, inte skall bäras av ägaren under längre tid än avtalet anger eller förutsätter. En förlust, som visserligen inte orsakats men likväl möjliggjorts av gäldenärens avtalsbrott, borde i första hand bäras av gäldenären.

Se Kivimäki—Ylöstalo 376, Palmgren—Olsson 144, Hernberg 79: det är en generell regel att faran övergår vid mora, t.ex. vid lån och lega. En utförlig redogörelse och bedömning av hithörande situationer har givits av Hjalmar Karlgren, »Perpetuatio obligationis» (TfR 1955 361—385), Ph. Hult, Perpetuatio obligationis (Festskr. Ussing, 1951, 165—206). — Rodhe, § 42 vid not 6, framhåller med avseende på förpliktelser att med omsorg åstadkomma ett resultat att det är ovisst i vilken utsträckning faran övergår när särskilda handlingsregler överträtts.

SchwOR Art. 103 m. 1: gäldenären ansvarar för »Zufall» medan mora pågår; så även BGB § 287, Larenz I 271.

Det som här sagts om faran för godset vid innehavarens dröjsmål, är inte alltid tillämpligt. Man bör visserligen eftersträva fasta regler om vem som står faran för godset. Men man får inte godta en schematisk lösning som förbiser väsentliga omständigheter in casu. Riskfördelningen mellan parterna är — när stadganden saknas — en bedömningsfråga: vilken av parterna ligger närmare att bära de menliga konsekvenserna av ett avtalsbrott. Rättsskyddsbehovet gör sig gällande också här — närmast i den meningen att gäldenären bör skyddas mot betungande och oskäliga verkningar av ett avtalsbrott. Det kan också vara omotiverat att låta borgenären på gäldenären övervältra en risk som han normalt bär själv. Frågan om vem som står faran för godset påverkas in casu av synpunkter som här nämnts. Man har likväl anledning att utgå från att gäldenären är ansvarig.

Det är knappast skäligt att den som t.ex. lånat en bok från ett allmänt bibliotek, alltid står faran om inte boken återlämnats inom förfallotiden.

Det är naturligt att gäldenären går fri från ansvar om han styrker att avtalsobjektet skulle ha förstörts eller skadats även om något dröjsmål inte hade skett.

Kivimäki—Ylöstalo 376, Karlgren, TfR 1955 361.

Den som hyrt en byggnad men inte flyttat bort när hyrestiden utgått, svarar inte för skada som drabbat byggnaden t.ex. genom blixtnedslag.

Jfr kausalitetsprincipen inom försäkringsrätten, t.ex. FörsAvtL § 51.

När risken för avtalsobjektet, i de fall som nämnes i denna punkt, övergår till gäldenären, betyder detta att gäldenären blir skyldig att betala borgenären ersättning, om objektet skadas eller förstöres. I andra hand uppkommer sålunda ett ersättningsanspråk för borgenären.

3) Frågan om faran för avtalsobjektet kan bli aktuell när en gäldenär, som innehar borgenären tillhörig egendom t.ex. som lån eller deposition, *använder* den *i strid med avtalet* eller dess syfte.

Exempel: innehavaren använder en bil, som lämnats till honom för förvar eller som pant, bilen skadas av våda i samband med användningen.

Om dessa situationer kan allmänt sägas, att de i huvudsak bör bedömas på samma sätt som dröjsmålsfallen (p. 2). En klar riskfördelning existerar således inte.

Se motiveringen i *HD 1932 II 391:* häst, som omhänderhafts av A för skolning, skadades av våda och måste avlivas; då det ej visats att A vid olyckstillfället nyttjat eller vårdat hästen i strid med avtalet och då A ej heller åtagit sig att ansvara för våda, underkändes ägarens krav på ersättning.

I viss utsträckning kan man ta hänsyn till gäldenärens culpa. Det ligger t.ex. närmare att anse gäldenären stå faran om han medvetet nyttjar godset i strid med avtalet än om det användes t.ex. av en medhjälpare utan gäldenärens medverkan och vetskap.

4) *Fel* i prestationen kan ha betydelse för farans övergång från gäldenär till borgenär.

Exempel: köpgods har fel eller gods fraktas med annat än avtalat transportmedel.

Riskfördelningen blir vanligen beroende av om borgenären till följd av felet har rätt att häva avtalet eller inte.

Om hävningsrätt är för handen — felet är väsentligt — har faran inte övergått om borgenären häver avtalet. Avtalet betraktas såsom inte fullgjort. Det är därför inte någon anledning att låta borgenären stå faran. I överensstämmelse härmed är t.ex. en köpare inte skyldig att betala avtalat pris om levererat gods, som hade fel vid avlämnandet, förstörts under transporten och köparen häver avtalet med anledning av felet.

Se Hakulinen 80, SvKöpL § 58, Rodhe § 42 vid not 3.

Borgenären kan underlåta att utöva sin hävningsrätt. Han står då faran för godset enligt vanliga regler oavsett felet.

När hävningsrätt inte är för handen — ringa fel — gäller vanliga regler om farans övergång. Felet påverkar inte riskfördelningen mellan parterna.

Betr. vissa fel vid godstransport, se Rodhe § 42 vid not 10.

IV. Ofta har part en skyldighet att vårda egendom som tillhör den andra parten eller som denna annars har rätt till — *vårdplikt*. En sådan vårdnadsskyldighet förekommer vid lån, lega, handfången pant etc. Delvis är vården motiverad av innehavarens egen fördel. Huvudsakligen är det likväl fråga om parts skyldighet att tillvarata den andra partens intresse — lojalitetskravet gör sig gällande.

Ett avtalsbrott kan ha konsekvenser med avseende på vårdplikten.

Tre typsituationer nämnes i det följande.

1) Part kan som en följd av ett avtalsbrott bli skyldig att *fortsätta att vårda* andra parten tillhörig egendom oaktat vårdplikten enligt avtalet borde ha upphört.

Den fortsatta vårdplikten kan vila på den part som brutit mot avtalet. Detta är fallet när den, som innehar egendom, t.ex. såsom lån eller på lega, underlåter att återlämna egendomen när avtalstiden är ute (gäldenärens dröjsmål).

Fortsatt vårdplikt kan även vara en följd av att den part, som inte innehar egendomen, brutit mot avtalet. Sålunda är en säljare skyldig att fortfarande vårda köpgodset när köparen inte avhämtar det eller när godset inte avlämnas till följd av utebliven betalning. Även vid andra avtal än köp kan en motsvarande situation uppkomma.

Godenhielm 185 ff, Portin 189 ff, Heikonen — Aaltonen 210 f; SvKöpL § 33, Almén § 33 vid not 39 ff, Hellner 124 f, Ussing 193.

2) Avtalsbrott kan medföra en skyldighet för part att *omhänderta* motparten tillhörig egendom och vårda denna för hans räkning.

Från köprätten kan man främst nämna det fall då säljaren avlämnat godset men köparen avvisar detta på grund av dröjsmål eller fel.

SvKöpL §§ 55, 56, Godenhielm 148 ff, Almén § 55 vid not 1 ff, § 56.

3) Part kan ha en egentlig *retentionsrätt*. Med denna är alltid förenad en skyldighet att vårda den omhändertagna egendomen. Det kan vara fråga om fortsatt vård, t.ex. hantverkares rätt att innehålla godset till säkerhet för reparationskostnaderna. I andra fall tar part, t.ex. hyresvärd, motpartens gods i sin besittning med därav betingad vårdplikt.

L om rätt för hantverkare att sälja gods som ej avhämtats, 20.6. 1952 § 1, HyresL § 50, JordlegoL § 20. — Betr. retentionsrätt s. 249.

I de fall då avtalsbrott aktualiserar en vårdplikt bestämmes innebörden och omfattningen därav enligt vanliga regler om innehav av annans egendom. Innehavaren bör iaktta den omsorg och försiktighet som förutsättes av den för honom gällande aktsamhetsstandarden. Det är fråga om ett normalt culpa-ansvar. Den omständigheten att vårdplikten eventuellt framkallats av motpartens avtalsbrott ändrar intet häri. Det allmänna lojalitetskravet gäller även i en sådan situation. Likaså svarar innehavaren på vanligt sätt för medhjälpares fel och försummelser.

A.å. Hernberg 78: vårdnaden skall efter mora bedömas enligt en mildare måttstock, det »mått av vårdnad som medkontrahenten ägnar sina egna angelägenheter».

Kostnaderna för egendomens vård bör normalt bestridas av den part som brutit mot avtalet. Detta gäller oberoende av om det är fråga om fortsatt vård eller om omhändertagande av egendom. Sålunda skall vårdkostnaderna bestridas av säljaren om han inte i rätt tid avlämnat godset, av köparen om denne inte avhämtat godset på avtalad tid etc. När innehavaren av godset enligt avtalet svarat för vårdkostnaderna, t.ex. i fråga om handfången pant, övergår ansvaret för vårdkostnaderna på ägaren om innehavet till följd av avtalsbrott fortsätter utöver avtalstiden.

Se Godenhielm 185; SvKöpL § 36, Alméen § 36 vid not 2 f, Ussing 195. *HD 1937 II 452:* köparen hade avvisat inte avtalsenligt gods och insatt det i hyrt lager säljaren ålades betala magasinshyra.

Åsidosättande av vårdplikt, som aktualiserats av ett avtalsbrott, leder normalt till skyldighet att ersätta den förlust, som orsakats motparten, vanligen i form av minskning av godsets värde. Här gäller, såsom redan framhållits, ett vanligt culpa-ansvar. Dessutom kan andra rättsverkningar inträda, t.ex. att innehavaren går förlustig sin rätt att göra en påföljd gällande då han inte kan återlämna godset i oskadat skick.

Se betr. köp, Godenhielm 149, Alméen § 33 vid not 61 ff.

Vårdplikten kan, särskilt om den fortgår en längre tid, bli oskäligt betungande eller besvärlig för godsets innehavare. Den är avsedd att vara blott övergående. En möjlighet för innehavaren att bli fri sin vårdplikt är att *sälja godset.*

Här skall inte närmare utredas de förutsättningar under vilka part kan anses berättigad att sälja avtalsobjektet. I viss mån bör man bedöma dem olika med avseende på olika slag av avtal och avtalsobjekt. Man har att beakta, dels vilken olägenhet, som vården orsakar den som innehar godset, dels vilken förlust en försäljning kan tänkas medföra för ägaren. Parternas behov av rättsskydd måste ställas mot varandra. Härvid ledes man även in på en väsentlighetsbedömning i den meningen att en försäljning omedelbart efter ett avtalsbrott i regel inte bör förekomma. Den part, som har rätt till godset, bör ges skälig tid att vidta åtgärder som kan leda till att han får

godset i sin besittning. Lojalitetssynpunkten bör beaktas. Denna kräver ofta att innehavaren uppmanar motparten att omhänderta godset eller åtminstone meddelar denne i god tid om den förestående försäljningen. Ägaren har då möjlighet att framställa anmärkningar eller vidta andra åtgärder om han inte finner sig i innehavarens dispositioner. Men enbart genom en invändning kan han inte hindra en försäljning, som inte kräver hans samtycke.

Enligt SjöL § 102 m. 3 kan bortfraktaren under där angivna förutsättningar sälja godset, han har därvid en viss prövningsrätt, se även § 116.

Försäljning är uttryckligen tillåten enligt L om rätt för hantverkare att sälja gods som ej avhämtas, 20.6. 1959 §§ 2, 3; en konkret prövning sker inte i detta fall, det är tillräckligt att 6 månader förflutit efter det arbetet slutfördes och fordringen förföll till betalning (§ 1).

En försäljning blir aktuell främst i de fall då köparen inte avhämtat eller mottagit godset eller då köparen omhändertagit gods som han inte godkänner såsom avtalsenlig prestation. Den omständigheten att inhemsk rätt inte har tillämpliga lagstadganden betyder inte att säljaren resp. köparen skulle sakna rätt att sälja. Den reglering, som förekommer enligt SvKöpL §§ 34 och 55, synes godtagbar också för den finländska rättens del. Förutsättningarna för en försäljning måste dock prövas in casu. Viktigt är att man följer en ordning som i skälig utsträckning beaktar ägarens behov av rättsskydd. Ägaren bör t.ex. beredas möjlighet att omhänderta godset och försäljningen måste ske under sådana omständigheter att ett tillräckligt högt pris kan erhållas.

Betr. detta problem Godenhielm 149, 186 ff, Heikonen — Aaltonen 212 f, Portin 212 ff, Hellner 125, Ussing 194.

Se bl.a. LM 1951 655 (HDs dom 23.11. 1950), *HD 1936 II 340, 437, 1933 II 123, 172, 1926 I 3.*

Se även BGB §§ 383—386; Esser 177.

Försäljning kan ibland vara meningslös, t.ex. när kostnaderna härför är större än godsets värde. Då har part rätt att undanskaffa eller förstöra godset.

SvKöpL § 34 in fine.

När den egendom, som omfattas av vårdplikten, löper risken att förstöras eller förskämmas eller snabbt minska i värde, är innehavaren *skyldig* att sälja. Detsamma kan anses vara fallet om godset kräver oproportionerligt kostsam vård. Även i sådana situationer bör innehavaren av godset i största möjliga utsträckning beakta ägarens intresse.

SvKöpL §§ 35, 55. — Se även DL 1951 rättsfall nr 37.

Om godset tillhör tredje man, får försäljning i regel ske endast med dennes samtycke.

Försäljning sker alltid för ägarens räkning. Detta betyder att en försäljningsförlust drabbar ägaren och att en eventuell vinst kommer honom till godo. Kostnaderna för försäljningen bestrides av ägaren.

HD 1931 II 55: köparen hade utan giltig orsak velat häva köpet; säljaren, som inte samtyckte till hävningen, sålde godset; köparen ålades att betala bl.a. försäljningskostnaderna.

Ägarens intresse kräver att högsta möjliga pris erhålles. Detta förutsätter vanligen öppen konkurrens. Offentlig auktion är därför det naturligaste *försäljningssättet*. Krav på försäljning genom auktion kan likväl inte ställas. Försäljning under hand kan många gånger bättre tillgodose ägarens intresse — när auktion skulle föranleda orportionerligt höga kostnader, när försäljning måste ske snabbt för att undvika förlust, när ett högre pris uppenbarligen inte kan erhållas genom auktion etc. Försäljning utan auktion kan likväl bereda innehavaren av godset svårigheter att visa att ett högre pris inte kunnat erhållas.

Jfr SjöL § 103 som ger direktiv om försäljningssätten.

Se *HD 1941 I 5:* köparen hade utan giltigt skäl vägrat ta emot godset (torkad frukt), säljaren hade sålt godset under hand, varefter han av köparen krävde den förlust som uppkommit; HD (3) förkastade anspråket bl.a. på den grund att godset inte sålts på offentlig auktion varom köparen skulle ha erhållit meddelande; min (2) godkände kravet då det styrkts att det vid försäljningen erhållna priset var det högsta möjliga. — Minoritetens ståndpunkt motsvarar det som ovan sagts.

I de fall då godset kan *deponeras* enligt DeponeringsL, bör innehavaren i regel tillgripa denna åtgärd framom försäljning.

Försäljning av avtalsobjektet när avtalsbrott förekommit förutsätter inte att avtalet hävts. Den är oberoende av hävning. Försäljningen är en konsekvens av innehavarens vårdplikt, eller riktigare av hans behov att bli befriad från fortsatt vårdplikt. Om t.ex. en köpare mottagit felaktigt gods (genus), men vägrar godta det som avtalsenlig prestation, och han sedermera säljer godset för att bli fri sin vårdplikt, är han i princip inte hindrad att kräva avtalets fullgörelse, d.v.s. kräva felfritt gods. Om köparen däremot inte gör anspråk på naturaprestation — i fråga om speciesköp kan han inte göra det — innebär försäljningen de facto hävning ifall inte köparen redan tidigare avgivit särskild hävningsförklaring.

Frågan om försäljningens relation till hävning har närmast diskuterats för det fall då köparen underlåtit att avhämta eller motta godset (bristande medverkan); det har vanligen ansetts att det ej är fråga om hävning, Godenhielm 200 f, Rodhe § 36 vid not 6 ff, Ussing 194, 198; a.å. Portin, 269 ff, 283 ff, som anser säljaren ha hävningsrätt på grund av köparens bristande medverkan; se även s. 205.

Den uppgörelse (avveckling), som bör ske mellan parterna efter det försäljning skett, blir olika beroende på om avtalet hävts eller ej.

Se Godenhielm 201 f.

14. SÄRSKILDA PÅFÖLJDER

I. Ofta har man stannat vid de påföljder av avtalsbrott som ansetts vara de centrala: hävning och ersättning. Den föregående framställningen har visat att påföljdsproblemet inte kan begränsas på detta sätt. Det har framgått att de påföljder, som vanligen sammanföres under rubriken skadestånd eller skadeersättning, är mångskiftande och ingalunda alltid bundna vid enahanda förutsättningar. Ersättningsproblemet kan inte allsidigt belysas utan att det sker en uppdelning i olika ersättningstyper. Det har också framgått att det förekommer påföljder som inte kan inordnas under någon av påföljdstyperna hävning eller ersättning.

Är de påföljder, som nämnts i det föregående, de enda möjliga?

I några fall har *lagen* angivit påföljder vilka är begränsade till speciella avtalstyper och betingade av särskilda faktorer som rör dessa avtal.

I fråga om *försäkringsavtal* kan åsidosättandet av vissa handlingsnormer leda till att försäkringshavarens ansvar upphör — FörsAvtL §§ 18, 21, 45—49 och 52. Även uppsägning i förtid kan ifrågakomma, § 13.

Immaterialrättigheter — upphovsrätt, patenträtt etc. — är genom lag skyddade sålunda att den som kränkes i sin rätt, kan göra särskilda påföljder gällande. Dessa sanktioner utesluter inte parts möjligheter att i förhållande till sin medkontrahent framställa vanliga avtalsrättsliga påföljdsanspråk. I princip föreligger här en vidgad valrätt för borgenären. Han kan åberopa avtalsbrottet eller de i lagen reglerade speciella påföljderna av en rättskränkning. Borgenärens rätt att utnyttja dessa påföljder begränsas inte av att den som kränkt rättigheten, är en avtalspart.

Se UpphovsL §§ 56—60, PatentL §§ 57—60, VarumärkesL §§ 38—41.

Enligt ABL § 20 kan *aktie* förklaras förverkad om tecknaren inte fullgör sin betalningsskyldighet.

Se även ABLFörsl 1969 § 14.

SjömansL §§ 63—69 innehåller förskrift om s.k. *disciplinbot.*

Enligt ArbAvtL § 18 leder arbetsgivarens underlåtenhet att erlägga naturalön till att arbetstagaren äger fordra att arbetet ersättes i penningar enligt det omräknade vederlagets värde.

Aktie, som av bulvan förvärvats i strid med stadgandena om utlännings rätt att inneha aktie, kan *tvångsförsäljas*.

L om bulvanförhållande § 1.

Enligt *avtalsklausuler* kan särskilda påföljder ifrågakomma (s. 437).

Också *härutöver* bör det vara möjligt att i speciella situationer tillämpa andra påföljder än de i det föregående behandlade. Lagstiftningen ger intet stöd för en annan ståndpunkt. Den bristfälliga regleringen av hithörande frågor erbjuder domstolarna möjlighet att in casu tillgodose parternas rättsskyddsanspråk utanför det normala påföljdssystemet. I vilken utsträckning och på vilket sätt detta är möjligt kan man avgöra först efter en detaljanalys av olika typer av avtal och avtalsbrott. Man har att utgå från att vi inte har ett slutet påföljdssystem.

II. Följande *exempel* kan belysa problemet om särskilda påföljder.

1) Nära kravet på avtalsprestation står anspråket att gäldenären skall *avhjälpa fel* i avtalsobjektet.

I de allra flesta fall är ett sådant anspråk från borgenärens sida uteslutet. Det bärande motivet för denna ståndpunkt är att borgenären har möjligheter att låta avhjälpa felet och kräva kostnaderna härför av gäldenären. En motsatt ståndpunkt kunde innebära att gäldenären skulle tvingas att utföra en arbetsprestation.

Se Hakulinen 159 f, Godenhielm 130, Aaltonen, Tavaran virheistä I 208 ff, Heikonen — Aaltonen 111 ff, 144 f; i anslutning till SvKöpL § 49, Almén § 49 vid not 1 ff, 45 ff, Hellner 151 f; Ussing 70 f, A. Vinding Kruse, Misligholdelse 125 ff, Arnholm III 244 f.

I undantagsfall åvälver lagen gäldenären att avhjälpa fel i avtalsobjektet. Då har borgenären i princip en rätt att fordra detta. Om gäldenären likväl underlåter att efterkomma borgenärens krav, kan han knappast tvingas därtill. Borgenären kan i stället göra vanliga påföljder gällande, t.ex. framställa ersättningskrav eller avhjälpa felet på gäldenärens bekostnad.

Enl. HyresL § 16 m. 1 har hyresgäst rätt att avhjälpa brist i lägenheten men först efter det hyresvärden underlåtit att på tillsägelse ombesörja reparationen.

Under särskilda omständigheter kan borgenären, utan stöd i lag, anses ha anspråk på att fel avhjälpes av gäldenären. Detta är t.ex. fallet om endast gäldenären besitter sådana kvalifikationer som kräves för att avhjälpa felet.

Godenhielm 130 i fråga om specialbeställt köpgods, Sundberg 206 ff.

Gäldenären är *berättigad* att under vissa förutsättningar avhjälpa fel i avtalsobjektet. Gör han det, kan borgenären inte framställa krav på grund av felet. Borgenären måste finna sig i säljarens åtgärder. Allmän förutsättning för gäldenärs rätt att avhjälpa fel är att väsentligt dröjsmål inte inträder och att gäldenärens åtgärder inte orsakar borgenären osäkliga olägenheter. Denna ordning tillgodoser vanligen gäldenärens behov av skydd och kan inte anses vara till men för borgenären då den eliminerar verkningarna av avtalsbrottet.

Se SvKöpL § 49.

Ibland kan avtalsstörningen elimineras genom att *borgenären* på egen hand *reparerar* fel i avtalsobjektet och av gäldenären kräver betalning för härav föranledda kostnader. I en del fall kan åtgärder från borgenärens sida tänkas ifrågakomma först när gäldenären vägrat vidta erforderliga åtgärder.

Man kan hänvisa till det som ovan (s. 243) sagts om borgenärens rätt att ingå täckningsavtal. Samma motiv kan anföras för en rätt för borgenären att själv eller genom tredje man avhjälpa fel i avtalsobjektet och av gäldenären kräva ersättning för nödiga kostnader som härigenom orsakats honom.

Se *HD 1968 II 97:* byggherre ansågs berättigad att avhjälpa fel i byggnaden efter det entreprenören vägrat att utföra arbetet, byggherrens kostnader för arbetet utdömdes av entreprenören.

2) Ett avtalsbrott kan leda till att part helt eller delvis går förlustig sin rätt till *provision* eller annan liknande gottgörelse. Denna påföljd påminner om vederlagsminskning (s. 412).

Se *HD 1940 II 190:* agent hade i strid med agentavtalet indirekt (via närstående företag) bedrivit affärsverksamhet, han ansågs därigenom ha förverkat sin rätt till provision.

3) Part blir berättigad att *deponera* avtalsobjektet eller det penningbelopp han är skyldig, när motparten vägrar motta prestation eller på annat sätt underlåter att medverka vid avtalets fullgörande. Genom deponering befriar sig part från påföljderna av dröjsmål (DeponeringsL § 1).

Se även SjöL §§ 114, 115, 175 m. 2.

4) När gäldenären erbjuder en icke avtalsenlig prestation, kan borgenären avvisa densamma och samtidigt häva avtalet. Själva avvisandet kan ibland uppfattas som en hävningsförklaring. Borgenären kan i många situationer välja ett annat alternativ: han *avvisar prestationen* och kräver ny avtalsenlig fullgörelse. Åtgärden är temporär, den siktar till ett fullgörande av avtalet. Detta alternativ förutsätter att gäldenären är skyldig att prestera på nytt; så är fallet t.ex. vid leverans men inte vid specieköp.

Det ges inte i finländsk rätt några klara linjer för borgenärens rätt att, utan att häva, avvisa felaktig prestation. Varje fel eller brist berättigar inte härtill. Mycket talar för att man — på samma sätt som vid hävning — bör kräva att avtalsbrottet är väsentligt. Detta bör vara av den art och styrka att borgenären ej kan anses skyldig att ta emot prestationen. Situationerna kan avsevärt växla beroende på avtalstypen och avtalsbrottets art.

Jfr det som ovan (s. 241) sagts om väsentlighet såsom förutsättning för borgenärens rätt att innehålla prestation.

Se *HD 1968 II 51:* till följd av väsentligt fel ansågs borgenären ej skyldig att ta emot gäldenärens arbetsprestation (brunnsborrning), och han befriades från att betala avtalat vederlag. — Vägran att ta emot prestationen ledde i detta fall till hävning, borgenären kunde alternativt ha krävt fullgörelse.

Betr. detta problem Rodhe § 40, Arnholm III 250 ff. — Jfr BGB §§ 286 m. 2, 326 m. 2, Fikentscher 255.

Påföljd bör, om det kan bli fråga om dess genomförande med tvång, falla inom ramen för de i lag stadgade exekutiva tvångsmedlen.

III. När avtalet inte kan fullgöras enligt sitt innehåll, kan det bli aktuellt för borgenären att kräva ett *surrogat* i stället för den avtalade prestationen. Vanligen blir det fråga om betalning i stället för naturaprestation.

När borgenären har rätt till surrogat, är han skyldig att fullgöra sin motprestation i den omfattning som motsvaras av surrogatet.

De i det föregående behandlade ersättningarna uppfattas inte som surrogat.

Såsom en allmän regel gäller att gäldenären inte är skyldig att prestera något annat än det han enligt avtalet åtagit sig. Avtalsförpliktelsen är begränsad till det som avtalet anger. Detta gäller även när en prestation, som blivit omöjlig, lätt kan ersättas med en annan av samma art.

Speciesköparen kan inte kräva annat gods i stället för det förstörda; hyresgäst, vars lägenhet förstörts, kan inte kräva att hyresvärden ställer en annan lägenhet till hans förfogande etc. En annan sak är att gäldenären kan erbjuda annan prestation, det beror på borgenären om han vill godta den eller ej. Om borgenären utan giltigt skäl tillbakavisar en surrogatprestation, kan detta ha återverkningar på hans eventuella ersättningskrav till följd av avtalsbrottet; se Taxell, Festskr. Nial 502.

När prestationen blivit omöjlig, kan man ibland tillgodose borgenärens behov av rättsskydd genom att låta honom få det surrogat som trätt i stället för avtalsobjektet. Det vanligaste fallet är att ett *försäkringsbelopp* ersätter det avtalsobjekt som förstörts eller skadats.

Enligt FörsAvtL § 54 gäller en skadeförsäkring i vissa fall till förmån för den som genom avtal fått rätt till det försäkrade godset. Denne kan kräva försäkrings-

beloppet av försäkringsgivaren (§ 57 m. 1). För den händelse beloppet lyftes av gäldenären (§ 57 m. 2), kan borgenären kräva betalning av gäldenären.

Se även IntF § 18.

Borgenärens krav på utfallande försäkringsbelopp är av betydelse särskilt när ersättningstalan mot gäldenären är tvivelaktig: förutsättningar för avtalsersättning är kanske inte för handen eller gäldenären saknar ekonomiska resurser att betala ersättning.

Se Hellner, Försäkringsrätt 72.

Borgenären kan ta emot ett skadat avtalsobjekt. Hans krav på försäkringsersättning är då ett alternativ till yrkande på minskning av vederlaget. I detta fall förekommer sålunda avtalsprestation — felaktig — och surrogatprestation vid sidan av varandra. Tillsammans är de avsedda att ge borgenären fullt ekonomiskt utbyte av avtalet.

Borgenärs rätt till surrogatprestation är beroende av vem av parterna som står risken för avtalsobjektet. När risken är gäldenärens, kan borgenären välja om han vill ha surrogat eller häva avtalet och eventuellt yrka på avtalsersättning. När borgenären står faran, blir han gottgjord genom att få försäkringsersättning av försäkringsgivaren. Har försäkringsbeloppet lyftats av gäldenären, har borgenären ett betalningsanspråk mot denne inom den gräns som surrogatet anger.

Se Rodhe § 5 vid not 7—10 samt betr. köp, § 37 vid not 32 ff, Godenhielm 62, Alméń § 17 vid not 174—199.

Vid speciesköp har köparen rätt till försäkringsbeloppet då faran för godset genom avtalet övergått till honom; har säljaren lyftat försäkringsersättningen, är han betalningsskyldig i förhållande till köparen. Vid leveransavtal är situationen en annan: om det parti, ur vilket säljaren avsett att leverera, förstörs innan godset avlämnats, har köparen inte något krav mot försäkringsgivaren då han inte står faran för godset eller har någon konkretiserad rätt till detta (se FörsAvtL § 54); när skadan inträtt i detta skede, kan köparen sålunda inte kräva den del av försäkringsbeloppet som motsvarar hans andel av det förstörda varupartiet.

Krav på surrogat kan även ifrågakomma när egendom *tvångsinlöses*. Borgenären kan få ett krav på betalning ur expropriationsersättning eller annan liknande ersättning.

Se ExproprL § 50, IntF § 18.

Betr. övriga betalningsförpliktelser, vilka kan uppfattas som surrogatprestationer, se Rodhe § 5 vid not 2—4.

Surrogatet kan endast i speciella undantagsfall bestå av annat än penningar.

Betr. detta problem, Rodhe, § 5 vid not 22—28.

Det är inte möjligt att uppställa en allmän princip om en rätt för borgenären att erhålla ett surrogat. Ett krav på surrogatprestation ifrågakommer när lagen direkt ger stöd härför — såsom i fråga om vissa slag av försäkring — eller när speciella omständigheter in casu kan åberopas. Under alla förhållanden framstår kravet som en undantagsföreteelse. När prestationen omöjliggöres, leder detta vanligen till att avtalet häves eller förfaller. Borgenären tillgodoses normalt genom ersättning av något slag.

I tysk rätt (BGB § 281 m. 1, § 323 m. 2) finns ett allmänt stadgande om krav på surrogat när prestationen blivit omöjlig; Larenz I 241, 242 f, Fikentscher 215.
Enligt schweizisk rätt anses borgenären likaså ha krav på surrogat när prestationen blivit omöjlig, borgenärsintresset bör tillgodoses så långt som möjligt; von Büren 389.

Ofta har borgenären rätt att välja om han vill ta emot surrogatet eller om han hellre häver avtalet. Denna valfrihet grundar sig på borgenärens behov av skydd. Det är möjligt att surrogatet inte ger honom samma ekonomiska utbyte som en hävning.

Se Rodhe § 5 vid not 7 f.

IV. Innan avtal skall fullgöras kan sådana omständigheter inträffa som gör det osäkert om prestation kommer att ske, t.ex. en försämring av gäldenärens ekonomiska ställning. En väntan till förfallodagen kan äventyra borgenärens rätt enligt avtalet. Kan borgenären i en sådan situation kräva *prestation i förtid*?

En sannolikhet för att prestation inte kan ske på avtalad tid är i och för sig intet avavtalsbrott. Men den anteciperar ett avtalsbrott och kan i den meningen bli relevant.

Frågan om krav på prestation i förtid begränsas här till betalningsförpliktelser.

Grunderna för ett förtida betalningskrav kan vara olika.

1) När det skett en försämring av gäldenärens ekonomi, ingriper reglerna om *konkurs och exekution.*

Enligt KonkS § 6 kan borgenär, under de förutsättningar som lagrummet närmare anger, yrka på att gäldenären försättes i konkurs. Detta är i vissa fall möjligt oaktat borgenärens fordran ännu inte förfallit till betalning. Konkursyrkandet innebär i dessa fall ett krav på betalning i förtid. Även annan borgenär kan i konkursen bevaka sin fordran och få betalt oaktat fordringen inte är förfallen (se KonkS §§ 34, 104).

Också vid utmätning kan borgenär i undantagsfall kräva betalning före förfallotiden.

Se UL 5: 26, 27, 30, IntF § 26.

I undantagsfall kan gäldenärens *död* föranleda krav på betalning före förfallotid.

ÄB 21: 10 m. 1 och 2, HB 10: 10.

2) Är ett förtida betalningskrav *utanför konkurs- och exekutionsfallen* genomförbart på den grund att *gäldenärens ekonomi försämrats*?

Har borgenären tillräcklig säkerhet, t.ex. pant, har han intet rättsskyddsbehov. Han kan inte ens få gäldenären försatt i konkurs (KonkS § 6 m. 2). Om borgenären däremot inte betingat sig säkerhet för sin fordran, har han tagit på sig en ekonomisk risk: han står för följderna av att gäldenären inte kan betala på förfallodagen. Om borgenären skulle ges rätt till betalning i förtid, kunde han ensidigt eliminera eller minska sin risk. En borgenär, som inte vill ta på sig den risk som t.ex. en långfristig kredit innebär, kan göra förbehåll, t.ex. i form av en uppsägningsklausul. Utan ett sådant förbehåll har han inte rätt till förtida betalning.

En annan lösning kunde leda till osund konkurrens mellan flera borgenärer och erbjuda möjlighet att gynna en borgenär på de övrigas bekostnad. I det avseendet kan man hänvisa till KonkS § 46 p. d. En återvinning enligt detta lagrum kunde uteslutas om man skulle ge borgenär rätt att anse sin fordran förfallen på grund av gäldenärens obestånd. Därtill kommer att det utanför konkurs och utmätning inte finns något bestämt kriterium enligt vilket man kunde avgöra om borgenären får kräva betalning i förtid.

Kan man tillämpa reglerna om *anteciperat dröjsmål*?

Om gäldenären meddelar att han inte kommer att prestera eller om sådana omständigheter inträtt att man kan sluta sig till att fullgörelse kommer att utebli, har borgenären ansetts ha rätt att häva avtalet (s. 221). Han kan i detta fall kräva avtalsersättning innan den avtalade prestationstiden är inne. Vid hävning avstår borgenären från kravet på avtalsprestation. Ett anspråk på förtida betalning är något helt annat, borgenären fasthåller vid avtalet. Denna situation kan inte bedömas enligt reglerna om anteciperat dröjsmål, som är en hävningsgrund.

Den ställda frågan bör sålunda i princip besvaras nekande: utanför konkurs- och utmätningsfallen utgör gäldenärens försvagade ekonomi inte någon grund för ett förtida betalningskrav.

Se även Ussing 106, A. Vinding Kruse, Misligholdelse 247 ff.

3) Ett krav på betalning i förtid kan motiveras med att den *säkerhet*, som borgenären erhållit, *minskar i värde* på ett sådant sätt att fordringen äventyras. En handfången pant kan ha nedgått i värde eller en löftesman kan ha blivit insolvent. Förändringar med avseende på säkerheten kan ha inträtt med eller utan gäldenärens medverkan.

Gäldenären kan anses ha en allmän skyldighet att avhålla sig från åtgärder som kan äventyra borgenärens möjligheter att få betalt på förfallodagen. Detta betingas av det allmänna lojalitetskravet.

LösöreIntL § 13 ger borgenären rätt att kräva betalning i förtid bl.a. då pantsäker-

heten äventyras genom gäldenärens åtgärder. Grunden härför är att borgenärens möjligheter att få betalning på förfallodagen minskas om säkerhetens värde ytterligare går ned. Avgörande är inte gäldenärens ekonomiska ställning i allmänhet utan enbart de förändringar som gäller den intecknade egendomen. Motsvarande ordning gäller när säkerheten utgör inteckning i buss (L om inteckning i buss 24.11. 1950/574 § 9).

Se även SkogsIntL § 3.

Motsvarande stadganden finns inte för andra typer av pant. Utesluter detta ett förtida krav om panten förstöres eller minskar i värde?

Risken är normalt borgenärens. I vissa avseenden kan han gardera sig genom att försäkra panten. Han står för följderna av en försummelse i det avseendet.

Många risker kan inte täckas av försäkring. Säkerheten kan minskas t.ex. genom att pantsatta aktier nedgår i värde eller att gäldenären river byggnader som ger intecknad fastighet dess huvudsakliga värde. Borgenären har i sådana fall ett behov av rättsskydd.

En möjlighet vore att dra en parallell till hävningsreglerna. Om den förändring, som skett, är av väsentlig betydelse för borgenärens risk, kunde man ge borgenären rätt att kräva betalning i förtid. Man har att bedöma väsentlighetskravet på samma sätt som vid fastställande av förutsättningarna för hävning.

Denna lösning synes riktig i det nämnda fallet då gäldenären låter riva ned byggnader på den intecknade fastigheten.

En annan möjlighet vore att åberopa att avtalsbundenheten upphört till följd av väsentligt ändrade förhållanden. Om detta är fallet, kan krav på betalning framställas oberoende av avtalets föreskrift om förfallotid (s. 160).

Det är knappast möjligt att ge ett entydigt svar på frågan om förtida betalning när säkerhetens värde minskat. De synpunkter, som här anförts, ger endast en antydan om den linje enligt vilken ett förtida betalningskrav kan bedömas. I regel bör ett krav på betalning i förtid vara uteslutet. Vill borgenären inte ta på sig risken av förändringar, kan han skydda sig t.ex. genom en förfalloklausul (s. 467).

Gäldenären har i regel inte rätt att betala eller att fullgöra annan prestation i förtid; undantag enl. AvbetköpL § 5 m. 1 och 3; se även WarrantF § 18.

Ett fortgående avtalsförhållande, t.ex. ett hyresförhållande, kan av borgenären bringas att upphöra i förtid genom hävning. Hävningens rättsverkningar inträder vanligen omedelbart. En annan möjlighet är att borgenären anger en viss senare tidpunkt då avtalsförhållandet skall upphöra. Också detta bör betraktas som en hävning, vanliga hävningsförutsättningar bör vara för handen. Dessa hävningsfall bör inte bedömas såsom krav på förtida prestation (återlämnande av avtalsobjektet).

15. AVTALADE PÅFÖLJDER

15.1. Allmänna synpunkter

De lagstadganden och andra generella normer, som reglerar påföljder av avtalsbrott, tar sikte på att tillgodose parts behov av skydd i situationer som framkallats av avtalsbrott. Detta skydd kan gälla bägge parter eller endast den ena. Rättsskyddet påtvingas inte parterna. Part har frihet att för egen del avgöra om och i vilken omfattning han vill åberopa gällande påföljdsnormer. Dessa ger möjligheter som part kan utnyttja eller låta bli att använda.

För borgenären betyder rättsskyddet vanligen att han kan göra en påföljd gällande. För gäldenären erbjudes möjligheter att försvara sig mot borgenärens påföljdsanspråk. De ömsesidiga kraven på rättsskydd skapar konfliktsituationer vilka löses enligt regler och riktlinjer som angivits i den föregående framställningen. Vid sidan av det påföljdssystem, som där angivits och som baseras på lag eller på andra normer och fakta utanför avtalet, finns ett *på avtalsklausuler grundat rättsskyddssystem.*

Parterna kan genom avtalet helt eller delvis reglera påföljderna av framtida avtalsbrott. Detta överensstämmer med principen om avtalsfrihet. När parterna var för sig fritt kan besluta om de skall åberopa en gällande rättsskyddsnorm eller inte, är det följdriktigt att låta dem komma överens om särskilda påföljdsregler, som avviker från de gängse normerna eller som vidgar eller begränsar dessas tillämpning. I princip kan parterna fritt bestämma såväl avtalets innehåll som följderna av att avtalade bestämmelser åsidosättes.

Avtalsbestämmelser (avtalsklausuler), som reglerar påföljder av avtalsbrott, kallas i det följande *påföljdsklausuler.* De kan vara skriftliga eller muntliga (t.ex. garanti).

Parterna kan inte ges full frihet att använda påföljdsklausuler och utforma deras innehåll. *Begränsningar* gäller av hänsyn till olika intressen.

Påföljdsklausuler i avtal blir lätt oförmånliga för den ena *parten.* Dels kan det vara svårt att förutse den faktiska situation som inträder efter ett avtalsbrott. En påföljdsklausul kan få andra eller större verkningar än man tänkt sig. Dels ligger den faran nära att den part, på vars initiativ eller åtgärd påföljdsklausulen intas i avtalet, skapar sig en förmånlig position på motpartens bekostnad. Detta gäller särskilt i förhållandet mellan olika starka parter samt när den ena parten ensam utformar avtalet. Vådorna kan elimineras dels genom förbud mot vissa påföljder — t.ex. AvtL § 37 m. 2 — dels genom jämkning av obilliga påföljdsklausuler — SBL § 8 etc.

De regler, som möjliggör jämkning av oskäliga avtalsvillkor, kan självfallet tillämpas även på klausuler som reglerar påföljder av avtalsbrott (s. 157). Jämkning kan ske på olika sätt: en avtalad påföljd kan inte göras gällande (t.ex. en förverkandeklausul försättes ur kraft), en påföljd kan endast delvis förverkligas (t.ex. nedsättning av avtalsvite) eller en påföljd knytes vid andra förutsättningar än klausulen förutsätter

(t.ex. hävning göres beroende av en viss grad av väsentlighet oaktat klausulen medger hävning utan sådan begränsning).

Det är även givet att en avtalad påföljd inte får ingripa i eller åsidosätta *tredje mans* rätt. I den mån detta är fallet bör den avtalade påföljdsnormen anses vara försatt ur kraft eller modifierad så att den inte kränker tredje mans rätt.

Parterna kan inte med bindande verkan överenskomma om tvångsmedel som enligt lag inte kan eller får användas. Här gör sig ett *allmänt intresse* gällande. Hinder möter sålunda i allmänhet för en utökad rätt till självtäkt. En klausul om ägareförbehåll ger t.ex. inte borgenären rätt att återta egendom utan att anlita offentlig myndighet.

Se Rodhe § 33 vid not 7—9.

Efter det avtalsbrott skett kan parterna inom avtalsfrihetens gränser överenskomma om huru avtalsförhållandet skall regleras eller avvecklas. Denna möjlighet till uppgörelse avtalsvägen observeras inte i det följande.

Genom klausuler i avtal kan påföljder av avtalsbrott regleras på olika sätt och i olika riktningar:

— avtalet föreskriver *andra påföljder* än de som förekommer utan stöd av avtal, det ger t.ex. borgenären möjlighet att utnyttja en säkerhet,

— en *påföljd uteslutes* helt eller under angivna förutsättningar, man avtalar t.ex. att hävning inte kan ske,

— en *påföljd begränsas till sin omfattning*, det förekommer t.ex. att ersättningsbelopp maximeras,

— *förutsättningarna för normala påföljder fixeras*, sålunda kan gäldenärens ansvar skärpas, t.ex. genom garanti, eller mildras, t.ex. genom att ersättningsskyldighet knytes till grovt vållande, eller kan betingelserna för en påföljd närmare preciceras, t.ex. genom att ge rätt till hävning först när dröjsmål varat i tio dagar.

Denna gruppering av påföljdsklausuler har gjorts blott för att ge en allmän översikt. Den användes inte i den följande framställningen. Avsikten med denna är endast att framhålla några synpunkter och kort redogöra för några typer av påföljdsklausuler i avtal. Redogörelsen bygger inte på genomgång av avtalspraxis och är därför schematisk och ofullständig.

Om en påföljdsklausul inte binder parterna — den strider t.ex. mot lag — gäller vanliga påföljdsregler.

15.2. Hävningsklausuler

Klausuler, som reglerar borgenärens rätt att häva, kan ha olika innehåll och syfte.

Allmänna synpunkter på verkningarna av hävningsklausuler, Bengtsson 137 ff, 224 ff.

Hävningsrätten kan *uteslutas* eller *begränsas* genom förbehåll i avtalet. Avsikten är främst att skydda gäldenären när hävning skulle medföra avsevärd ekonomisk förlust eller väsentliga olägenheter av annat slag.

En klausul kan helt eliminera hävningsrätten. Intet brott mot avtalet skall ge borgenären rätt att häva. Detta är motiverat t.ex. vid avtal för bestämd tid (hyresavtal etc.). Vanligare är att hävning uteslutes blott med avseende på bestämda avtalsbrott, t.ex. när avtalsobjektet har fel (tillverknings- och entreprenadavtal etc.).

Uteslutning av hävning kompenseras ofta med skyldighet för gäldenären att vidta särskilda åtgärder, t.ex. att avhjälpa fel i avtalsobjektet. Om denna särskilda skyldighet inte fullgöres, bör borgenären ha hävningsrätt oberoende av avtalets klausul under förutsättning att vanliga betingelser för hävning (väsentlighet) är för handen.

Se Rodhe § 37 vid not 105 f.

Uteslutning eller begränsning av hävningsrätt kan i vissa fall vara till uppenbart men för den part mot vilken ett avtalsbrott kan komma att rikta sig — borgenären. Man kan därför inte alltid tillerkänna begränsande hävningsklausuler full rättsverkan. De kan framstå som oskäliga — särskilt i sådana fall då borgenären inte kan ty sig till andra påföljder som skulle ge erforderligt rättsskydd.

Behovet av hävningsrätt kan vara mycket olika beroende på avtalets och avtalsprestationernas art samt avtalsbrottets beskaffenhet. Generellt kan man endast hänvisa till den allmänna skälighetsregeln, vilken gör det möjligt att jämka uppenbart oskäliga avtalsklausuler som utesluter eller begränsar parts hävningsrätt.

Se ArbAvtL § 44 m. 3, som tillåter att arbetsgivarens rätt att häva begränsas genom avtalsklausul; däremot är det inte möjligt att avtalsvägen inskränka arbetstagarens hävningsrätt. — Se även Työsopimuslakikomitean mietintö 57.

Hävningsrätten kan *utvidgas* genom avtalsklausul. Det kan föreskrivas att varje åsidosättande av avtalet ger hävningsrätt eller att ett visst slag av avtalsbrott, t.ex. dröjsmål, alltid kan föranleda hävning. Hävningsrätten har genom avtalsklausuler lösgjorts från de vanliga förutsättningarna. Avtalsbrottet behöver sålunda inte vara väsentligt.

Man måste likväl ställa sig tveksam till en klausul som ger part obegränsad hävningsrätt, oberoende av avtalsbrottets art eller styrka. Ett kort dröjsmål kan t.ex. vara helt betydelselöst för borgenären. Visserligen bör man utgå från den ordning som parterna avtalat. Men där särskilda skäl så kräver, bör avvikelse kunna göras, i synnerhet när hävningsklausulens tillämpning framstår som uppenbart obillig för gäldenären eller kan uppfattas som chikan från borgenärens sida. I sådana situationer kan hävningsklausulen helt försättas ur kraft — varvid vanliga hävningsregler gäller — eller kan klausulens tillämpning modifieras så att man för hävning kräver en viss grad av väsentlighet — mindre än utan stöd av hävningsklausul.

Jfr SvKöpL § 21 m. 2: när »köparen betingat sig noggrant iakttagande av tiden för godsets avlämnande», ger varje dröjsmål köparen hävningsrätt. — R o d h e § 37 vid not 88—91.

I några fall har lagen — i syfte att skydda den svagare avtalsparten — förbjudit eller angivit gränser för utvidgning av hävningsrätten.

HyresL § 33, G o d e n h i e l m, Uusi huoneenvuokralaki 223; AvbetköpL § 19 (jfr § 2); ArbAvtL § 43 jfr § 48 m. 3. — Betr. försäkringsgivares möjligheter att genom klausul frita sig från ansvarighet, FörsAvtL §§ 14 m. 2, 21 m. 3 etc.

En avtalsklausul kan *precisera* förutsättningarna för hävning, t.ex. bestämma huru långt ett dröjsmål bör vara innan borgenären får hävningsrätt. Parterna har på detta sätt fixerat vad som enligt deras uppfattning är så väsentligt att borgenären får häva. En sådan reglering kan innebära en utvidgning eller en begränsning av den vanliga hävningsrätten.

Om klausulen endast i visst avseende reglerar hävningsrätten — t.ex. vid fel i godset — gäller vanliga regler beträffande hävning i situationer som inte täckes av klausulen.

Av en annan typ är de klausuler vilka tar sikte på avtalets *återgång* om det inträffar omständigheter som utesluter eller försvårar avtalets fullgörande. Härvid är det närmast fråga om villkorliga avtal. Gränsen mellan olika avtalsklausuler är likväl svävande.

Hävningsförfarandet kan regleras genom avtal.

Se ArbAvtL § 44 m. 3 (för arbetsgivarens del).

15.3. A v t a l a d d r ö j s m å l s r ä n t a

I avtal, som medför betalningsskyldighet, kan gäldenären förbinda sig att vid dröjsmål erlägga särskild ränta. Denna ränta — ofta benämnd *straffränta* — kan knytas till en räntefri fordran eller vara ett tillägg till den avtalade eller på annat sätt bestämda räntan.

Ofta bestämmes dröjsmålsräntan (uppskovsräntan) ensidigt av borgenären. Det är vanligt att faktura anger särskild ränta för den händelse betalningstiden överskrides. När stadgad handelssed kan åberopas för ett sådant förfarande — vilket i stor utsträckning är fallet — kan gäldenären icke ens genom reklamation frita sig från skyldigheten att betala skälig dröjsmålsränta.

Den avtalade dröjsmålsräntan börjar automatiskt löpa när förfallotiden inträtt och betalning uteblivit. Ett krav eller meddelande från borgenärens sida erfordras inte. Orsaken till dröjsmålet är normalt utan betydelse. I dessa avseenden gäller, om inte annat avtalats, samma regler som för den i lag reglerade uppskovsräntan (s. 385).

Dröjsmålsräntan — såväl den avtalade som den ensidigt bestämda — bör med avseende på storlek hålla sig inom de gränser som anges av AvtL § 31 och SL 38: 10 m. 2. Om dröjsmålsräntan, ensam för sig eller jämte den egentliga räntan, överskrider gränsen, är den till denna del ogiltig.

En dröjsmålsränta under denna gräns kan, beroende på de faktiska förhållandena, framstå som oskäligt hög sedd ur gäldenärens synpunkt. I detta fall bör en jämkning kunna ske i stöd av den i SBL § 8 och AvtL § 36 angivna skälighetsstandarden.

Det är i praktiken likgiltigt på vilket av dessa två stadganden man grundar en jämkning. Är det fråga om ett skuldebrev, kan man direkt åberopa SBL § 8, som anses gälla även utanför skuldebrevsområdet. Dröjsmålsräntans nära överensstämmelse med avtalsvitet gör det möjligt att beakta de synpunkter som anges i AvtL § 36. — Se Hakulinen 205.

15.4. Avtalsvite

I. *Avtalsvite* är ett penningbelopp som part förbinder sig att betala för den händelse han inte fullgör en avtalsförpliktelse. Vitesklausulen kan fixera beloppet eller ange den grund enligt vilken vitet skall beräknas.

Undantagsvis kan vitet bestå i annat än penningar; liknande regler tillämpas. Vihma, Sopimussakko 152 f. — Se även BGB § 342.

Vite kan i princip förekomma med avseende på alla typer av giltiga avtalsförpliktelser (se AvtL § 36), även förpliktelser som inte kan sägas ha ett egentligt förmögenhetsvärde. Vitesklausul kan även knytas till avtalsförpliktelser, som inte kan framtvingas genom exekution, t.ex. personliga arbetsprestationer. Avtalsvite förekommer vanligen som en påföljd av dröjsmål.

Även i arbetsavtal kan vitesklausul intas (jfr 1922 års ArbAvtL § 23); Työsopimuslakikomitean mietintö 62.

I föravtal samt med avseende på underlåtenhetsförpliktelser och personliga förpliktelser, vilkas fullgörande inte kan framtvingas, är vitesklausuler naturliga.

Till avtalsvite i vidsträckt mening kan man hänföra de fall då gäldenären går miste om en utfäst förmån om han inte fullgör sina förpliktelser enligt avtalet; en köpare förlorar t.ex. utlovad rabatt om han inte betalar i tid. Skillnaden är denna: vid egentligt avtalsvite skall gäldenären betala ett belopp, i det andra fallet förlorar han en förmån; sett ur borgenärens synvinkel kan resultatet vara detsamma, det är ofta en formuleringsfråga om förbehållet uppfattas som en vites- eller förverkandeklausul. — Se Rodhe § 52 vid not 2—4; jfr Vihma, Sopimussakko 109 f.

Avtalsvitet tjänar olika *syften.*

1) Avtalsvitet är ett *påtryckningsmedel* (påtryckningsfunktion). Eventualiteten att vitet förfaller till betalning innebär för gäldenären ett hot som kan förmå honom till riktig uppfyllelse. Påtryckningssyftet är mest påtagligt när avtalsvitet klart överstiger den avtalsersättning som skulle utgå vid avtalsbrott.

2) Avtalsvitet är vanligen en *ersättning* som tillkommer borgenären för att gäldenären inte fullgjort en avtalsförpliktelse (ersättningsfunktion). Vitet är avsett att täcka borgenärens förlust och är sålunda ett alternativ till avtalsersättning. Det utgör en på förhand bestämd ersättning. Vitet är likväl inte beroende av att avtalsbrottet orsakat förlust. Vite kan utdömas oaktat förlust inte uppkommit.

Avtalsvitet kan inkludera ersättning för icke-ekonomisk skada.

3) En vitesklausul befordrar en *snabb och enkel uppgörelse* efter det avtalsbrott skett (avvecklingsfunktion). Borgenären hänvisar till klausulen och kräver det utfästa vitet. Han behöver blott visa att gäldenären åsidosatt avtalet på ett sådant sätt att vitesklausulen träder i funktion. Däremot behöver han inte styrka vilka faktiska följder avtalsbrottet haft för honom. Härigenom undgår man den ofta vanskliga jämförelse mellan hypotetiskt och verkligt händelseförlopp som beräknandet av avtalsersättning förutsätter (s. 352). Detta innebär en påtaglig rationalisering. Rättssäkerheten tillgodoses.

Det har ofta sagts att avtalsvitet har karaktären av straff (privaträttsligt). Det synes mig onödigt och missvisande att föra in straffsynpunkter i diskussionen om avtalsvitets natur och syfte. Det är fråga om en speciell påföljd av avtalsbrott som inte behöver jämföras med vare sig straff eller andra påföljder av normstridigt handlande. — Se betr. detta problem, Vihma, Sopimussakko 61 ff, och där åberopad litteratur; Vihma godtar vitets straffunktion och avser därvid de fall då avtalsvitet inte utgör ersättning för en ekonomisk förlust.

Motiven för en vitesklausul kan in casu vara olika. De syften, som ovan nämnts, kan framträda med olika styrka. Något av dem kan helt saknas, t.ex. påtryckningsmomentet när vitet är lågt i relation till avtalsvärdet eller till den vinst som gäldenären kan tänkas få genom att underlåta fullgörelse. När man bedömer konkreta situationer, har man att på basen av avtalet och föreliggande fakta klarlägga vilka syften parterna velat nå med vitesklausulen. Detta har relevans bl.a. när det blir fråga om jämkning av vitet.

Om avtalsvite finns en omfattande litteratur; se betr. frågan om avtalsvitets syften bl.a. Vihma, Sopimussakko 46 ff, Hakulinen 200 ff, Kivimäki — Ylöstalo 320, Rodhe § 52 vid not 5, Arnholm III 305 f, Ussing 163.

Vilken part har främst intresse av en vitesklausul?

Normalt är det borgenären. Påtrycknings-, ersättnings- och avvecklingsfunktionen

tillgodoser vanligen borgenärens intresse. Ofta har också gäldenären fördel av en vitesklausul. Detta är främst fallet när vitet uppfattas som en övre gräns för gäldenärens ersättningsskyldighet (IV). När en vitesklausul tillämpas eller när ett vite jämkas, har man att ta hänsyn till de olika partsintressen som klausulen är avsedd att tillgodose.

II. *Förutsättningarna* för skyldighet att betala avtalsvite bestämmes i första hand av avtalet. Där anges t.ex. vilka avtalsbrott — dröjsmål etc. — som förpliktar gäldenären att erlägga vite. Genom en tolkning av vitesklausulen och avtalet i övrigt har man att avgöra om avtalsbrottet är av den art och omfattning att vitesutfästelsen aktualiseras. Också ett blott partiellt åsidosättande av en avtalsförpliktelse kan utlösa vitesmekanismen.

Se Vihma, Sopimussakko 179 ff.

Då avtalsvitet är en ersättning till borgenären med anledning av ett avtalsbrott, uppkommer frågan om allmänna förutsättningar för avtalsersättning måste vara för handen. Den centrala frågan är om avtalsvitet är beroende av *vållande* hos gäldenären. Uttryckt på ett annat sätt: kan gäldenären frita sig från att betala vite om han visar att han inte vållat avtalsbrottet och att detta inte heller orsakats av hans medhjälpares fel eller försummelser?

Vitesklausulen syftar till en enkel och schematisk lösning. Avvecklingsfunktionen skulle väsentligen förfelas om en culpabedömning vore nödvändig. Därtill kommer att vitet grundar sig på en avtalsklausul. Om denna inte anger speciella förutsättningar, under vilka betalningsförpliktelsen uppstår, bör man inte konstruera sådana med ledning av de regler som gäller när en avtalsklausul inte finns. Den gäldenär, som inte önskar ta på sig strikt ansvar, kan göra förbehåll. Om detta inte skett, är skyldigheten att betala avtalsvite oberoende av gäldenärens vållande och av hans medhjälpares fel och försummelser. I den meningen bestämmer avtalsvitet inte endast ersättningens belopp, den har även relevans för frågan om ersättningsskyldighetens förutsättningar.

Vihma, Sopimussakko 187 ff, ger en översikt av rättsläget i olika länder och redogör för uppfattningar i nordisk doktrin; för egen del anser han att avtalsvitet är bundet vid samma förutsättningar som skyldigheten att betala skadestånd, vilket betyder att vite förutsätter culpa hos gäldenären i de fall då gäldenärens vållande utgör en betingelse för skadeersättning när ett avtal åsidosatts (vilket är huvudregel); Vihma grundar sin uppfattning på att avtalsvitet har karaktär av skadestånd och i vissa fall av straff. — Hakulinen 200 f: betr. avtal, vid vilka frånvaro av vållande utgör en tillräcklig befrielsegrund för gäldenären, torde man kunna utgå från att gäldenären genom vitesutfästelse avsett att avstå från åberopandet av alla andra hinder än de som beror av övermäktig tilldragelse eller av borgenären. — Palmgren — Olsson 112: avtalsvitet är bundet till samma

förutsättningar som gäller för gäldenärens skadeståndsskyldighet; P o r t i n, JFT 1971 45, avtalsvite utgår enligt möjligast entydiga objektiva kriterier. — R o d h e § 52 vid not 43: det är möjligt att vitesansvaret alltid är rent strikt, han tar likväl inte ställning då domstolsavgöranden saknas. — A r n h o l m III 306: avtalet bör normalt förstås så, att avtalsvite skall betalas endast »hvis det foreligger et mislighold som efter sin art kunne gi kreditor rett til erstatning, prisavslag eller avvisning av ydelsen efter de vanlige regler».

Avtalsvite utgår inte när avtalsbrottet berott på den part till vars förmån avtalsvitet utfästs.

Se *HD 1936 II 201* och *1935 II 128*.

Avtalsvite uteslutes inte av att utebliven fullgörelse av avtalet beror på tredje man.

HD 1929 II 346: säljarens hustru hade vägrat ge samtycke till fastighetsförsäljning, i föravtal hade stipulerats avtalsvite för den händelse någondera parten undandrar sig slutligt avtal; avtalsvitet utdömdes då säljaren ej uppställt som villkor att hans hustru godkänner avtalet.

Gäldenären är inte skyldig att betala avtalsvite när avtalsbrottet berott på *force majeure*, ifall han inte särskilt tagit på sig risken härför. Det är inte förenligt med den allmänna riskfördelningen att gäldenären skall ansvara för oberäknelig övermäktig tilldragelse. Detta överensstämmer med det som ansetts gälla i fråga om strikt ansvar med avseende på avtalsersättning (s. 320).

V i h m a, Sopimussakko 201 f, H a k u l i n e n 201, P o r t i n, JFT 1971 45; se även R o d h e § 52 vid not 44.

Den här företrädda ståndpunkten har stöd i *rättspraxis:*

HD 1944 II 132 (ref. s. 124) se motiveringen; så även *1944 II 247*.

Ett prestationshinder, som inte är force majeure men vars övervinnande vore förenat med avsevärda uppoffringar, kan i allmänhet inte befria gäldenären från avtalsvitet (jfr s. 324). Man kan dock beakta hinder av detta slag om det blir fråga om en nedsättning av avtalsvitet.

Se *HD 1946 II 292:* brist på råvara befriade inte säljaren från att betala avtalsvite till följd av dröjsmål, vitet nedsattes likväl (orsaken härtill framgår inte).

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 (III).

Se även V i h m a, Sopimussakko 185 ff.

Avtalsvite ifrågakommer inte om gäldenärens bristande uppfyllelse berott på att han haft grundade skäl att frita sig från en avtalsförpliktelse, t.ex. i stöd av en avtalsklausul vars tillämpning skulle vara uppenbart oskälig.

Se *HD 1923 D I 36:* arbete (musik på biograf) hade medfört så pass allvarligt men för As hälsa, att hon tvingats avbryta arbetet; A befriades på grund härav från att betala avtalsvite.

III. Det belopp, som gäldenären skall erlägga i vite, bestämmes genom avtalet. Borgenären har, när avtalsbrott förekommit, krav på det utfästa beloppet.

Nedsättning av avtalsvitet kan likväl ske i stöd av AvtL § 36, om vitet är uppenbart obilligt. Bakgrunden är gäldenärens behov av rättsskydd. När vite fixeras i samband med ingående av avtal, är det inte alltid möjligt att förutse de faktiska konsekvenserna av ett framtida avtalsbrott. Vitesklausulens tillämpning kan, beroende på omständigheterna, bli alltför betungande för gäldenären. Härvid träder skälighetsstandarden i funktion.

Enligt BGB § 343 kan vite nedsättas om det är oproportionerligt högt, likväl inte i handelsförhållanden, HGB § 348. — SchwOR Art. 163 ger likaså möjlighet till nedsättning enligt domstols prövning av oproportionerligt höga viten.

I engelsk rätt gör man skillnad mellan »penalty» och »liquidated damages»; det förra nedsättes om förlusten inte uppgår till det avtalade beloppet; se betr. dessa problem, Chitty I nr 1491 ff, Treitel 612 ff.

AvtL § 36 nämner omständigheter som skall beaktas när man in casu prövar om en nedsättning kan ifrågakomma. Lagrummet preciserar likväl inte alla de faktorer som kan påverka bedömningen. Det hänvisar till »övriga föreliggande omständigheter». Prövningens resultat framgår ur en helhetsbedömning som beaktar alla de faktorer vilka i det enskilda fallet har relevans när man avgör om utkrävandet av utfäst vite är uppenbart obilligt eller ej.

Enligt ordalydelsen kan avtalsvitet »nedsättas efter ty skäligt prövas, såframt utkrävandet av vad utfäst blivit finnes vara uppenbart obilligt».

I första hand nämner lagrummet den *förlust* som borgenären kan ha lidit genom att en avtalsförpliktelse inte fullgjorts. Här avses ekonomisk förlust, såväl direkt som indirekt. Då vitets syfte vanligen är att ge borgenären ersättning betingad av avtalsbrottet, har parterna tänkt sig en viss relation mellan ersättning (vite) och förlust, t.ex. så, att vitet skall motsvara den beräknade förlusten eller stå i viss annan relation till denna. Avtalsbalansen rubbas om vitet avsevärt överstiger den verkliga förlusten eller den förlust, som parterna räknat med, m.a.o. om det uppstår en påtaglig disproportion mellan vite och förlust. Man har även att beakta framtida förlust, som avtalsbrottet kan ge upphov åt, t.ex. kostnader för nytt avtal med tredje man i stället för det inte fullgjorda avtalet, prishöjningar, inflatoriska verkningar etc.

Se min (1) i *HD 1949 II 322*. — Taxell, JFT 1959 241 (inverkan av förändringar i penningvärdet).

När man fäster avseende vid relationen mellan vite och förlust, bör man även observera vitets påtryckningsfunktion. Om denna in casu är relevant, vilket den vanligen är, bör vitet inte utan starka skäl nedsättas till ett belopp som, ifall det hade fixerats vid avtalets ingående, uppenbarligen inte skulle ha uppfattats som ett påtryckningsmedel.

Avseende skall även fästas vid det *intresse* som borgenären »eljest må hava haft i handlingens företagande eller underlåtande». Detta intresse kan vara ekonomiskt, t.ex. avse uteblivna förmåner vilkas värde inte exakt kan bestämmas. Hit kan man även hänföra s.k. allmän förmögenhetsskada (s. 353). Närmast synes man dock ha avsett icke-ekonomiska värden. Dessa framträder särskilt vid avtal, i vilka borgenärens intresse väsentligen är av annan art än rent ekonomiskt. t.ex. beträffande negativa avtalsförpliktelser.

Härutöver har man enligt § 36 att beakta »*övriga* föreliggande omständigheter». Fältet lämnas fritt för de fakta som domstol har att beakta. Huvudsakligen, ehuru inte enbart, är det fråga om faktorer som gäldenären kan åberopa för att tillgodose sitt intresse genom en nedsättning.

Avtalsbrottets orsaker kan vara relevanta, främst gäldenärens culpa samt hans medhjälpares fel och försummelser. Frånvaron av culpa eller blott ringa vållande kan föranleda nedsättning. Klart vållande hos gäldenären gör däremot en nedsättning mindre motiverad, särskilt om uppsåt eller grovt vållande är för handen eller upprepade avtalsbrott förekommit. Man har även att beakta huruvida gäldenären eventuellt gör en vinst på att inte fullgöra avtalet.

Också parternas *förmögenhetsförhållanden* har betydelse. Utdömandet av ett oproportionerligt stort avtalsvite ter sig oskäligt då gäldenären är ekonomiskt svag.

Se betr. faktorer, som kan motivera nedsättning, G. Palmgren, Kan borgenär fordra skadestånd utöver beloppet av utfäst vite? (JFT 1937 766—786) 769, Vihma, Sopimussakko 144 ff, Palmgren — Olsson 112, Hakulinen 204 f, Rodhe § 52 vid not 49 ff.

Relevanta faktorer — ovan nämnda och andra — kan peka i olika riktning. För en nedsättning kan t.ex. anföras disproportionen mellan avtalsvite och förlust, medan gäldenärens culpa samtidigt motiverar att avtalsvite utgår till fullt belopp. Resultatet av övervägandena blir beroende av en helhetsbedömning i vilken positivt och negativt väges mot varandra. Det ges inga fasta gränser och ingen schematisk ordning för prövningen. Det gäller att avgöra huruvida avtalsvitet är uppenbart obilligt. Om detta är fallet, skall en skälig nedsättning ske.

Lagrummets formulering »*uppenbart*» obilligt ger vid handen att det kräves en på-

taglig och klart påvisbar divergens mellan utfäst avtalsvite och skälig ersättning. Detta ger borgenären skydd. Han behöver inte finna sig i en nedsättning motiverad av en mindre grad av oskälighet. Så länge skälighetsstandarden inte klart rubbats kan borgenären räkna med att avtalets vitesklausul kommer att följas. För gäldenären dras en toleransgräns: han måste tåla vissa följder utan att få kompensation i form av nedsättning. Också rättssäkerheten fordrar att en lägre grad av oskälighet lämnas obeaktad.

Vihma, Sopimussakko 138 ff. — Jfr Taxell, Aktieägarens rättsskydd 46 f.

När nedsättning in casu ifrågakommer, sker den »efter ty skäligt prövas». Reduceringen bör vara så stor att det uppenbart oskäliga i avtalsvitet elimineras.

Det belopp, med vilket nedsättning sker, kan ibland bedömas med ledning av vad som är gängse vite vid liknande avtal. Den omständigheten att ett vite av viss storlek, t.ex. en viss procent av en bestämd varas värde, allmänt användes, utesluter inte att vitet är oskäligt, generellt eller in casu. Överensstämmelse med det som är brukligt kan likväl uppfattas som en presumtion för skälighet, varemot en väsentlig avvikelse uppåt kan peka på oskälighet.

HD 1964 II 80: då det i några avtal om virkesleverans intagna vitet, 25 % av virkets värde, inte var högre än gängse vite i leveransavtal rörande likartade trävaror, och då säljaren inte framfört sådana omständigheter på grund av vilka vitesbeloppet i avtalen var att betrakta som uppenbart obilligt, förkastades kravet på nedsättning. — Min. (1) ansåg vitet vara uppenbart obilligt och voterade för en nedsättning till 10 %. — Se även *HD 1961 II 25, 1953 II 127, 1945 II 83.*

Part kan ej genom klausul i avtalet avstå från sin rätt att få avtalsvitet nedsatt om dess utdömande är uppenbart obilligt. AvtL § 36 är i den meningen absolut. Stadgandet skulle annars förlora sin rättsskyddsfunktion. Erlagt vite kan likväl inte krävas tillbaka (AvtL § 36 in fine) om inte förbehåll gjorts vid betalningen.

Vihma, Sopimussakko 157.

Jämkning av avtalsvite kan ske ända ned till nollgränsen. Detta förutsätter att det med hänsyn till förhållandena in casu vore uppenbart obilligt att överhuvud kräva avtalsvite.

Hakulinen 205; Vihma, Sopimussakko 150 ff, anser att vitet ej kan helt avlägsnas, likväl med undantag för det fall att vitet ej haft påtryckningssyfte och att förlust inte uppkommit.

HD 1944 II 134: leveransavtal (virke) hade inte helt fullgjorts av anledning att köparen inte betalat två partier; köparen ålades att betala avtalat pris men befriades från utfäst vite då detta, med hänsyn till det som framkommit i målet, prövades vara uppenbart obilligt.

Inhemsk *rättspraxis* ger inte någon klar bild av huru skälighetsbedömningen i praktiken skett.

Vanligen har avtalsvitet nedsatts utan att domstolen anfört de omständigheter som motiverat detta. Ibland har domstol åberopat AvtL § 36, ibland har den endast konstaterat att avtalsvitet är oskäligt.

I följande avgöranden har nedsättning skett med uttrycklig hänvisning till AvtL § 36 men utan närmare motivering:

HD 1951 II 149 (avverkningskontrakt).

HD 1946 II 292 (leverans av minankaren), råvarubrist under pågående krig synes ha varit en omständighet, som motiverat nedsättning, detta har likväl inte sagts i domsmotiveringen.

HD 1944 II 262 (fastighetsköp, ref. s. 449), min. i HD godkände krav på nedsättning i stöd av AvtL § 36 med motivering att vitet var uppenbart oskäligt med beaktande av föreliggande omständigheter.

HD 1940 I 15 (leverans av virke).

HD 1938 II 104 (byggnadsentreprenad).

HD 1934 II 11 (leverans av virke).

Se även *HD 1953 II 127*, *1949 II 322*, krav på nedsättning förkastades då avtalsvitet ej kunde anses uppenbart obilligt.

Ibland har avtalsvitet utan närmare motivering nedsatts såsom oskäligt utan uttrycklig hänvisning till AvtL § 36:

HD 1960 II 95 och *HD 1944 II 134* (leverans av virke), nedsättning med beaktande av omständigheter som framkommit i målet.

IV. Kan gäldenären åläggas att betala *ersättning utöver avtalsvitet*? Lagen ger intet svar.

Två alternativ är möjliga:

a) avtalsvitet anger ett *maximibelopp* för ersättningen, nedsättning (till förmån för gäldenären) kan ske i stöd av AvtL § 36,

b) avtalsvitet utgör ett av parterna fixerat »*normbelopp*», som kan justeras antingen nedåt (AvtL § 36) eller uppåt (till förmån för borgenären).

För ersättning utöver normbeloppet kan olika grunder tänkas bli åberopade:

— en justering uppåt sker med beaktande av skälighetssynpunkter (jfr AvtL § 36),

— borgenären kräver ersättning enligt vanliga grunder i stället för avtalsvite (alternativ ersättning), eller

— borgenären kräver avtalsvite och därjämte ersättning som inte täckes av vitet (kumulativ ersättning).

I den mån man fäster avseende blott vid avtalsvitets ersättningsfunktion (I) blir resultatet i praktiken detsamma oberoende av om ersättningen uppfattas som alternativ eller kumulativ.

I nordisk *litteratur* har olika uppfattningar framförts om ersättning utöver avtalsvitet.

I finländsk doktrin har man i allmänhet — med skiftande motiveringar — ansett att ersättning utöver avtalsvitet kan ifrågakomma, vitet utgör sålunda närmast en minimiersättning: Palmgren, JFT 1937 773 ff och Vihma, Sopimussakko 230 ff, vilka båda ger en översikt av och kommentar till tidigare doktrin samt hänvisar till utländsk lagstiftning; Hakulinen 201, Palmgren — Olsson 112. — A.å. Ilmari Caselius, Sopimussakon suhteista vahingonkorvaukseen (DL 1929 356—378), Rakennusurakka 149 ff, se även Pirkko-Liisa Aro, Sopimussakon ja vahingonkorvauksen suhteesta rakennusurakassa (DL 1971 323—339) 337 f.

I svensk rätt har man ansett att vite och skadestånd i regel inte kumuleras, Rodhe § 47 vid not 26—28, jfr Alméns § 25 vid not 27—29.

För dansk rätt anser Ussing, 164 f, att vitet (konventionalbod) är ett minimibelopp för ersättningen, borgenären kan kräva ytterligare ersättning enligt allmänna regler, detta blir dock beroende av vad vitet enligt avtalet skall täcka.

I norsk doktrin uttalar Arnholm, III 305 f, att huvudregeln är att borgenären kan välja mellan vite och den rätt till ersättning, som han eljest skulle ha, vilket betyder att vitet anger ett minimibelopp som borgenären kan kräva utan att bevisa skadans storlek; se även Augdahl 302.

Enligt tysk rätt utgör vitet ett minimibelopp för ersättning, krav på ersättning utöver vitet kan således göras gällande; BGB §§ 340 m. 2, 341 m. 2, Larenz I 287. — I schweizisk rätt uppfattas vitet som ersättning för vilken strikt ansvar gäller, överskjutande ersättning är beroende av gäldenärens vållande; SchwOR Art. 161.

I engelsk rätt gäller att vite av karaktären »liquidated damages» är bindande för parterna, Treitel 612.

Inhemsk *rättspraxis* ger inte någon klar bild av situationen.

I följande avgörande kan HD sägas ha tagit ståndpunkt för uppfattningen att ersättning utöver avtalsvite kan utdömas utan annat skäl än att förlusten överstiger avtalsvitet:

HD 1951 I 16: avtal rörande avverkning, endast avtalsvite utdömdes då det inte styrkts att underlåtet fullgörande av avtalet skulle ha orsakat skada som var större än avtalsvitet.

Se även min (2) i *HD 1954 II 35* (ref. s. 451); Aro, DL 1971 327.

I några avgöranden har HD tillbakavisat krav på ersättning utöver avtalsvitet då avtalet inte givit stöd härför (förbehåll har saknats):

HD 1944 II 262: föravtal rörande fastighet hade inte lett till slutligt avtal; avtalsvite utdömdes, däremot ogillades säljarens krav på ersättning för arvode som givits till förmedlare, då det inte visats att köparen förbundit sig att svara härför.

HD 1940 II 219: virkesleverans, avtalsvite 120 mk för varje olevererad famn; säljaren hade inte levererat hela den avtalade mängden, köparen hade gjort täckningsköp och betalat 680 mk högre pris per famn, varför han yrkade ersättning i överensstämmelse härmed; HD utdömde endast avtalsvitet då köparen inte i avtalet förbehållits rätt att kräva ersättning

för den händelse att förlusten av utebliven leverans skulle bli större. — Min. (2) utdömde ersättning enligt täckningsköpet.

HD 1929 II 408: avtal om restaurangmusik; restaurangägaren hade brutit avtalet, han ålades att betala utfäst avtalsvite (lön för 2 månader), krav på skadestånd utöver avtalsvitet förkastades då förbehåll i sådant avseende inte gjorts i avtalet.

Den omständigheten att lagen — AvtL § 36 — ger möjlighet att sänka avtalsvite, kan inte e contrario tolkas så, att en högre ersättning än vitet vore utesluten. Stadgandet konkretiserar blott en allmän skälighetsstandard och ger sålunda inte grund för längre gående slutsatser.

V i h m a, Sopimussakko 258 f.

I brist på lagstadganden måste frågan om större ersättning än avtalsvitet lösas med utgångspunkt i *rättspolitiska* omständigheter. Dels kräver rättssäkerheten att det som parterna avtalat, skall gälla. Dels har man att beakta såväl borgenärens som gäldenärens behov av rättsskydd i det läge som avtalsbrottet framkallat. Dessa omständigheter pekar på nödvändigheten av en lösning som gör det möjligt att in casu mot varandra väga rättssäkerhets- och rättsskyddssynpunkter och som därför inte får binda avgörandet vid en stel norm.

Av relevans är därjämte vilket eller vilka syften som avtalsvitet i det enskilda fallet skall tillgodose.

En utväg vore att bedöma frågan om högre ersättning än det avtalade vitet på basen av samma synpunkter som enligt AvtL § 36 kan föranleda en jämkning nedåt. En tillämpning av en billighetsprincip, som tar hänsyn bl.a. till den verkliga förlust, som borgenären lidit, kan tyckas vara en rimlig lösning.

Detta är likväl inte en framkomlig väg. Skälighetsstandarden, såsom den utvecklats och tillämpats, tar sikte på att minska eller utesluta avtalsförpliktelser vilka framstår såsom uppenbarligen obilliga. Den i AvtL § 36 uttryckta principen kan inte tillämpas i motsatt riktning — avtalsvitets belopp skulle ökas så mycket att det med hänsyn till den förlust, som avtalsbrottet orsakat borgenären, och till övriga omständigheter framstår såsom skäligt. En skälighetsbedömning till borgenärens förmån kan även tillbakavisas med argumentet att borgenären — såsom nedan anges — har andra möjligheter att få sitt rättsskyddsbehov tillgodosett. Detta gäller däremot inte gäldenären, den enda möjligheten för honom består i den utväg som AvtL § 36 anvisar.

Skall man ge borgenären rätt till ersättning till högre belopp än vitet, bör man välja en annan väg: borgenären stöder sig på *allmänna ersättningsregler*. Främst blir det fråga om vanlig avtalsersättning.

Härvid kan den lösningen tänkas att borgenären ges frihet att välja: antingen avtalsvite eller vanlig avtalsersättning. Väljer borgenären det senare alternativet, bör han enligt gängse regler klarlägga förutsättningarna för sitt ersättningskrav. Därvid

löper han risken att gäldenären exculperar sig med verkan att ersättningsanspråket helt underkännes, vilket inte är möjligt i fråga om avtalsvite för vilket ansvaret är strikt (II).

Tanken att låta borgenären välja mellan avtalsvite och avtalsersättning är främmande. Det som har överenskommits, bör gälla. En avtalsklausul binder i princip bägge parter. Detta måste även gälla vitesklausuler.

Jfr V i h m a, Sopimussakko 221 ff, 275.

Den principiellt riktiga lösningen kommer till uttryck i följande fråga: kan gäldenären bli skyldig att *jämte avtalsvite* betala annan ersättning (kumulativ ersättning)?

Vanligen blir det fråga om ett krav på avtalsersättning: borgenären, som inte nöjer sig med det avtalade vitet, yrkar på att ekonomiskt försättas i samma situation som om avtalet hade fullgjorts riktigt. När ersättningsbeloppet fastställes, bör vitet beaktas. Den fråga, som här beröres, är aktuell endast när borgenärens förlust av avtalsbrottet överstiger avtalsvitets belopp.

I första hand beror det på avtalets bestämmelser och vitesklausulens *syften* huruvida ersättning utöver vitet kan ifrågakomma.

HD 1954 II 35: avtal om leverans av virke innehöll vitesklausul, säljaren levererade inte avtalad mängd, köparen krävde ersättning för den faktiska förlust, som han lidit, vilken var större än avtalsvitet bl.a. som en följd av prisstegring; då parterna överenskommit om ett avtalsvite, som var betydligt större än vanligt, måste parternas avsikt anses ha varit att avtalsvitet innefattade ersättning för all den skada, som kunde orsakas köparen av eventuell bristande leverans, på grund härav var köparen inte berättigad att erhålla tilläggsersättning utöver avtalsvitet. — Min. (2) förkastade ersättningsyrkandet på den grund att köparen inte visat att hans förlust översteg avtalsvitet.

Vitesklausulen kan vara begränsad till visst eller vissa slag av avtalsbrott, t.ex. dröjsmål. I detta fall kan borgenären kräva ersättning i stöd av annat avtalsbrott, t.ex. fel i avtalsobjektet.

Syftet med avtalsvitet kan ha varit att ange ett minimibelopp som gäldenären under alla omständigheter bör betala. Möjlighet till högre ersättning är då för handen. Avtalet kan även föreskriva att såväl vite som ersättning skall betalas.

Se *HD 1926 I 58.*

Parternas avsikt kan även ha varit att vitesklausulen definitivt skall reglera ersättningsfrågan. Genom att på förhand bestämma ett ersättningsbelopp har parterna genomfört en riskfördelning som inte bör rubbas. Endast helt extraordinära skäl kan tänkas medföra en omfördelning till gäldenärens nackdel.

Ofta ger själva avtalet inte någon vägledning. Dessa fall behandlas i det följande. Härvid har man att ta fasta på avtalsvitets *normala syften och funktioner.*

Vitet är ett påtryckningsmedel som skall förmå gäldenären att fullgöra avtalet. Det kan i vissa situationer vara ekonomiskt förmånligare för gäldenären att betala vitet än att fullgöra avtalet. Påtryckningsfunktionen saknas. Det förefaller inte rimligt att låta gäldenären vältra över de ekonomiskt ofördelaktiga verkningarna av ett avtalsbrott på borgenären genom att betala ett vitesbelopp som inte täcker borgenärens förlust. Det är inte tilltalande att låta gäldenären genom att betala vite köpa sig fri från ett för honom ofördelaktigt avtal.

För borgenären måste det framstå såsom angeläget att, oaktat ett avtalsbrott, bli försatt i samma ekonomiska situation som om avtalet hade fullgjorts riktigt. Ersättningens begränsande till avtalsvitet kan omintetgöra detta.

Vitesklausulen ger borgenären en processuell förmån: han behöver inte visa att han lidit en förlust eller att normala förutsättningar för ersättningsskyldighet är för handen. Om borgenären vill avstå från denna förmån och visa att hans förlust är större och att gäldenären rättsligt ansvarar härför, borde han inte av vitesklausulen hindras att göra det.

Det brukar framhållas att en vitesklausul avser att tillgodose borgenärens intressen. Detta vore inte fallet om den de facto starkt begränsar omfånget av hans ersättningsanspråk.

Se V i h m a, Sopimussakko 263 f.

De synpunkter, som här framhållits, talar avgjort för kumulativ ersättning. Genom en sådan tillgodoses borgenärens behov av rättsskydd. Mot detta står gäldenärens anspråk på skydd mot en ersättning utöver det av parterna fixerade vitet.

Gäldenären har ett starkt intresse av att veta till vilken gräns hans ersättningsskyldighet sträcker sig. Detta kan för hans del påverka avtalsvillkorens innehåll. Avtalsvitet får inte ses som ett ensidigt borgenärsintresse. Också gäldenärens fördel av den avtalsenliga regleringen måste beaktas.

Avtalsvitet är en överenskommen ersättning. Den av bägge parter godtagna beräkningen av ett eventuellt avtalsbrotts ekonomiska följder bör ömsesidigt respekteras. Ur gäldenärens synpunkt framstår det som inkonsekvent att låta borgenären ensam avgöra om han håller sig till klausulen eller går längre i sitt ersättningsanspråk.

Även rättssäkerhetssynpunkten motiverar att vitesbestämmelsen fattas som en uttömmande reglering av ersättningsfrågan. Parterna har överenskommit om en viss riskfördelning.

En avvägning mot varandra av relevanta synpunkter — här nämnda och andra — ger knappast något klart och entydigt svar. Enligt min bedömning bör man *i princip* anse att en klausul om avtalsvite — när inte annat direkt eller indirekt följer av avtalet — slutligt reglerar ersättningsfrågan. Ersättning utöver avtalsvitet ifrågakommer inte.

Denna ståndpunkt innebär inte att det i varje situation vore uteslutet att ge borgenären ersättning för förlust som inte täckes av avtalsvitet. Särskilda skäl kan motivera ett sådant ersättningskrav. Framför allt bör man sträva att tillgodose borgenärens rimliga krav på skydd mot avtalsbrottets menliga verkningar.

Det är inte möjligt att i detalj ange när och under vilka betingelser större ersättning än avtalsvitet kan ifrågakomma. Endast några synpunkter må nämnas.

I allmänhet bör man räkna med att vitet skall täcka den verkliga förlusten. Om denna förutsättning slår fel och det uppkommer en väsentlig disproportion mellan vite och förlust, kan ett tilläggskrav från borgenärens sida vara motiverat. Detta är särskilt fallet när avtalsbrottet, t.ex. till följd av ändrade förhållanden, orsakar borgenären betydligt större förlust än man kunde förutse när avtalet ingicks. Vitesklausulen bör inte hindra en rimlig justering av den rubbade avtalsbalansen.

Avtalsbrottet kan av gäldenären ha framkallats under sådana omständigheter att det är rimligt att åvälva honom en längre gående ersättningsskyldighet än enligt vitesklausulen. Närmast tänker man på de fall då gäldenären avsiktligt underlåter att fullgöra emedan betalning av vitet för honom innebär en ekonomiskt förmånlig avveckling av avtalsförhållandet.

Vitet kan ha tagits med i avtalet enbart eller huvudsakligen som ett påtryckningsmedel — parterna har inte räknat med att ett avtalsbrott, t.ex. ett dröjsmål, kommer att orsaka borgenären någon förlust. Om denna förutsättning slår fel och en inte emotsedd förlust verkligen uppkommer, ligger det nära att ge borgenären ersättning härför.

Se även T a x e l l, JFT 1959 241 (inverkan av förändringar i penningvärdet).

Bedömningarna kan avsevärt variera med avseende på avtalstyp, avtalens syften och konkreta utformning etc. Frågan om ersättning utöver avtalsvitet kan inte få ett bestämt svar utan en analys av förhållanden med avseende på olika typer av avtal och avtalsbrott.

Betr. entreprenadavtal, se den analys som gjorts av A r o, DL 1971 333 ff; se även C a s e l i u s, Rakennusurakka 149 ff.

När domstol dömer ut ersättning utöver avtalsvitet, bör den av hänsyn till gäldenärens behov av rättsskydd beakta jämväl de skälighetssynpunkter som AvtL § 36 ger uttryck åt. Detta kan leda till att full ersättning inte utdömes.

Se betr. jämkning av ersättning s. 370 f.

Ersättning utöver avtalsvitet är bunden vid gängse förutsättningar för ersättningsskyldighet — bristande exculpering etc. I det avseendet bör ersättningskravet bedömas

annorlunda än anspråket på avtalsvite. När ersättningens storlek bestämmes, har man även att beakta att vitet måhända till en del varit avsett att utgöra ersättning för annan olägenhet än ekonomisk förlust.

15.5. Ersättningsklausuler

I. Gemensamt för de förbehåll, som här sammanföres under begreppet ersättningsklausuler, är att de i något avseende reglerar gäldenärens skyldighet att betala ersättning föranledd av avtalsbrott. Vanligen är det fråga om avvikelser från reglerna om avtalsersättning (positivt avtalsintresse). Direkt eller indirekt kan regleringen gälla andra typer av ersättning, t.ex. ersättning för immateriella värden eller ersättning för negativt intresse i stället för avtalsersättning.

Till ersättningsklausuler i vidsträckt mening kan man även hänföra förbehåll om straffränta och avtalsvite, betr. dem ovan 15.3 och 15.4.

Den följande framställningen tar sikte på klausuler som reglerar avtalsersättningen eller vissa sidor därav.

Det föreligger ofta ett starkt behov att avtalsvägen reglera olika ersättningsfrågor. Härtill bidrar den osäkerhet som råder med avseende på förutsättningarna för vanlig avtalsersättning. Med ledning av de *syften*, som man vill uppnå genom ersättningsklausuler, kan man indela dessa i följande kategorier:

a) Förutsättningarna för avtalsersättning är i olika avseenden oklara och obestämda, det är t.ex. ofta osäkert om culpa-ansvar eller strikt ansvar är för handen. En *precisering* av ansvaret kan ske genom avtalsklausul. Det är likväl att märka att parterna vanligen inte nöjer sig enbart med en precisering av förutsättningarna utan de vill samtidigt nå andra syften (b eller c).

En precisering kan t.ex. ske så att parterna överenskommer om innebörden och omfånget av gäldenärens vårdplikt och sålunda indirekt om huru gäldenärens eventuella vållande skall bedömas.

b) En ersättningsklausul kan *utvidga* parts ansvar: part förbinder sig att betala ersättning om avtalsbrottet orsakats av någon omständighet för vilken han normalt inte svarar. Sålunda kan part ta på sig strikt ansvar i stället för det culpa-ansvar som skulle gälla utan avtalsklausul. Det är även möjligt att vidga ansvaret att omfatta ersättning för sådan indirekt förlust eller sådana särskilda kostnader som vanligen inte täckes av avtalsersättningen.

SBL § 9 m. 2.
HD 1942 II 38: ersättning för skada på lånad bil utdömdes i stöd av utfästelse; jfr min. (1).
Klausul om strikt (utvidgat) ansvar försättes ur kraft om borgenären vållat förlusten, se motiveringarna i *HD 1937 II 143, 1933 II 165.*

c) Vanligen avser ersättningsklausulerna att *begränsa* parts ansvar. Sålunda kan ansvaret helt uteslutas i vissa situationer eller inskränkas till ett bestämt maximibelopp.

I princip står det parterna fritt att avtalsvägen reglera ersättningsfrågorna. Avtalsklausuler skapar vanligen *rättssäkerhet* — parterna har möjligheter att lättare och mera konkret förhandsbedöma verkningarna av avtalsbrott.
Ersättningsklausuler kan innebära ett hot mot parts *rättsskydd.* Detta gäller särskilt de begränsande klausulerna. Deras tillämpning kan leda till att part genom andra partens avtalsbrott helt eller delvis går förlustig de ekonomiska förmåner som avtalet avsett att tillföra honom. De begränsande klausulernas tolkning och tillämpning bör därför noga övervägas in casu (II). Restriktioner måste uppställas särskilt med tanke på den svagare parten i avtalsförhållandet.

II. De begränsande ersättningsklausulerna är vanligen av typen *friskrivningsklausuler:* part fritar sig från ersättningsskyldighet om avtalsbrott inträffar.
Friskrivningsklausuler är i princip gällande.
Det förekommer olika former av friskrivningsklausuler.
Friskrivningen kan vara *total:* ersättningsskyldighet skall över huvud inte ifrågakomma såsom påföljd.
Vanligen är friskrivningen *partiell:* ersättningsansvar förekommer men detta är begränsat. Härvid kan bl.a. följande regleringar ifrågakomma:
— vissa angivna omständigheter skall inte föranleda ersättningsskyldighet; part ansvarar t.ex. inte för följderna av dröjsmål i allmänhet eller för försening orsakad av strejk,
— avvikelse sker från vanliga förutsättningar för ersättningsskyldighet; part ansvarar t.ex. endast för uppsåt eller grovt vållande,
— part fritar sig från följderna av vissa personers åtgärder, t.ex. medhjälpares fel eller försummelser,
— vissa förluster eller skador skall inte ersättas, t.ex. frångången vinst eller avbrott i rörelse,
— ersättningsbeloppet maximeras.

Om friskrivning bl.a. Godenhielm 78 f, Hakulinen 231, Heikonen—Aaltonen 126, Hoppu 119; Rodhe § 48 vid not 14 ff; Ussing 161 f, Günther Petersen, Ansvarsfraskrivelse 7 f, 28 f, A. Vinding Kruse, Ansvarsfraskrivelse for tingsskade i enkelte kontraktsforhold (Festkr. Ussing 1951 279—294); Arnholm III 295, 297 ff, Hole, Ansvarsfraskrivelse 3 f, 7 f, Andersen, Skadeforvoldelse 455 ff.

Ersättningsklausuler kan, beroende på innehållet, träda i funktion när avtalet hävts eller när det förblivit bestående.

HD 1959 II 42: ersättningsklausul tillämpades när avtalet hävdes.

Friskrivningen innebär en avtalad *riskfördelning* mellan parterna. Syftet är att ge den presumtiva gäldenären — den som kan bli ersättningsskyldig på basen av ett avtalsbrott — en förmånligare position genom att inskränka hans ansvarighetsområde. Borgenärens risk vidgas i motsvarande grad.

Se bl.a. Günther Petersen, Ansvarsfraskrivelse 40 f.

Med hänsyn till borgenärens rättsskydd erbjuder friskrivningsklausulerna *betänkligheter* främst i två avseenden.

För det första är det möjligt att part i skydd av en friskrivningsklausul kan låta bli att fullgöra avtalet utan att påta sig några menliga konsekvenser av avtalsbrottet. En säljare kan t.ex. låta bli att prestera om detta med hänsyn till uppkomna prishöjningar vore oförmånligt. Klausulen inbjuder till spekulation på motpartens bekostnad. Man kan därför starkt ifrågasätta giltigheten av en klausul som de facto gör avtalets fullgörande beroende av parts godtycke. Avtalsbundenheten blir ensidig.

För det andra är det ofta den starkare parten som dikterar en friskrivningsklausul. Han utnyttjar sitt övertag för att så långt som möjligt överföra den ekonomiska risken för ett avtalsbrott på den andra parten. Den svagare parten behöver skydd mot klausuler av denna typ.

Betr. farorna av friskrivning, Günther Petersen, Ansvarsfraskrivelse 189 ff.

Dessa omständigheter bör beaktas när man in casu har att bedöma friskrivningsklausulernas giltighet och rättsverkan. I den mån borgenärens rättsskydd så kräver bör en ersättningsklausul helt eller delvis kunna sättas ur funktion.

Se bl.a. Arnholm III 300 ff.

Mot denna bakgrund skall några synpunkter framhållas.

I några fall har *lagen* helt eller delvis förbjudit begränsande ersättningsklausuler. Huvudmotivet har varit att tillgodose borgenärens rättsskydd. Utgångspunkten kan ha varit att den svagare parten behöver skydd mot den andra partens friskrivning.

Det är särskilt angeläget att ge skydd mot den part som ensidigt utformar standardkontrakt eller dominerar en viss verksamhetssektor och som på grund därav kan utnyttja sitt övertag i avtalsmekanismen.

HyresL § 17 jfr §§ 14 m. 2 och 16. — JordlegoL § 15 m. 5; Hakulinen, Vuokraoikeus I 152 f, anser att stadgandet ej kan tillämpas i situationer (exekutiv försäljning av fastighet),

vilka faller under JB 11: 6, som ger möjlighet till förbehåll, det senare lagrummet bör ges företräde.

Inom transporträtten förekommer i lag begränsningar av eller förbud mot friskrivning. — SjöL §§ 122, 171 m. 3, 172. KonossementLs ansvarighetsregler är tvingande rätt i den meningen att inskränkningar är utan verkan, § 3 p. 8; bortfraktaren kan däremot påta sig ett vidgat ansvar, § 5 m. 1. — LuftbefordrL § 23.

De transporträttsliga friskrivningsfallen skall inte närmare uppmärksammas i denna framställning; se bl.a. Staffans 236 f, Jørgensen, Erstatning for personskade 449, Grönfors, Allmän transporträtt 28, 69 f.

En mot lag stridande friskrivningsklausul är ogiltig i den utsträckning lagen åsidosatts. I stället gäller lagens ersättningsregler.

Även *utanför de i lag särskilt reglerade fallen* blir det inte sällan fråga om friskrivningsklausulers rättsliga verkan.

Ersättningsskyldigheten kan i allmänhet begränsas till culpa-ansvar när *strikt ansvar* skulle gälla om förbehåll inte hade gjorts. En sådan avtalad riskfördelning är godtagbar med hänsyn till att culpa-ansvaret är en alternativ ersättningsform. De omständigheter, som motiverar strikt ansvar, har inte den tyngd att de under alla förhållanden borde vara bestämmande. Gäldenärens ansvar bör därför i regel kunna mildras så att det bedömes som ett culpa-ansvar.

Kan part genom avtalsklausul eliminera eller begränsa sitt *culpa-ansvar*? Frågan gäller m.a.o. huruvida den part, som vållat avtalsbrottet, kan befrias från ansvar i stöd av en friskrivningsklausul.

Man har att utgå från att klausulen gäller. Friskrivningsklausulen tillämpas utan att man undersöker eller tar ställning till om gäldenären vållat avtalsbrottet. Skuldfrågan är inte relevant.

Se *HD 1959 II 42.*

Det vore likväl oriktigt att helt se bort från gäldenärens vållande. Man måste hysa starka betänkligheter mot att låta borgenären bära risken för gäldenärens eget handlande eller underlåtande. En ersättningsklausul bör inte leda till att det ligger i gäldenärens skön om han vill fullgöra avtalet eller låta bli. Om så vore fallet, skulle avtalet de facto vara bindande blott för den ena parten. Avtalets funktion såsom en form av samverkan mellan parterna skulle avsevärt reduceras.

Gäldenären bör därför inte med bindande verkan kunna frita sig från ansvar för *uppsåt*. Om han avsiktligen underlåter att fullgöra avtalet enligt dess innehåll, blir han ersättningsskyldig trots förbehållet.

Grovt vållande kan i stort sett bedömas lika. Man bör inte se bort från det allmänna lojalitetskravet. Det är inte rimligt att part skall kunna frita sig från sina mest elementära skyldigheter att tillgodose den andra partens fördel och intresse. Avgörandet måste fattas på basen av en prövning in casu med beaktande av graden av väl-

lande — grovt vållande kan å ena sidan tangera uppsåt, å andra sidan vanligt icke kvalificerat vållande (s. 101).

Allmänt anses att friskrivningsklausuler inte gäller vid uppsåt och i regel inte heller vid grovt vållande; se Godenhielm 79, Säljarens bundenhet 113, Hakulinen 231, Portin, JFT 1971 48, Rodhe § 48 vid not 14, Karlgren, Produktansvaret 146 f, Ussing 161 f, Günther Petersen, Ansvarsfraskrivelse 43 ff, Arnholm III 302.

Jfr LuftbefordrL § 25: om skada med uppsåt eller grov vårdslöshet orsakats av fraktförare eller hans folk, kan han inte åberopa de bestämmelser i lagen som utesluter eller begränsar hans ansvarighet.

Klausulen »tel quel» (se HB 1: 4) ger köparen ersättningskrav om säljaren handlat svikligt; se Godenhielm 108.

SchwOR Art. 100: en klausul, som utesluter ersättning vid uppsåt eller grovt vållande, är ogiltig; i vissa fall gäller inte friskrivning för lindrigt vållande (borgenären är i gäldenärens tjänst eller gäldenären utövar kommersiell verksamhet). — BGB § 276 m. 2.

Med avseende på *vanligt vållande* kan tvekan uppstå om giltigheten av friskrivningsklausuler. Det är varken ändamålsenligt eller alltid möjligt att dra en klar gräns mellan grovt vållande och annan culpa. Man har att beakta såväl borgenärens behov av skydd som lojalitetssynpunkterna. Det kan vara motiverat att i en del situationer låta borgenären få det skydd, som allmänna ersättningsregler ger, trots att han genom en friskrivningsklausul avstått från ersättningsanspråk. Å andra sidan kan gäldenären ha ett godtagbart behov att kunna frita sig från följderna av vanlig culpa.

Avvägningen mot varandra av konträra synpunkter ger regeln att part kan friskriva sig från ansvar för vållande som inte är grovt. Detta kan likväl inte gälla undantagslöst.

Man har in casu att avgöra om det föreligger sådana omständigheter att friskrivningsklausulen inte kan tillerkännas full rättsverkan. Härvid bör särskilt beaktas om borgenärens behov nödvändigt anses kräva att ersättning betalas. Särskilt när borgenären är den klart svagare parten är det anledning att ifrågasätta friskrivningsklausulens rättsverkan. Också skälighetssynpunkter bör ges utrymme i bedömningen. Avtalets och avtalsprestationernas beskaffenhet kan likaså ha relevans. Av betydelse är bl.a. vederlagets storlek. Sålunda är det motiverat att utesluta ansvar för gäldenären när avtalet ger förmåner huvudsakligen åt borgenären.

Se Arnholm III 302, Hole, Ansvarsfraskrivelse 9 ff, 18 ff, A. Vinding Kruse, Festskr. Ussing 282.

Med avseende på ansvarsfriskrivningar, som gäller personskador orsakade av skadebringande egenskaper hos avtalsobjektet, bör man vara mycket restriktiv.

Se Karlgren, Produktansvaret 147 ff.

Även klausuler, som fritar fackmän från ansvar, bör i allmänhet bedömas restriktivt.

Se Jørgensen — Wanscher, Juristen 1967 435.

Gäldenären kan gå fri från ansvar för händelser, som innefattas i en friskrivningsklausul, men bli ansvarig för förlust som orsakats av att han, efter det avtalsbrott förekommit, underlåtit att vidta åtgärder i syfte att skydda borgenärens intressen. I friskrivningsklausulerna innefattas inte a priori sådana fall av brott mot lojaliteten.

Se motiveringen i *HD 1945 II 208:* hyresvärd hade friskrivit sig från skadeståndsskyldighet beträffande bristfälligheter och fel, som yppade sig i lägenheten; denna hade skadats vid flygbombardemang; hyresgästen krävde befrielse från erläggande av hyra för den tid lägenheten inte varit beboelig; HD förkastade anspråket i stöd av avtalsvillkoren då det inte framgått att hyresvärden låtit komma sig till last försumlighet vid avhjälpandet av den skada som drabbat lägenheten.

En klausul, genom vilken part fritar sig från ansvar för sina *medhjälpares* fel eller försummelser, bör i regel tilläggas rättsverkan. Beroende på omständigheterna bör friskrivningsklausulen likväl i undantagsfall anses vara utan verkan. Det kan vara oskäligt eller stå i strid med lojalitetskravet att helt förbise borgenärens behov av skydd i form av ersättning. När avtalet faller inom ramen för gäldenärens företagsverksamhet, kan det föreligga skäl att vara restriktiv vid tolkningen och tillämpningen av friskrivningsklausuler. Parts risk för fel och försummelser i egen företagsverksamhet skall inte obegränsat kunna överföras på medkontrahenten.

Jfr *HD 1951 II 114:* ägare till garage, som upplåtits på hyra, hade i avtalet friskrivit sig från ansvar bl.a. för att bil försvinner, ifall detta inte beror på personalens vållande; krav på ersättning för stulen bil förkastades.

Friskrivning från ansvar för medhjälpares fel eller försummelser befriar inte gäldenären från ansvar för eget vållande, som framträder t.ex. i underlåten övervakning eller bristfälliga skyddsanordningar.

Se A. Vinding Kruse, Festskr. Ussing 283 f.

En särskild typ av begränsningsklausuler utgör de förbehåll som anger ett *maximibelopp* för ersättningen. Giltigheten av en sådan klausul bör i allmänhet inte ifrågasättas. Indirekt kan den tjäna som en precisering av avtalsersättningens omfattning, maximibeloppet kan t.ex. vara uträknat med ledning av avtalsobjektets värde. I den mån klausulen med avseende på sina faktiska verkningar kan likställas med en friskrivningsklausul av annan typ bör den bedömas enligt samma normer som denna.

Ussing 162, A. Vinding Kruse, Festskr. Ussing 285 f, H. Klœstad, Ansvarsfraskrivelse i befragtningsforhold (Kristiania 1924) 111.

HD 1947 II 98.

I certepartier och konossement föreskrives t.ex. att ersättning vid avtalsbrott uppgår till högst fakturans belopp, se Rodhe § 47 vid not 22.

Enligt SjöL § 122 m. 1 och 2 kan begränsning ske till visst i lagen angivet belopp, längre gående begränsning är utesluten; se även § 171 m. 3.

Uteslutning eller begränsning av ersättning brukar ibland *kompenseras* med förbehåll om andra påföljder av avtalsbrott, t.ex. skyldighet för säljaren att avhjälpa fel i godset. Detta är ofta en praktisk och för båda parter godtagbar lösning. Om gäldenären underlåter att fullgöra sin »kompenserande» förpliktelse, träder det vanliga ersättningsansvaret i funktion. När man in casu har att avgöra om en friskrivningsklausul skall anses gälla eller inte, bör man beakta de särskilda påföljder som avtalet eventuellt ger borgenären möjlighet att åberopa. Sådana andra påföljder kan »kompensera» den begränsade eller eliminerade ersättningsskyldigheten och därigenom i tillräcklig utsträckning tillgodose borgenärens behov av rättsskydd.

Även force majeure- och garantiklausuler kan ha avseende på ersättningsskyldigheten (s. 461 och 463 f).

III. I regel möter det intet hinder att tillämpa en klausul som *vidgar* gäldenärens ersättningsansvar. Part kan ta på sig ett strängare ansvar än det som följer av allmänna ersättningsregler. Motparten kan ha ett behov av ökad säkerhet. Det skärpta ansvaret kan även tjäna som ett effektivt påtryckningsmedel (jfr avtalsvite s. 442).

Det kan finnas ett behov att skydda part mot en vidgad ersättningsskyldighet. Detta gäller framför allt en svagare part i avtalsförhållandet. Den starkare parten kan tänkas utnyttja sitt övertag för att i avtalet inrycka en för sig förmånlig klausul om rätt till ersättning. Bedömningen måste i detta fall ske med beaktande av gäldenärens behov av skydd.

Lagen kan uttryckligen förbjuda klausuler som vidgar ansvaret.

HyresL § 20 m. 4. — ArbAvtL § 51 bör tolkas så att det inte är möjligt att skärpa arbetstagares ersättningsansvar utöver det i m. 1 fastslagna culpa-ansvaret; se även § 48 m. 3.

KonossementL § 5 m. 1 tillåter uttryckligen ett skärpt ansvar.

Klausuler, som vidgar parts ersättningsansvar, kan *jämkas* eller helt lämnas utan avseende enligt gängse regler om jämkning av obilliga avtalsvillkor (s. 157).

15.6. Force majeure-klausuler

Utmärkande för force majeure-klausulerna är att part förbehålles frihet från ansvar eller lindring av sitt ansvar eller att påföljdsfrågorna i övrigt regleras på ett från vanliga regler avvikande sätt, om det inträffar händelser som faller utanför parts verk-

ningskrets. Klausulerna inkluderar oftast händelser, som inte utgör force majeure i egentlig mening (s. 119), t.ex. strejk, eldsvåda, transporthinder. Med avseende på sina rättsverkningar kan klausulerna variera mycket: de kan utesluta eller begränsa normala påföljder för borgenären (hävning, ersättning) eller ge gäldenären befogenheter som annars inte tillkommer honom (att frånträda avtalet, uppskjuta prestationen etc).

Force majeure-klausulerna innebär en omfördelning av parternas *risker*. Det sker i regel till förmån för gäldenären som får sitt ansvarighetsområde begränsat. I undantagsfall kan en force majeure-klausul innebära en utvidgning av gäldenärens ansvar, t.ex. när den intas i ett avtal för vilket ett culpa-ansvar normalt gäller — den precisering, som härigenom sker, kan vidga gäldenärens ansvarighetsområde.

I många avtalsförhållanden finns det uppenbarligen ett starkt behov av force majeure-klausuler. Man kan peka på två omständigheter. För det första är begreppet force majeure så obestämt och oklart att det är till fördel för båda parter att en precisering sker genom avtalet. För det andra är det ofta rimligt att konsekvenserna av en händelse av extraordinär art utanför parternas verkningskrets inte skall bäras blott av den ena parten. Klausulen kan fördela riskerna på ett lämpligt sätt.

Force majeure-klausulerna har en vidsträckt användning, de förekommer bl.a. i sjö- och transporträtten. — Betr. force majeure-klausuler se Godenhielm, Säljarens bundenhet 111 ff, Hellner 100 ff, Alméns § 24 vid not 92 ff, Rodhe § 48 vid not 64.

Med hänsyn till de motiv, som bär upp force majeure-klausulerna, föreligger intet hinder att i regel tillerkänna dem giltighet. Den omständigheten att en händelse, som faller under en force majeure-klausul, kunnat förutses vid avtalets ingående utesluter inte klausulens tillämplighet. En force majeure-klausul kan vara särskilt starkt motiverad t.ex. när en tillverkare räknar med att strejk kommer att inledas.

Vid tillämpningen av force majeure-klausuler har man att ta ställning till följande frågor:

1) Faller den händelse, som föranlett avtalsbrottet, under klausulen?

Ibland användes i klausulen endast termen force majeure, övermäktigt hinder etc. utan närmare precisering. Uttrycket bör då tolkas i överensstämmelse med vad man i allmänhet menar med force majeure. En begränsning av gäldenärens riskområde har egentligen inte skett (jfr dock p. 3). Ofta anges likväl händelser utanför det gängse force majeure-begreppet — strejk eller annan arbetsinställelse, eldsvåda etc. — vanligen med ett tillägg »annan händelse utanför parts kontroll» el. dyl. Det blir beroende av en tolkning huruvida en händelse, som innefattar avtalsbrott, inkluderas i förbehållet.

Se Godenhielm, Säljarens bundenhet 145 ff. — *HD 1950 II 77.*

2) Har den inträffade händelsen hindrat eller försvårat avtalets fullgörande?

Det gäller att med hänsyn till den formulering, som klausulen använder, avgöra om det förefinnes ett orsaksförhållande mellan händelsen och avtalets bristande fullgörande. En eldsvåda i producentens fabrik behöver t.ex. inte omöjliggöra leverans, varan kan i tillräcklig mängd finnas i ett oskadat lager. Om prisstegring hänförts till klausulhändelserna, gäller det att avgöra om t.ex. en stegring av världsmarknadens råvarupriser är av den storleksordning att den berättigar tillverkaren att åberopa force majeure-klausulen.

Godenhielm, Säljarens bundenhet 191 ff, Hellner 101, Almén § 24 vid not 97 ff.

3) Vilken eller vilka påföljder inträder?

Force majeure-klausulerna anger påföljderna av klausulhändelser. Gäldenären kan t.ex. fritas från ersättningsskyldighet när dröjsmål inträffat på grund av strejk. Ofta ges gäldenären befogenheter som inte annars skulle tillkomma honom — att annulera avtalet, uppskjuta prestationen, kräva högre vederlag, avlämna gods på annan plats etc. Sådana särskilda påföljder utesluter inte utan vidare borgenärens normala befogenheter vid avtalsbrott. Om t.ex. en säljare till följd av strejk inte utnyttjar sin rätt att annulera avtalet, är det möjligt att köparen häver köpet. Genom tolkning av förbehållet och avtalet i övrigt har man att avgöra i vad mån force majeure-klausulerna utesluter eller begränsar normala påföljder av avtalsbrott.

Se Godenhielm, Säljarens bundenhet 166 ff.

15.7. Garantiklausuler

Med *garanti* avses i detta sammanhang att part genom bestämmelse i avtal påtar sig ansvar för ett visst sakförhållande eller för att en lämnad uppgift överensstämmer med verkligheten. Den som skall fullgöra en prestation, kan garantera att avtalsobjektet är felfritt eller har vissa egenskaper, att prestation kommer att ske på bestämt sätt eller vid angiven tidpunkt etc. Termen garanti behöver inte användas.

Tvister har ofta uppkommit därom huruvida garanti förelegat eller inte, t.ex. *HD 1948 II 444* (ref. s. 329), *1933 I 84:* fastighetsköp, säljaren hade visserligen givit oriktiga uppgifter om fastighetens areal, men då han inte i köpebrevet garanterat arealens storlek och ej heller vilselett köparen, förkastades anspråk på hävning.

Se även *HD 1924 D II 469:* viss i domen angiven omständighet »måste hava (för borgenären) framstått såsom innefattande jämväl garanti». — *HD 1935 II 228.*

Ifall den omständighet, som gäldenären garanterat, inte är för handen vid den tidpunkt, som enligt avtalet är relevant, kan borgenären göra en påföljd gällande. Här-

vid stöder han sig på garantiklausulen utan att därutöver behöva åberopa andra förutsättningar för en påföljd. Denna kan ha fixerats i garantiklausulen, t.ex. krav på reparation av avtalsobjektet, eller vara en allmän påföljd, t.ex. ersättning.

Ersättning på basen av garanti har utdömts bl.a. i *HD 1947 II 273, 1939 II 443.*

Garantin framträder inte alltid i en särskild klausul. Den kan ges konkludent. I det följande beaktas endast de egentliga garantiklausulerna.

Betr. garantiklausuler bl.a. Heikonen — Aaltonen 96 f, Godenhielm 106 f, 132 f, Hellner 157 f. — Se även SvKöpL § 42 m. 2 »egenskap som kan anses tillförsäkrad», Aléen § 42 vid not 83a ff; jfr T. M. Kivimäki, Esineen ominaisuuksiin kohdistuvasta erehdyksestä kaupassa (LM 1955 1—65) 20 f.

L om foder- och gödselmedel (7.6. 1968/335) § 11 samt L ang. in- och utförsel av samt handel med frövaror (9.4. 1937/148) § 7 ålägger säljaren att utfärda garantibevis.

Termen garanti användes i juridiskt språkbruk i olika bemärkelser och i olika sammanhang.

Rodhe, § 2 vid not 29, § 21, har präglat termen garantiförpliktelser för en mycket omfattande grupp av avtalsförpliktelser som han ställer vid sidan av förpliktelser till uppfyllelse. Till garantiförpliktelserna hänför Rodhe sådana förpliktelser som innebär att gäldenären — utan att någon förpliktelse till uppfyllelse är för handen — ansvarar för att vissa fakta föreligger vid en viss tidpunkt. Denna bestämning av begreppet garantiförpliktelse avviker från vedertagen uppfattning, den godtas inte här. I detta sammanhang är det fråga blott om garantiklausuler i avtal. Betr. kritik av Rodhes terminologi, Arnholm III 17 f och TfR 1958 136 ff, A. Vinding Kruse, Juristen 1958 291 f. I sin Lärobok i obligationsrätt (2 uppl. Stockholm 1969) har Rodhe utbytt termen garantiförpliktelse mot *ansvarsförpliktelse* (s. 21 i läroboken).

Inte sällan användes termen tyst eller stillatigande garanti. En garantiförbindelse kan vara av detta slag. Men när man t.ex. bygger säljarens ansvar för fel i godset på en underförstådd (tyst) eller presumerad garanti, är man inne på fel spår. Garanti är ett åtagande med avvikelse från det normala.

Se t.ex. Aléen, bl.a. § 24 vid not 9 (dröjsmål), som uppfattar avtalet såsom en garantiutfästelse och sålunda bygger ansvaret på en underförstådd garanti.

Garanti i här avsedd mening är inte heller det att någon tar på sig ansvar för betalningen av annans skuld, t.ex. borgen.

Garantiansvar användes ibland som synonym till strikt ansvar, denna terminologi kan inte förordas.

Garantiklausuler motiveras främst med ett behov att *precisera* förutsättningarna för vissa påföljder av avtalsbrott. Det råder t.ex. oklarhet därom vilka fel i godset som en köpare kan åberopa och när detta bör ske. Sådana oklarheter kan till gagn för bägge parter elimineras eller minskas genom att garantiklausuler användes. Härigenom främjas även rättssäkerheten.

Därjämte kan en garantiklausul tillgodose parternas eventuella behov av en annan *riskfördelning* än den vanliga.

Garantiklausulerna skärper eller *vidgar* ofta gäldenärens ansvar. En säljare garanterar t.ex. godsets lämplighet för visst ändamål eller dess felfrihet under viss tidrymd. Även den förenkling av bevisfrågan som en garantiklausul vanligen innebär — borgenären kan stöda sitt krav direkt på klausulen — kan de facto betyda en skärpning av gäldenärens ansvar.

HD 1947 II 273: säljare av bil hade garanterat att den ej hade förborgade fel, ersättningstalan godkändes på basen av garantin.
Se även HD 1923 D II 180.

I många fall betyder garantiklausulerna en *begränsning* av gäldenärens ansvar. Borgenärens möjligheter att göra påföljder gällande kan de facto inskränkas av garantin. Sålunda kan en viss tids garanti för köpgodsets egenskaper leda till att köparens rätt att framställa anspråk avskäres tidigare än annars vore fallet.

Se Jørgensen 149.
Garantiklausuler bör vanligen tolkas så att anspråk skall framställas inom garantitiden. Detta gäller i stor utsträckning t.ex. de vanliga garantiklausulerna i avtal om byggnadsentreprenad utan att den bestämda tidsgränsen likväl helt avskär anspråk mot entreprenören; se *HD 1968 II 97, 1928 II 93.*

En garantiklausul kan ange *särskilda påföljder* som avviker från de normala. Sålunda kan garantin innefatta en rätt och skyldighet för gäldenären att avhjälpa fel vilka inom garantitiden yppar sig i avtalsobjektet.

Det beror på en tolkning av garantiklausulen och av avtalssituationen som helhet om en i klausulen angiven särskild påföljd utesluter borgenärs rätt att göra vanliga av avtalsbrott härflytande anspråk gällande. Härvid har man främst att beakta i vilken utsträckning klausulen preciserar och reglerar parternas riskområden. Borgenären kan i överensstämmelse härmed grunda vanliga anspråk på faktorer som inte omfattas av garantiklausulen — hävning av köp kan t.ex. ske på den grund att godset inte lämpar sig för avsett ändamål när garantin blott gäller material- och konstruktionsfel. Däremot är hävning i allmänhet utesluten under garantitiden om gäldenären i överensstämmelse med garantiklausulen avhjälpt eller erbjudit sig att avhjälpa fel i avtalsobjektet.

Se Hellner 158; Jørgensen 157.

Ifall gäldenären inte fullgör den skyldighet, som garantiklausulen åvälver honom, kan borgenären i regel ty sig till vanliga påföljder, t.ex. hävning.

HD 1932 II 144: hävning ansågs ej kunna ske då säljaren, som givit ett års garanti för material- och fabrikationsfel, förklarat sig villig att reparera den sålda motorn; min (2) godtog hävning, då motorn flera gånger gått sönder.
Se även Hellner 158, Jørgensen 157.

I tveksamma fall bör bedömningen ske med ledning av parternas faktiska behov av rättsskydd. Därvid blir det inte minst fråga om huruvida en garantiklausul i alltför stor utsträckning begränsar borgenärens möjligheter att bli delaktig av avtalets ekonomiska förmåner. Där så är fallet, kan man presumera att klausulen inte eliminerar vanliga påföljder. I den mån en garantiklausul de facto betyder att gäldenären befrias från ersättningsansvar eller detta begränsas, bör den bedömas i överensstämmelse med det som sagts om begränsande ersättningsklausuler (s. 456 ff).

HD 1937 II 50: säljaren, som levererat en frysanläggning, ansågs ha garanterat tillräcklig fryskapacitet; köparen ansågs berättigad att häva avtalet, då anläggningen visat sig vara oduglig för avsett ändamål och säljaren, vars specialområde var frysanläggningar, hade varit medveten om det ändamål för vilket anläggningen skulle användas.
HD 1949 II 405: garanti för såld häst, köpet hävdes (hästen var blind, det hade endast uppgivits att den skevade).

När ersättningskrav grundas på en garantiklausul, är ansvaret att uppfatta såsom strikt. Inte ens force majeure befriar från ersättning.

von Büren 403.

Om borgenären i stöd av en garanti rörande avtalsobjektets kvalitet eller kvantitet givits hävningsrätt, är denna vanligen inte beroende av att felet är väsentligt.

Godenhielm 113.

Grantiklausuler kan *jämkas* enligt vanliga regler om jämkning av oskäliga avtalsvillkor (s. 157).

15.8. Särskilda påföljdsklausuler

I det följande nämnes några speciella typer av förbehåll i avtal.

Förverkandeklausuler innebär att gäldenären vid avtalsbrott går förlustig rätten till viss egendom eller viss prestation eller på annat sätt förlorar en ekonomisk förmån. Det kan t.ex. ha avtalats att borgenären vid utebliven betalning blir ägare till ställd säkerhet, att en ombudsman går förlustig sin provision om han bryter mot avtalet

eller att hyresgäst, trots att avtalet häves, är skyldig att betala hyra till hyrestidens utgång.

Se härom bl.a. Kivimäki — Ylöstalo 321 f (talar i detta sammanhang om hävningsförbehåll), Wrede, Avtalslagen 128 f, Ussing 165 f, Arnholm III 307 f, Fikentscher 264. — Rodhe, § 52 vid not 2—36, framhåller att skillnaden mellan en förverkandebestämmelse och en vitesbestämmelse är en formuleringsfråga, varför det i allmänhet saknas anledning att skilja mellan dessa två typer av avtalsklausuler. — Se även s. 441.

Klausuler av detta slag — till sitt innehåll kan de vara mycket olika — utgör effektiva påtryckningsmedel. Betänkligheterna mot klausulerna ligger främst däri att de ofta ensidigt tillgodoser den ena parten på den andras bekostnad och äventyrar det rättsskydd som bör ges den svagare parten.

Förverkandeklausulerna gäller vanligen för de situationer då avtalet häves (se AvtL § 37 m. 1). Men en sådan klausul behöver inte bindas vid hävning. I avtal kan t.ex. ingå en bestämmelse att av köpare erlagd handpenning inte avräknas från priset om detta inte betalas i rätt tid.

På grund av de faror, som är förenade med förverkandeklausuler, har lagstiftaren inskridit.

I några fall har lagen uppställt *förbud* mot förverkandeklausuler. Om en sådan klausul intas i avtal, är den ogiltig medan avtalet i övrigt gäller.

AvtL § 37 m. 2 (lex commissoria), HyresL § 33 (hyra efter avflyttning då hyresrätten förverkats); AvbetKöpLs absoluta regler om uppgörelse efter köparens avtalsbrott (§§ 2—6) försätter förverkandeklausuler ur kraft, Hakulinen — Raninen, Osamaksukauppa 41 f.

I AvtL § 37 m. 1 ingår ett generellt stadgande om *jämkning* av förverkandeklausuler avsedda att tillämpas när avtal häves. Jämkningen sker enligt de grunder som gäller för nedsättning av avtalsvite (§ 36). Det är sålunda fråga om en skälighetsbedömning. En sådan kan leda till att förverkandeklausulen helt försättes ur kraft eller att gäldenären förlorar blott en del av det förmögenhetsvärde som klausulen avser. Prövningen är inte bunden vid särskilt angivna fakta utan den skall beakta »övriga föreliggande omständigheter».

Se Wrede, Avtalslagen 128 f.

HD 1948 II 381: fastighetsköp återgick på grund av bristande betalning; enligt klausul fick säljaren i stöd av AvtL § 37 behålla förskott (5000 mk, hela priset 180.000 mk).

Betr. nedsättning av avtalsvite (AvtL § 36), s. 445.

Jämkning av förverkandeklausuler gäller enligt ordalydelsen i AvtL § 37 m. 1 endast i de fall då avtalet häves. Det är likväl uppenbart att en jämkning kan ifrågakomma även när avtalet inte häves men det likväl är fråga om förverkande av en

förmån. En sådan klausul kan vanligen utan större svårighet betraktas som jämförbar med en vitesklausul.

Exempel: rabatt förloras om betalning inte sker i tid; en sådan klausul är ofta motiverad men kan bli osäklig om det nominella priset sättes högt och den frångångna rabatten sålunda blir en form av vite; Arnholm III 307 f. — Se även Hakulinen 205 (p. 4).

Förfalloklausuler förekommer ofta i avtal om successiva prestationer: dröjsmål med en prestation ger borgenären rätt att omedelbart kräva en eller flera återstående prestationer. Sådana klausuler förekommer nästan alltid i kreditinrättningarnas låneformulär: dröjsmål med ränta eller amortering ger borgenären rätt att omedelbart kräva det återstående lånebeloppet. Även vid avbetalningsköp är de vanliga.

AvbetKöpL § 2 m. 1: dröjsmål med betalningen bör ha nått viss omfattning för att återstående avbetalningsrater skall anses förfallna, se även § 7 m. 2.
Betr. förfalloklausuler i allmänhet, Rodhe § 41, Ussing 105 f, Halvor Lund Christiansen, Forfaldsklausuler i pantebreve (København 1954).

Mot giltigheten av förfalloklausuler kan några invändningar knappast resas. De kan likväl åsidosättas eller jämkas på basen av en skälighetsbedömning (SBL § 8 etc.).

Genom avtal kan borgenären på olika sätt skaffa sig *säkerhet* för att avtalet fullgöres — pant, säkerhetsöverlåtelse, borgen etc. Lagen ger i stor utsträckning bindande regler för huru säkerheterna kan utnyttjas om gäldenären inte fullgör sin prestation. I viss utsträckning kan parterna genom förbehåll avvika från lagens ordning, t.ex. genom en realisationsklausul i pantavtal med innebörd att panthavaren har rätt att sälja lös pant på det sätt han finner lämpligt.

Taxell, Panträtt 145 ff.

De klausuler, som ansluter sig till olika typer av säkerhetsavtal, beröres inte närmare i detta sammanhang.

Gäldenären kan genom avtalsklausul ges rätt och även skyldighet att vidta åtgärder i syfte att *eliminera följder av avtalsbrott*. Sålunda kan en säljare förbehållas rätt att avhjälpa fel och köparen kan ges rätt att yrka härpå. Sådana särskilda befogenheter kan utesluta vanliga påföljder — rätt för säljaren att avhjälpa fel utesluter sålunda köparens hävningsrätt om avhjälpandet sker inom förutsatt tid (se även s. 430).

Parterna kan överenskomma att *avtalet förfaller* — utan vidare åtgärd — om viss prestation inte sker i tid, t.ex. betalning av en del av vederlaget.

Se *HD 1948 II 381* (ref. s. 466).

16. REKLAMATION. KRAV

16.1. Allmänna synpunkter

De flesta påföljder av avtalsbrott förutsätter åtgärder från borgenärens sida. Borgenären har visserligen frihet att avgöra om han vill göra en påföljd gällande eller ej. Men om han väljer att aktivera en påföljd, måste han vidta de åtgärder som den in casu tillämpliga påföljdsnormen anger — avge hävningsförklaring, kräva ersättning etc. Det är för bägge parter viktigt att det finns regler som tydligt anger vilka konkreta åtgärder som är nödvändiga för att en påföljd skall aktiveras — *påföljdsförfarandet.*

En särskild kategori bildar de påföljder som inträder automatiskt (s. 418).

En avtalad påföljd kan innebära en rätt eller en skyldighet för gäldenären att vidta åtgärder, t.ex. avhjälpa fel i avtalsobjektet (s. 467). I dessa fall kräves aktivitet av gäldenären vilket ofta förutsätter att borgenären tar ett initiativ, t.ex. meddelar gäldenären att avtalsobjektet har fel som bör avhjälpas. Dessa situationer beaktas inte i det följande.

Av särskild betydelse är *tidsfaktorn:* inom vilken tid skall borgenären göra en påföljd gällande?

Påföljdernas primära syfte är att tillgodose *borgenärens* behov av rättsskydd. Påföljdsförfarandet bör, sett ur borgenärens synvinkel, utformas så att borgenären har tid på sig att avgöra dels om ett avtalsbrott är för handen och vilken omfattning det har — t.ex. undersöka eller prova avtalsobjektet — dels vilket eller vilka anspråk han skall framställa — t.ex. hävning eller prisnedsättning.

För *gäldenären* är det väsentligt att få veta om ett avtalsbrott är för handen — det är möjligt att gäldenären inte är medveten härom, t.ex. när avtalsobjektet har förborgat fel. I de fall då gäldenären är medveten om avtalsbrottet är det viktigt för honom att få veta om borgenären kommer att aktivera en påföljd och i så fall vilken påföljd borgenären väljer — hävning, ersättning etc. — samt i vilken omfattning borgenären kommer att göra påföljden gällande. Det är i dessa fall fråga även om gäldenärens behov av rättsskydd.

Det som här antytts, bildar den allmänna bakgrunden till reglerna om reklamation och om framställande av krav (anspråk) med anledning av avtalsbrott.

Lojalitetssynpunkten är i detta sammanhang väsentlig. Borgenären får inte, trots avtalsbrottet, se blott till egen fördel. Man kan kräva av honom att han inom rimliga gränser tar hänsyn även till gäldenärens intressen. Detta betingar bl.a. att borgenären inte bör tillåtas *spekulera* på gäldenärens bekostnad, t.ex. genom att låta ett krav på avtalsprestation bli beroende av prisutvecklingen.

Härmed sammanhänger även den omständigheten att borgenärens passivitet kan skapa *tillit* hos gäldenären. Denne bör, åtminstone så länge han är i god tro, kunna

lita på att det rådande läget motsvarar det som följer av avtalet. Han har inte anledning att räkna med några påföljder. Även när gäldenären är medveten om att ett avtalsbrott förekommit eller borde veta detta, kan borgenärens passivitet framkalla uppfattningen att borgenären inte kommer att påtala avtalsbrottet.

Se *HD 1969 II 11:* indexförhöjning på hyra hade inte krävts under länre tid; hyresvärdens krav på retroaktiv indexförhöjning godkändes då det inte visats att hyresvärden avstått från sin rätt, och hyresgästen ej heller haft grundad anledning tro att hyresvärden avstått från kravet på indexförhöjning. — Min. (1) ansåg att hyresvärden bibringat hyresgästen uppfattningen att den erlagda grundhyran mottagits som fullt hyresvederlag, varför kravet på indexförhöjning inte godkändes.

Många frågor, som gäller reklamation och krav, hänför sig till det omfattande *passivitetsproblemet:* borgenär kan gå förlustig en rätt genom att inte utöva den inom viss tid. Hit räknas bl.a. preskriptions- och preklusionsreglerna. Rättssäkerheten fordrar att anspråk inte förblir »hängande» under en längre tid. Trots denna gemensamma grund måste passivitetsfallen i många avseenden bedömas enligt olika regler. I fråga om reklamation och krav grundade på avtalsbrott är situationerna mycket varierande beroende på prestationernas beskaffenhet, avtalsbrottets art, den påföljd borgenären önskar göra gällande m.fl. omständigheter. Detta får dock inte hindra att reklamation och krav bedömes mot en allmän bakgrund. Passivitetsverkningarna måste i här avsedda fall utformas med beaktande av såväl allmänna synpunkter som speciella förhållanden in casu.

Man kan tala om en allmän passivitetsregel — *passivitetsstandard* — med innebörd att parts rätt förloras eller begränsas om den ej göres gällande inom viss tid. Den har relevans i många olika sammanhang. Här skall den beröras endast med avseende på försummelse att reklamera eller framställa krav.

Allmänt om passivitetsreglerna bl.a. Arnholm I 275 ff, Knoph 240 ff, 268 ff, Karlgren, Passivitet 7 ff, Cervin, Om passivitet 27 ff, Göran Portin, Några synpunkter på passivitetsregler vid köp (DL 1962 219—233).

Passivitet från borgenärens sida uppfattas ofta som ett tyst *godkännande* av det läge som avtalsbrottet skapat. Godkännandet hindrar borgenären att aktivera en påföljd.

Man bör likväl inte tillägga passiviteten rättsverkan endast i de fall då den kan uppfattas som ett konkludent godkännande. Utebliven reklamation kan leda till att borgenären förlorar ett anspråk helt utan hänsyn till om däri kan inläggas ett godkännande. Den primära faktorn är gäldenärens behov av skydd. Det som kallas tyst godkännande, är ofta en fiktion utan verklighetsunderlag. Passivitetsverkningarna bör vanligen grundas på andra omständigheter än på tyst godkännande. Främst bland dessa står — såsom ovan framhållits — rättsskyddsbehoven, lojalitetskravet och tillitssynpunkten.

Tyst godkännande av det läge, som avtalsbrottet framkallat, kan ibland följa av andra omständigheter än av passivitet, t.ex. av att borgenären använt avtalsobjektet. Också i sådana situationer kan godkännandet vara blott en fiktion. Det är oftast naturligare att motivera förlusten av en påföljd på annat sätt än med hänvisning till ett tyst godkännande. Sålunda kan förlust av hävningsrätt motiveras med att borgenären inte kan återställa avtalsobjektet i oförändrat skick.

Ibland kräves viss aktivitet från gäldenärens sida. Underlåtenhet att reagera kan medföra rättsförlust för gäldenären.

Problemet behandlas inte här. — Se t.ex. SjöL § 131 m. 2 in fine.

Med beaktande av de allmänna synpunkter, som här anförts, behandlas i det följande helt summariskt dels reklamation, dels framställande av krav med anledning av avtalsbrott.

16.2. Reklamation

I. Med *reklamation* avses i detta sammanhang ett meddelande från borgenären till gäldenären innehållande anmärkning eller invändning mot att avtalet inte fullgjorts riktigt. Reklamationen uttrycker borgenärens reaktion mot avtalsbrottet. Den utgör ett led i påföljdsförfarandet. Reklamationen stärker även borgenärens ställning med avseende på en framtida bevisföring. Om reklamation uteblir eller sker för sent, förlorar borgenären helt eller delvis sina möjligheter att aktivera en påföljd av avtalsbrottet. I den meningen talar man om reklamationsplikt (reklamationsskyldighet).

Se bl.a. Rodhe § 20 C, Arnholm I 291 ff.

Reklamation förekommer inte bara vid avtalsbrott utan även i andra sammanhang i vilka det är väsentligt att en avtalspart eller en annan person gör anmärkning mot en omständighet som har rättslig relevans. Reklamationsreglerna kan bli aktuella vid ingående av avtal, med anledning av fakturaklausuler etc.

Se t.ex. AvtL § 4 m. 2.

Reklamationens främsta uppgift är att *skapa klarhet:* har ett avtalsbrott förekommit och, om så är fallet, har borgenären för avsikt att göra en påföljd gällande. Genom reklamationen förberedes gäldenären på att krav kan komma att riktas mot honom, vilket kan ge honom anledning att å sin sida vidta defensiva åtgärder, t.ex. att försäkra sig om bevisning i syfte att möta borgenärens krav. I den meningen tjänar

reklamationen gäldenärens rättsskydd. Reklamationen kan i det avseendet sägas mildra alltför stränga konsekvenser av ett avtalsbrott.

Reklamationsreglerna kan även ses som ett uttryck för *lojalitetskravet.*

Se Arnholm I 318.

Här har förutsatts att reklamationen är *neutral:* den innehåller endast en anmärkning med anledning av avtalsbrottet men anger inte vilken påföljd borgenären tänker aktivera. Den neutrala reklamationen ger borgenären möjlighet att överväga vilken eller vilka påföljder som han skall göra gällande. Eventuellt kan han helt avstå från krav med anledning av avtalsbrottet, t.ex. om det senare visar sig att han inte lidit någon förlust.

Se Godenhielm 71, Portin 102, JFT 1957 200 f.

Redan i sitt första meddelande till gäldenären kan borgenären framställa det anspråk som han anser att avtalsbrottet föranleder: *reklamation jämte krav.* Mången gång skiljer man inte mellan reklamation och krav. De går in i varandra.

Reklamationen fordrar intet godkännande från gäldenärens sida. Den är ett *ensidigt* meddelande.

Rättsverkan av reklamation består däri att meddelandet skapar förutsättning för påföljder. Uttryckt på ett annat sätt: utebliven eller sentida reklamation föranleder att borgenären förlorar sin rätt att göra en påföljd gällande.

Denna rättsverkan inträder oberoende av om utebliven reklamation uppfattas som ett tyst godkännande eller inte. Den inträder enbart i stöd av det faktum att borgenärens reaktion uteblivit. Detta överensstämmer helt med de syften som reklamationen, enligt det som ovan sagts, skall förverkliga.

Jfr motiveringen i *HD 1935 II 56:* krav på hävning och återbetalning av pris (leveransavtal) förkastades då köparen inte inom skälig tid efter att ha mottagit godset hävt köpet och då han sålunda godkänt leveransen.

I avtalet kan ingå föreskrifter om reklamation, t.ex. om tid och sätt för reklamationen. Vanligt är att en reklamationsfrist anges i faktura. Även en sådan ensidigt fastställd frist bör anses binda borgenären, likväl endast om den kan anses överensstämma med gängse sedvänja (handelsbruk) och inte är oskäligt kort.

Se Rodhe § 20 vid not 54 ff.

HD 1939 II 306: reklamation hade inte gjorts inom 48 timmar såsom i konossementet föreskrivits, varför ersättningstalan förkastades. — Se även *HD 1938 II 586,* där det hänvisas till handelsbruk.

Reklamationsplikten ändras i princip inte av att borgenären avser att göra en *avtalad påföljd* gällande, t.ex. avtalsvite.

Rodhe § 52 vid not 44.
Då vitet i regel är en form av ersättning, är det naturligt att med avseende på reklamation följa samma regler som gäller för vanliga ersättningskrav.

Reklamationsreglerna tar huvudsakligen sikte på följande omständigheter: i vilka fall är reklamation nödvändig (II), reklamationstiden (III), reklamationsförfarandet (IV) samt rättsverkan av utebliven eller sentida reklamation (V).

II. Det är inte riktigt att uppställa en regel att reklamation alltid måste ske om borgenären vill påtala ett avtalsbrott. Borgenären kan inte under alla omständigheter anses skyldig att reagera. Reklamationsplikten blir beroende av de speciella förhållanden som har anknytning till ett avtalsbrott. Vägledande är de allmänna synpunkter som ovan framhållits (I).

Utgångspunkten är den s.k. *status quo-principen:* den part, som inte finner sig i den rådande situationen, bör låta sin medkontrahent veta detta, annars sker ingen förändring, avtalsbrottet betraktas inte såsom relevant. Tillämpningen av denna princip leder till att man vanligen kräver reklamation. Men undantagslöst är detta inte.

Betr. status quo-principen, Portin 100, JFT 1957 198, Godenhielm 145, Heikonen—Aaltonen 138 f.

Det är inte möjligt att i detta sammanhang utreda i vilka fall reklamation är nödvändig. Detta skulle kräva en ingående detaljundersökning av olika avtal och avtalsbrott.

Allmänt kan sägas att reklamationsreglerna även hos oss i mycket kommit att bestämmas av det som ansetts gälla inom köprätten. Reklamationsproblematiken kan därför bäst studeras inom ramen för köprätten oaktat lagstadganden saknas. Huvudintresset har ägnats reklamation med anledning av säljarens dröjsmål och fel i godset.

Se bl.a. Godenhielm 67 ff, 145 ff, Heikonen—Aaltonen 130 ff, Hellner 110 f, 155 f.

Utebliven prestation kräver vanligen inte reklamation. Man utgår från att gäldenären vet att avtalsbrott är för handen och att han därför bör vara beredd på att borgenären gör sin rätt gällande — genom krav på avtalsprestation och/eller ersättning.

Se SvKöpL § 26, Godenhielm 68, Portin, JFT 1957 203 f.

Försenad, felaktig och *bristfällig* prestation anses i allmänhet fordra reklamation.

Se SvKöpL §§ 27, 52, Hellner 111, 155 f.

I fråga om *ersättning* har man inte alltid krävt reklamation; se Godenhielm, 172 (fel i godset), med avseende på skadestånd och moraränta; jfr Portin, 105 ff, som anser att det vore lämpligare att också i dessa fall tillämpa en reklamationsregel, låt vara att fristen kan vara längre. — Det föreligger enligt min tanke inte skäl att generellt anse att ersättning inte förutsätter reklamation; ersättningspåföljden avviker inte så väsentligt från andra påföljder att det vore anledning att utan särskilda skäl in casu avvika från en allmän reklamationsplikt.

Undantag brukar göras när gäldenären handlat *svikligt*. Gäldenären bör i sådana fall vara medveten om att påföljder aktiveras. Reklamation synes inte motiverad. Ibland har man utsträckt detta undantag till de situationer då gäldenären handlat grovt vårdslöst eller i märklig mån handlat i strid med borgenärens intresse. Det är knappast riktigt att för sådana situationer formulera ett generellt undantag från reklamationsplikten. Avgörandet bör ske in casu, varvid man har att ta hänsyn till på vilket sätt och i vilken utsträckning gäldenären åsidosatt borgenärens rätt och intressen. Man eftersträvar en lösning som ger borgenären ett tillräckligt skydd mot en gäldenär som på ett klandervärt sätt uppenbart handlat i strid med borgenärens intressen. Man bör sålunda kunna avstå från att fordra reklamation när det vore uppenbart obilligt mot borgenären att en rättsförlust skulle inträda som följd av underlåten eller försenad reklamation.

Se Portin, JFT 1957 204 ff, Rodhe § 20 vid not 52 f. — *HD 1969 II 63* (hänvisning till AvtL § 33).

Se även SvKöpL § 53.

Då reklamationsplikten i dessa gränsfall blir beroende av en konkret bedömning in casu, bör det vara angeläget för borgenären att reklamera i de fall då tvekan om hans reklamationsskyldighet kan föreligga.

Även i de fall då part brutit mot en biförpliktelse, kan reklamation vara erforderlig.

I de undantagsfall då lagen anger en frist, inom vilken hävning kan ske, kräves inte särskild reklamation om borgenär önskar häva avtalet.

Se HyresL § 32.

För att få veta om borgenären kommer att reagera mot ett avtalsbrott kan gäldenären rikta en *förfrågan* till borgenären. Denne bör anses skyldig att svara, om han vill aktivera en påföljd. Svaret betraktas som reklamation.

Se Portin, JFT 1957 203, Godenhielm 68, 172; SvKöpL §§ 26, 31.

HD 1943 II 297: leverans (av buss) hade inte kunnat ske inom avtalad tid till följd av strejk; efter strejkens slut frågade leverantören (A) beställaren (B) om denne ville stå fast vid avtalet, svar uteblev varför A sålde bussen till C; B krävde bussen eller ersättning. Då B ej besvarat As förfrågan inom skälig tid, förkastades Bs anspråk. — Se även *HD 1945 II 44*.

Om gäldenären meddelar borgenären att han inte kommer att fullgöra avtalet, bör borgenären i regel reklamera ifall han vill göra en påföljd gällande. Underlåter han det, kan avtalet anses ha förfallit.

HD 1930 II 619: gäldenären (entreprenör) hade meddelat att han ansåg avtalet förfallet (då borgen ej kunnat erhållas); borgenären hade svarat efter 14 dagar, härigenom hade han bibehållit sin rätt till skadestånd.

III. Reklamationen är alltid tidsbunden. För densamma gäller *reklamationsfrister* som kan beräknas olika. Man har att avgöra när fristen börjar löpa och huru lång den är.

I undantagsfall har en reklamationsfrist angivits i lag: SjöL § 121, KonossmentL § 3 p. 6 m. 1 (se även *HD 1952 II 19, 1943 II 258*); Staffans 238 f.

Allmänt kan sägas att reklamationsfristen *börjar* när borgenären blivit eller bort bli medveten om avtalsbrottet. I de fall då det inte är uppenbart att avtalsbrott föreligger, kräves en aktivitet från borgenärens sida, t.ex. undersökning av avtalsobjektet.

Se Godenhielm 146, Portin, JFT 1957 205. — *HD 1950 II 421:* undersökning av köpgods borde ha skett först efter det tredje man mottagit godset, härigenom ansågs kravet på ersättning inte ha gått förlorat. — *HD 1944 II 188:* köparen hade genom sin försummelse att omedelbart granska godset (saltad fisk) gått förlustig sin hävningsrätt.

Reklamationsfristens *längd* är beroende av olika omständigheter.

Utgångspunkten för bedömningen kan anses vara dels att gäldenärens intresse kräver att meddelandet om avtalsbrottet ges utan dröjsmål, dels att borgenären, när han reklamerar, inte ännu behöver bestämma sig för om han skall göra en påföljd gällande och vilket anspråk han i så fall skall rikta mot gäldenären. Dessa omständigheter motiverar korta reklamationsfrister.

I övrigt har man att beakta olika omständigheter. Sålunda kräver man snabb reklamation om det gäller affärsavtal eller om borgenären är köpman, om avtalsobjektet lätt skadas eller förstörs eller om dess användning är starkt tidsbegränsad (t.ex. säsongvaror) etc.

SvKöpL § 27 stadgar att reklamation skall ske »genast» vid handelsköp, »utan oskäligt uppehåll» vid annat köp. I finländsk rätt är det inte anledning att göra en sådan skarp skillnad mellan de två typerna av köp; avgörande är inte köpets art utan köparens ställning; om köparen är köpman, beräknas reklamationsfristen betydligt snävare.

Exakta reklamationsfrister kan inte anges. Som en *allmän* tänjbar *regel* kan uppställas att reklamation bör ske utan oskäligt uppehåll. Formuleringen förekommer i AvtL (t.ex. § 6 m. 2, § 32 m. 2) och SjöL (§§ 121, 126 m. 3).

Se även FörsAvtL § 48; SvKöpL §§ 27, 52, 54; Godenhielm 70 f, Portin 102 f.

Inhemsk *rättspraxis* har inte varit konsekvent med avseende på huru reklamationsfristen anges.

Uttrycket *utan oskäligt uppehåll* har ibland använts:

HD 1936 II 245: (leverans) »utan oskäligt uppehåll efter det godsets kontraktsvidrighet framgått».

Oftast har domstolarna använt uttrycket *inom skälig tid:*

HD 1969 II 63, 1954 II 8, 1950 II 274, 353, 1949 II 32, 1939 II 514, 1938 II 180, 1937 II 50, 1935 II 56, 1930 II 342, 1926 II 6.

Även *andra uttryck* och formuleringar har använts:

HD 1949 II 7: köparen hade inte ens påstått att han i tid gjort anmärkning (fel i gods).
HD 1937 II 321: part hade »genom dröjsmål att framställa anmärkning» förlorat rätten att yrka på återgång av bytesavtal.
HD 1938 II 67: reklamation hade skett för sent.
HD 1931 II 63: köparen hade ej utan dröjsmål meddelat säljaren om fel.

Beroende på avtalsobjektets beskaffenhet kan reklamation ibland krävas *omedelbart.*

HD 1944 II 188 (leverans av saltad fisk); min (2) ansåg att reklamationen borde ha skett inom skälig tid (inte omedelbart).

Av de olika uttryck, som domstolarna använt för att ange reklamationsfristen, får man inte dra slutsatsen att det varit fråga om olikartade bedömningar. Tiden har prövats in casu. Vilket uttryck som därvid använts spelar en mindre roll. Sålunda behöver »utan oskäligt uppehåll» inte in casu ha betecknat en kortare utmätt tidsfrist än »skälig tid» (se t.ex. *HD 1938 II 180*).

Sentida reklamation kan av gäldenären godtas och medföra samma rättsverkan som ett meddelande i rätt tid. Gäldenärens tystnad kan inte i och för sig anses vara ett godkännande av försenad reklamation.

IV. Reklamationen är ett meddelande. Detta fordrar ingen särskild *form.* Reklamationen kan vara skriftlig eller muntlig eller framträda i en konkludent handling.

Bevisbördan med avseende på reklamation vilar på borgenären. Däremot är han inte skyldig att styrka att reklamationen nått gäldenären. Om meddelandet avsänts på ändamålsenligt sätt, anses borgenären ha fullgjort sin reklamationsskyldighet oaktat meddelandet inte kommit gäldenären till handa. Risken för att meddelandet kommer fram bäres sålunda av gäldenären. Ett stadgande härom ingår i AvtL § 40. Detta

gäller reklamation i de fall som avtalslagen anger. Samma regel gäller enligt FörsAvtL § 33. Den bör tillämpas på reklamation i allmänhet. Regeln kan motiveras med att gäldenären genom att åsidosätta ett avtal bör vara beredd på att borgenären reagerar. Borgenären, som reklamerar för att skydda sin rätt i det läge som avtalsbrottet framkallat, skall inte lida en rättsförlust av att meddelandet av orsaker, som inte beror på honom, försenas eller inte når fram.

Reklamationen är en anmärkning med anledning av avtalsbrottet eller det faktum som borgenären uppfattar som ett avtalsbrott. Dess *innehåll* bestämmes med ledning härav.

Av reklamationen bör direkt eller indirekt framgå i vilket avseende borgenären anser att en handlingsnorm har överträtts. Anspråk kan senare framställas endast på basen av det avtalsbrott som reklamationen pekar på — om borgenären t.ex. reklamerat mot dröjsmål, kan han inte kräva prisminskning på grund av fel i godset. Av meddelandet behöver inte, såsom ovan sagts (I), framgå det krav som borgenären ämnar framställa (ny prestation, ersättning etc.). Han behöver inte ens förbehålla sig rätt att senare framställa anspråk. Reklamationen (neutral) har fyllt sitt syfte i och med att den angivit dels att avtalet åsidosatts dels vari detta åsidosättande består.

Jfr Godenhielm 72: reklamation bör klart ge vid handen att köparen vill göra gällande påföljder av dröjsmålet. — Se *HD 1934 II 517:* reklamation ansågs ha skett även om köparen »icke tillfyllest klargjort orsaken till varans dåliga beskaffenhet.»

Gäldenären kan tillbakavisa reklamationen såsom obefogad. Det är inte nödvändigt att borgenären reagerar häremot. Han har fullgjort det som ankommer på honom i och med att han avsänt reklamationen. Gäldenärens negativa inställning är inte relevant i detta skede. Den får betydelse först när det skall avgöras om det anspråk, som borgenären senare framställer utgående fråm reklamationen, är berättigat.

Reklamationen riktas till gäldenären eller till någon som är behörig att företräda honom.

HD 1931 II 63: meddelande till speditör ansågs betydelselöst.

V. Reklamationens *rättsverkan* består däri att borgenären säkrar möjligheten att framställa krav på basen av ett avtalsbrott. Uttryckt på ett annat sätt: utebliven eller försenad reklamation utesluter borgenärens möjlighet att göra en påföljd gällande. Avtalsbrottet förlorar sin rättsliga betydelse.

HD 1949 II 7, 1945 II 44: köparen förlorade sin hävningsrätt.
HD 1954 II 8, 1931 II 63: anspråk på prisnedsättning ogillades.
HD 1930 II 342: rätten till skadestånd ansågs ha gått förlorad.
I *HD 1929 II 800* ansågs reklamation ej erforderlig för ersättningsanspråk.

För att här nämnd rättsverkan — förlust av anspråk — skall inträda förutsättes att avtalsbrottet och anspråket är av den art att reklamation varit nödvändig. Även gäldenärens personliga förhållande, t.ex. svek, kan, såsom tidigare sagts, göra reklamation onödig (II).

Inträder rättsverkan av underlåten reklamation även i de fall då borgenären varit ursäktad för sin underlåtenhet — han har varit hindrad att reklamera (force majeure, laga förfall) eller han kan åberopa andra skäl för sin försummelse?

De skäl, som bär upp reklamationsreglerna, pekar närmast på att underlåten eller försenad reklamation är till nackdel för borgenären. Gäldenärens rättsskydd förutsätter detta. I speciella fall kan det tänkas ifrågakomma undantag, t.ex. när force majeure, som gäldenären är medveten om, hindrat borgenären att reklamera i tid.

Jfr Cervin, Om passivitet 256 ff.

Normala rättsverkningar av underlåten reklamation kan även tänkas utebli om en annan lösning skulle innebära en uppenbar oskälighet. Detta betyder att skälighetsbedömningen inte uteslutes av att reklamation underlåtits eller försenats.

Se bl.a. ett avgörande av HD 1.3. 1971 (DL 1971 rättsfallsavd. s. 49): köparen hade inte gjort invändning mot säljarens krav på dröjsmålsränta (12 %), på grund härav och då det inte ens påståtts att räntekravet var uppenbart obilligt, godkändes kravet på ränta.

16.3. Framställande av anspråk

De flesta påföljder innebär att borgenären framställer ett anspråk mot gäldenären — krav på att gäldenären skall utföra eller prestera något, t.ex. avlämna köpgods eller betala ersättning. En hävningsförklaring kräver ingen åtgärd från gäldenärens sida, den innefattas likväl i det som här avses med framställande av anspråk.

I det följande anföres blott några synpunkter på frågan om den *tid* inom vilken anspråk bör framställas. Beroende på de faktiska omständigheternas skiftande mångfald är det inte möjligt att uppställa generella regler.

För borgenären kan det vara svårt att snabbt avgöra om han skall göra en påföljd gällande, vilket av alternativa anspråk han skall välja, om det finns tillräckliga förutsättningar för det aktuella anspråket och huru hans krav i detalj skall preciseras. Dessa bedömningar kan ofta vara tidsödande. Det kan t.ex. fordras noggranna värderingar av de förluster som avtalsbrottet orsakat.

När gäldenären mottagit reklamation eller när han utan en sådan är medveten om ett avtalsbrott — t.ex. utebliven prestation — bör han räkna med att borgenären kommer att aktivera en påföljd. Han är förberedd på de krav som kan komma. Gäldenären har likväl intresse av att påföljdsfrågan inte länge lämnas öppen. Ett osäkerhetstillstånd kan innebära olägenheter av olika slag.

Väsentligt är även att borgenären inte ges tillfälle att spekulera på gäldenärens bekostnad. Borgenären har visserligen rätt att trots avtalsbrottet bli delaktig av det fulla avtalsvärdet. Men det är inte tillbörligt att han genom en förhalning av sitt krav eftersträvar ekonomiska förmåner som avtalets riktiga fullgörande inte skulle ha gett honom. Lojaliteten mot gäldenären fordrar att borgenären avhåller sig från varje spekulation till egen favör eller till gäldenärens nackdel.

De faktiska förhållandena kan i många fall kräva snabba beslut och åtgärder. Ofta gäller det att undvika egendomsskada eller annan förlust. En hävning inom kort tid kan t.ex. bli nödvändig för att ett täckningsavtal skall kunna ingås och förluster på den vägen undvikas. Också i fråga om krav gäller att man i affärsavtal eller av den som är köpman förutsätter snabba och effektiva åtgärder.

Den yttersta tidsgränsen markeras av preskriptionsfristerna. I de flesta fall bör anspråk likväl framställas inom betydligt kortare tid — inom rimlig eller skälig tid.

Godenhielm 91.

Följande *exempel* tjänar enbart som en konkretisering av de anförda synpunkterna.

I fråga om *krav på avtalsprestation* är spekulationssynpunkten viktig. Anspråk bör framställas inom skälig tid. Man kan vara rätt sträng när man in casu har att bestämma om anspråk framställts i rätt tid. Avseende bör bl.a. fästas vid pris- och kostnadsförändringar samt vid de olägenheter som skulle orsakas gäldenären om han tvingades prestera vid en senare tidpunkt. Ibland är en prestation tidsbunden på ett sådant sätt att krav på avtalsprestation begränsas till en viss tid, t.ex. till en årstid eller en annan säsong.

SvKöpL § 26 använder uttrycket inom rimlig tid; säljaren kan förkorta tiden för avgörandet genom att rikta en förfrågan till köparen som »utan oskäligt uppehåll» bör svara säljaren ifall han vill ta emot godset. — Se även Palmgren 103 ff.

Rätten att kräva avtalsprestation har i praxis ansetts förfalla på grund av försenade krav; olika formuleringar har använts.

HD 1947 II 228: krav på naturaprestation beaktades inte bl.a. med hänsyn till att det i de förändrade förhållandena skäligen ej kunde krävas uppfyllelse av avtalet (kostnadsstegringar och svårighet att anskaffa råmaterial anges i HDs motivering).

HD 1936 II 389: köpare (av skivspelare) hade inte »inom rimlig tid» efter säljarens dröjsmål meddelat att han vidblir köpet; krav på fullgörelse förkastades.

HD 1935 II 482: säljaren (A) hade förlorat sin rätt att hålla fast vid avtalet (leverans av skodon) då A inte inom skälig tid efter den överenskomna leveranstidens utgång hade meddelat köparen (B) att han, oaktat B underlåtit att lämna erforderlig specifikation, önskade fullfölja leveransen.

Se även IntKöpL art. 26, 39; Godenhielm, DL 1965 101 ff.

Liknande synpunkter framträder med avseende på *hävning*. När prestation skett men den inte av borgenären godtas som riktig fullgörelse, bör hävning följa inom skä-

lig tid. Situationen är en annan när prestation uteblivit. Borgenären går inte förlustig sin hävningsrätt genom passivitet. Han kan, om sentida fullgörelse sker, avge hävningsförklaring genom att vägra att ta emot prestationen. Om avtalet inte alls fullgöres, leder passiviteten till att avtalet förfaller.

HyresL § 32: hävning bör i vissa fall ske inom en månad efter det hyresvärden fått kännedom om det förhållande som utgör hävningsgrund.
Enl. SjöL § 126 m. 3 skall meddelande om hävning ske utan oskäligt uppehåll; Beckman 202.

I *rättspraxis* har det ansetts att hävning bör ske inom skälig tid:

HD 1949 II 271, 287 och *381, 1948 II 187, 1945 II 46* och *92, 1938 II 634, 1936 II 341, 1928 II 71.*
Se *HD 1951 I 2:* hävning hade skett utan omotiverat dröjsmål (aiheettomasti viivyttelemättä).
Även stipulerad garantitid kan ha relevans; se *HD 1968 II 87:* maskin för tvättinrättning hade sålts med ett års garanti; på grund av fel, som ej kunde repareras, kunde hävning ske inom garantitiden likväl utan att hävningsförklaringen omotiverat fördröjdes.

Den »skäliga tid», inom vilken avtalet skall hävas, är i regel avsevärt längre än reklamationsfristen för vilken samma uttryck ofta användes.
I fråga om *ersättningskrav* är det osäkert om borgenären bör framställa sitt anspråk inom skälig tid. Under förutsättning att reklamation skett vore det möjligt att iaktta vanlig preskriptionstid.
Mycket talar likväl för en annan lösning: borgenären borde åtminstone i huvudsak precisera sitt ersättningsanspråk inom skälig tid. Gör han inte det, bibringas gäldenären uppfattningen att ett krav inte kommer att framställas. Från preciseringen gäller vanlig preskriptionstid.

Se Godenhielm 90, Portin 106 f, JFT 1957 205.

Verkan av försutten tid måste bedömas särskilt för varje påföljd. Sålunda behöver förlust att kräva avtalsprestation inte innebära att borgenären förlorat sin rätt till prisminskning eller ersättning.

HD 1935 II 591: butikslokal hade hyrts av A för 5 år, installering av centralvärme hade medfört olägenheter för As varulager; då A i över ett år härefter utan klagomål nyttjat lokalen och även motsatt sig avhjälpande av felen, förkastades As talan om ersättning bl.a. för skada orsakad av att A flyttat efter att ha hävt avtalet.
Se även *HD 1949 II 421.*

Åtgärder, som borgenären vidtagit, kan utesluta hans möjligheter att framställa påföljdsanspråk.

Dels kan det vara fråga om åtgärder vilka uppfattas som ett godkännande av avtalsbrottet eller åtminstone som ett avstående från yrkande — borgenären fullgör t.ex. sin motprestation utan invändning. Dels kan borgenären vidta faktiska åtgärder som omöjliggör eller försvårar en uppgörelse mellan parterna — borgenären disponerar t.ex. över avtalsobjektet på ett sådant sätt att det inte kan återlämnas efter det avtalet hävts.

HD 1937 II 297, 1923 D II 254.

Hävning kan uteslutas av att avtalsbrottet i efterhand elimineras. Härigenom kan kravet på väsentlighet bortfalla.

Se s. 224; HyresL § 32.

Avgörandet av om borgenärens åtgärd leder till att en påföljd uteslutes avgöres med ledning av omständigheterna in casu. Allmänna regler kan knappast uppställas. Problemet kan belysas med några *exempel* ur rättspraxis:

HD 1961 II 2: köparen hade genom att ta emot försenade leveranser godkänt att avtalet fortfarande gäller oaktat dröjsmål.

HD 1950 II 422: köparen av traktor ansågs inte ha avstått från sin hävningsrätt genom att använda traktorn.

HD 1937 II 455· köparen hade medveten om godsets avtalsstridighet mottagit detsamma och sänt det vidare; därigenom hade han godkänt leveransen, hans anspråk på prisnedsättning förkastades.

Gäldenären kan *godkänna* ett försenat krav. Detta har då samma rättsverkan som ett i tid framställt anspråk. Godkännandet kan ske uttryckligt eller konkludent, t.ex. genom passivitet.

HD 1949 II 233: levererade rör hade såsom oanvändbara återsänts till säljaren (A) ca 3 månader efter mottagandet, kort därförinnan hade köparen (B) avgivit hävningsförklaring; då A mottagit rören och ej ställt dem till Bs disposition och ej heller på annat sätt motsatt sig hävningen samt A sålunda godkänt hävningen, ålades A att återbetala priset.

Om gäldenären inte godtar ett sentida krav, är han i princip inte skyldig att reklamera. Han kan likväl ha anledning att reagera mot kravet för att inte hans passivitet skall tolkas som ett godkännande.

Några sammanfattande synpunkter

I. Den föregående framställningens ledtråd har varit *rättsskyddstanken:* den part, vars intressen menligt påverkas av en avtalsstörning eller av dess påföljder, bör erhålla skydd i stöd av rättsliga regler. Uppfattad på detta sätt har rättsskyddstanken en rättspolitisk innebörd. Man frågar: under vilka förutsättningar och i vilken omfattning bör parter i avtalsförhållanden ges skydd av rättsliga normer? Som en allmän riktlinje gäller att part bör erhålla rättsskydd i största möjliga utsträckning när han har ett faktiskt behov därav.

Rättsskyddet aktualiseras när en avtalsstörning inträtt. Den part mot vilken avtalsstörningen riktar sig — *borgenären* — kan i regel sägas ha ett intresse av att inte genom avtalsstörningen försättas i en sämre position än den som skulle ha inträtt om avtalet hade fullgjorts riktigt. Det är en uppgift för rättsordningen och för de rättsvårdande myndigheterna att tillgodose detta skyddsbehov.

Den nu nämnda rättspolitiska faktorn — tillgodoseendet av borgenärens skyddsbehov — bildar *utgångsläget* för bedömandet av avtalsstörningarna och dessas påföljder. Den föregående framställningen har visat att man strängt taget beträffande varje avtalsstörning och varje påföljd kan dra samma riktlinje: borgenären bör ges rättsordningens skydd när han har ett faktiskt behov därav.

Detta gäller t.ex. när part vilseletts vid ingående av avtal, när prestation uteblivit eller när fullgörelsen inte motsvarat avtalets bestämmelser. Någon svårighet att konstatera existensen av ett skyddsbehov föreligger i allmänhet inte i sådana fall. Man kan presumera att en avvikelse från det hypotetiska läge, som ett felfritt avtalsförhållande och avtalets riktiga fullgörande skulle ha lett till, för med sig att borgenären behöver rättsordningens skydd.

Ett betydligt svårare problem ställes men inför när det i den situation, som en avtalsstörning framkallat, gäller att avgöra *på vilket sätt* borgenärens skyddsbehov skall tillgodoses. Också här är rättsskyddstanken den dominerande: rättsskyddsmedlen bör utformas så att borgenärens med avtalet förknippade intressen — ekonomiska eller andra — i största möjliga utsträckning kan tillgodoses. Detta är påföljdssystemets egentliga ratio. Med ledning härav har man med avseende på olika avtalsstörningar och olika avtalsförhållanden utvecklat för varierande situationer tillämpliga påföljder: avtals ogiltighet, befrielse från avtalsbundenhet till följd av ändrade förhållanden, jämkning av oskäliga avtalsvillkor, krav på avtalsprestation, hävning, avtalsersätt-

ning, minskning av vederlag etc. Huru avvikande från varandra dessa påföljder än är förenas de av en och samma rättspolitiska strävan: att tillgodose borgenärens behov av rättsskydd.

II. I varje avtal finns minst två parter med olika intressen. Varje avtalsstörning konkretiserar och skärper motsatsförhållandet mellan parterna.

I det läget har också *gäldenären* — den part mot vilken en påföljd riktar sig — ett behov av skydd. Gäldenärens krav på rättens skydd har en annan inriktning än borgenärens: gäldenären gör anspråk på skydd mot den eller de påföljder som borgenären aktualiserar med anledning av en avtalsstörning. Uttryckt på ett annat sätt: gäldenären värjer sig mot de olägenheter som förverkligandet av en påföljd — avtalets ogiltigförklarande, ersättningsskyldighet etc. — kan betyda för honom. I denna strävan räknar gäldenären med rättsordningens stöd.

De motstående skyddsbehoven — borgenärens och gäldenärens — skapar en *konfliktsituation*. I denna framträder avtalsstörningarnas egentliga problematik. Denna har två dimensioner. Å ena sidan bör borgenärens genom avtalsstörningen aktualiserade behov av skydd tillgodoses så långt det är möjligt. Å andra sidan har gäldenären behov av skydd mot den påföljd, som borgenären valt. Hans motanspråk kommer in som en retarderande och modifierande faktor. De redogörelser, som i detta arbete givits för olika påföljder av avtalsstörningar, har försökt klarlägga på vilket sätt man i överensstämmelse med denna tankegång kan och bör anpassa parternas rättsskyddsanspråk till varandra.

Några sammanfattande synpunkter konkretiserar det sagda.

Ibland får borgenären inte alls medhåll när han kräver skydd på basen av en avtalsstörning. Verkningarna av denna kan relativt sett bedömas som så oväsentliga att ett rättsligt ingrepp inte är motiverat. Ett oskäligt avtalsvillkor jämkas endast om oskäligheten är uppenbar, borgenärens krav på hävning underkännes när avtalsbrottet inte är väsentligt etc. Man räknar med att parterna var för sig bär vissa risker. Mindre störningar eller olägenheter måste de finna sig i. Det existerar en *toleransgräns*. Var den gränsen går kan aldrig exakt anges. Den varierar med avseende på avtal, avtalsstörningar och påföljder.

I andra fall ges borgenären »fullt» rättsskydd utan hänsyn till de olägenheter som detta kan medföra för gäldenären. Det sker ett *ensidigt ställningstagande till förmån för borgenären*. Detta förekommer t.ex. när full ersättning utdömes med tillbakavisande av gäldenärens krav på jämkning, emedan gäldenären uppsåtligen eller genom grovt vållande orsakat avtalsbrottet och den förlust som därigenom drabbat borgenären.

De allra flesta påföljder förutsätter en *avvägning* mot varandra av borgenärens och gäldenärens rättsskyddsbehov. Denna avvägning kan ske på olika stadier — genom lagstiftning eller i domstolarnas avgöranden — och på olika sätt. Beträffande de metoder, som härvid tillämpas, kan man peka bl.a. på följande omständigheter som närmare klarlagts i de föregående utredningarna.

Det har visat sig vara angeläget att fixera förutsättningar för olika påföljder av avtalsstörningar. På denna väg är det möjligt att mot varandra väga parternas motstående intressen. Som exempel kan nämnas att en ogiltighetspåföljd i många fall inte förverkligas i förhållande till en godtroende medkontrahent, att hävning i regel förutsätter att avtalsbrottet är väsentligt samt att gäldenären ofta kan tillbakavisa ett ersättningsyrkande genom att exculpera sig. I de nämnda exemplen har förutsättningarna för påföljder uppställts med hänsyn till gäldenärens behov av rättsligt skydd.

Ibland har borgenärens frihet att välja påföljd begränsats. Sålunda kan krav på avtalsprestation avvisas om dess förverkligande skulle ingripa i gäldenärens personliga frihet, i stället kommer avtalet att hävas eller förfalla. Hävning uteslutes på den grund att ett fel i avtalsobjektet är oväsentligt, detta leder till att borgenären i stället tvingas välja t.ex. ett krav på minskning av vederlaget.

Sådana begränsningar innebär inte att borgenärens skyddskrav underkännes. Det länkas blott in på andra påföljder än den som ur borgenärens synpunkt måhända är den fördelaktigaste.

Ibland måste parternas rättsskyddsbehov avvägas mot varandra på basen av en konkret bedömning vilken inte är bunden vid omständigheter som är givna på förhand. Inom obestämda och allmänt dragna gränser har domstolen att besluta om en påföljd skall inträda och/eller vilken omfattning den skall ha. Till denna kategori hör ogiltighetsfall, som bedömes enligt AvtL § 33, samt jämkning av oskäliga avtalsvillkor eller av avtalsersättningens belopp. Bedömningen in casu skall beakta många olika omständigheter. Slutresultatet bör återspegla parternas faktiska skyddsbehov.

Avvägningen mellan parternas behov av rättsskydd bör i princip vara *neutral*. Den ena parten får inte favoriseras på den andras bekostnad. Här gäller en allmän likhetsgrundsats. I viss utsträckning ser man dock — både i lagstiftning och rättspraxis — en strävan att skydda den svagare parten i ett avtalsförhållande. Detta överensstämmer med en allmän rättvisesynpunkt med gammalt ursprung i nordisk rätt.

III. En annan allmän rättspolitisk faktor av relevans för bedömningen av avtalsstörningar och deras påföljder utgör *rättssäkerheten*.

Det är väsentligt att det råder stadga och fasthet i avtalsförhållanden. Av vikt är också att parterna skall kunna förutse följderna av eventuella avtalsstörningar. Man bör eftersträva handlings- och påföljdsnormer som främjar stadga i avtalsförhållanden och enhetlighet i avtalsrättsliga avgöranden.

Rättssäkerheten kräver vanligen generella och schematiska regler. I den mån dessa bidrar till att avtal fullgöres tjänar de också parternas rättsskydd. Inte sällan uppkommer likväl en konflikt mellan rättssäkerhet och rättsskydd. Detta är mest påtagligt i de fall då påföljderna av avtalsstörningar bestämmes på basen av en konkret bedömning in casu, såsom t.ex. i jämkningsfallen. Det i rättssäkerheten inneliggande kravet på förutsebarhet går lätt förlorat.

Rättssäkerhetssynpunkterna är i första hand relevanta för lagstiftaren. Också domstolarna bör ägna dem uppmärksamhet. I de fall då lagregler saknas eller då normerna är ofullständiga eller oklara bör domstolarna eftersträva enhetliga lösningar i syfte att stärka rättssäkerheten. Domstolarnas bedömningar domineras likväl av rättsskyddssynpunkterna.

I den mån domstolarna i sina avgöranden konsekvent följer allmänna riktlinjer av det slag som i denna framställning angivits med utgångspunkt i parternas rättsskyddsbehov kommer även rättssäkerheten att främjas.

IV. Gällande regler om påföljder av avtalsstörningar har i stor utsträckning omfattat principen *»allt eller intet»:* ogiltighet (total) eller bundenhet, full ersättning eller ingen ersättning alls etc. Också de domstolsavgöranden, som inte bygger på direkt tillämpliga lagstadganden, har följt samma linje.

Undantag förekommer: jämkning av oskäliga avtalsvillkor och av avtalsersättningens omfattning, nedsättning av vederlag etc.

Den avvägning mot varandra av parternas behov av rättsskydd, som vanligen är den naturliga metoden när man bedömer avtalsstörningar, pekar ofta på en fördelning mellan parterna av de olägenheter som en avtalsstörning föranlett. En sådan lösning beaktar bägge parters skyddsbehov.

I den föregående framställningen har det hävdats att man i större omfattning än hittills ansetts möjligt har anledning att modifiera principen »allt eller intet». Detta kan ske bl.a. genom att i andra fall än de som särskilt regleras i lag tillåta jämkning av oskäliga avtalsvillkor och av en för gäldenären betungande ersättning. I en sådan strävan bör man likväl beakta att kravet på rättssäkerhet måhända inte tillåter en alltför långt gående uppmjukning av fasta påföljdsnormer.

V. Avtalsrättens skyddsmekanism är i första hand beroende av parternas egna regleringar och ståndpunktstadganden.

I enlighet med gällande *avtalsfrihet* kan parterna avtalsvägen reglera påföljderna av eventuella framtida avtalsstörningar. De kan också, efter det en avtalsstörning inträffat, överenskomma om huru avtalsförhållandet skall avvecklas.

Denna problematik har endast till sina huvuddrag ägnats uppmärksamhet i de föregående utredningarna. Huvudvikten har lagts vid de påföljder av avtalsstörningar som parterna inte reglerat.

Vårt lands bristfälliga lagstiftning inom vida sektorer av avtalsrätten har motiverat en analys av olika *normer* som kan läggas till grund för domstolarnas avgöranden. Det har därvid visat sig att man vid sidan av avtalsnormerna — uttryckligen överenskomna bestämmelser, allmänna avtalsvillkor etc. — har att tillgå rättsligt relevanta regler av många olika slag och med växlande genomslagskraft: från absoluta lagstadganden, med deras oeftergivliga krav på att följas, över dispositiva lagregler, kutymer

och prejudikat till allmänna rättsprinciper med deras ofta diffusa innebörd och svårbestämbara relevans. Domstolarnas uppgift inskränkes sällan till att tillämpa en konkret rättsnorm. Det blir vanligen fråga om en *helhetsbedömning* som ter sig som ett växlande samspel mellan olika normer och bedömningsfakta.

I den helhetsbedömning, som sker när rättsläget är oklart, gäller det ofta att söka ett svar på frågan: vilken av parterna, gäldenären eller borgenären, ligger närmare att bära de menliga följderna av en avtalsstörning? Man kan uttrycka samma tanke på ett annat sätt: vilken part är framom den andra i behov av rättsordningens skydd? Svaret på den frågan kan ges endast på basen av en bedömning som beaktar alla de faktiska och rättsliga omständigheter som kan tillmätas betydelse i den föreliggande situationen.

VI. I detta arbete har eftersträvats en *systematisering* av avtalsstörningarnas påföljder.

Systematik är alltid en fråga om ändamålsenlighet. Man kan ha olika uppfattningar om huru den borde genomföras utan att kunna säga vilken som är den riktiga eller bästa.

Varje allmän systematik av avtalsstörningarna och deras påföljder måste beakta två väsentliga faktorer.

För det första skiljer sig avtalen och avtalstyperna från varandra så mycket att det kan vara mindre ändamålsenligt att skapa en systematik som gäller för avtal i allmänhet. En ingående bedömning av rättsskyddsfrågorna eller av andra spörsmål i anknytning till avtalsstörningar kan ske endast så att man företar en detaljanalys av olika typer av avtal och av de faktiska förhållanden som dessa avtal skall reglera.En sådan analys har inte gjorts i detta arbete.

För det andra får man inte genom systematiken avgränsa de olika påföljderna från varandra så skarpt att behandlingen av gränsfallen försvåras eller snedvrides. Sålunda kan man i systematiskt avseende från varandra klart avskilja t.ex. avtals ogiltighet på basen av felaktiga uppgifter om avtalsobjektet från hävning i stöd av fel i avtalsobjektet. Men i praktiken ligger de mycket nära varandra och kan kanske inte ens skiljas åt. Det är förenat med vådor att så starkt understryka de systematiska skiljaktigheterna att en likartad bedömning av påföljdsfrågorna omöjliggöres.

Allvarliga invändningar kan måhända göras mot den systematik som byggts upp i detta arbete. Den har dock — enligt min tanke — åtminstone en väsentlig fördel: den låter oss se frågorna om avtalsstörningar ur ett enhetligt och väsentligt perspektiv. Genomgående har det varit fråga om parternas behov av rättsskydd i de situationer som framkallas av avtalsstörningar samt om de rättsliga möjligheterna att tillgodose dessa behov och att avväga dem mot varandra.

I den meningen är rättsskyddet den primära faktorn när man bedömer avtalsstörningar och deras påföljder.

FÖRKORTNINGAR

ABL	Lag om aktiebolag 2.5. 1895/22.
AndelsL	Lag om andelslag 28.5. 1954/247
ArbAvtL	Lag om arbetsavtal 30.4. 1970/320.
AvbetKöpL	Lag om avbetalningsköp 18.2. 1966/91.
AvtL	Lag om rättshandlingar på förmögenhetsrättens område 13.6. 1929/228
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
ByggnadsL	Byggnadslag 16.8. 1958/370.
CheckL	Checklag 14.7. 1932/244.
DeponeringsL	Lag om nedsättande i förvar av penningar, värdepapper eller handlingar som betalning eller till befrielse från annan fullgörelseskyldighet 9.10. 1931/281.
ExproprL	Lag om expropriation af fast egendom för allmänt behof 14.7. 1898/27.
FotografiL	Lag om rätt till fotografisk bild 8.7. 1961/405.
FörenL	Lag om föreningar 4.1. 1919/1.
FörmL	Lag angående förmynderskap 19.8. 1898/34.
FörmånsF	Förordning om förmånsrätt 9.11. 1868/32.
FörsAvtL	Lag om försäkringsavtal 12.5. 1933/132.
FörsBolL	Lag om försäkringsbolag 30.12. 1952/450.
GrannelL	Lag angående vissa grannelagsförhållanden 13.2. 1920/26.
GåvoL	Lag om gåvoutfästelser 31.7. 1947/625.
HGB	Handelsgesetzbuch
HyresL	Hyreslag 10.2. 1961/82.
IllKonkL	Lag mot illojal konkurrens 31.1. 1930/34.
IntAvtL	Uniform Law on the Formation of Contracts for the International Sale of Goods (Haag 1964).
IntF	Förordning om inteckning i fast egendom 9.11. 1868/32.
IntKöpL	Uniform Law on the International Sale of Goods (Haag 1964)
JordlegoL	Jordlegolag 29.4. 1966/258.
JärnvAnsvL	Lag angående ansvarighet för skada i följd av järnvägsdrift 19.2. 1898/8.
JärnvTrafikS	Förordning innefattande trafikstadga för statsjärnvägarna 26.4. 1929/233.
KonkS	Konkursstadga 9.11. 1868/31.
KonossementL	Lag i anledning av Finlands tillträde till 1924 års internationella konvention rörande konossement 9.6. 1939/168.
KollAvtL	Lag om kollektivavtal 7.6. 1946/436.
L ang. elektr. anläggningar	Lag angående elektriska anläggningar 11.5. 1928/167.
L om arbetsdomstolen	Lag om arbetsdomstolen 7.6. 1946/437.
L om bulvanförhållande	Lag om bulvanförhållande i fråga om aktier 28.7. 1939/224.

L om främjande av ekonomisk konkurrens	Lag om främjande av ekonomisk konkurrens 3.1. 1964/1.
L om krigstillstånd	Lag om krigstillstånd 26.9. 1930/303.
L om olycksfallsförsäkring	Lag om olycksfallsförsäkring 20.8. 1948/608.
LagfL	Lag om lagfart och tiden för klander av fastighetsfång 28.2. 1930/86.
LuftbefordrL	Lag om befordran med luftfartyg 3.7. 1937/289.
LuftfartsL	Luftfartslag 11.12. 1964/595.
LösöreIntL	Lag om lösöreinteckning 17.2. 1923/55.
PatentL	Patentlag 15.12. 1967/550.
RF	Regeringsform för Finland 17.7. 1919/94.
SamägL	Lag om vissa samäganderättsförhållanden 25.4. 1958/180.
SBL	Lag om skuldebrev 31.7. 1947/622.
SchwOR	Schweizerisches Obligationenrecht
SchwZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch.
SjöL	Sjölag 9.6. 1939/167.
SjömansL	Sjömanslag 30.6. 1955/341.
SkogsIntL	Lag om skogsinteckning 31.1. 1930/39.
SL	Strafflag 19.12. 1889/39.
SP	Förordning om införande av strafflagen 19.12. 1889/39.
SvKommissionsL	Lag 18 april 1914 om kommission, handelsagentur och handelsresande (Sverige).
SvKöpL	Lag 20 juni 1905 om köp och byte av lös egendom (Sverige).
TjänsteAnsvL	Lag om statens ansvarighet för skada förorsakad av tjänsteman 18.5. 1927/142.
TrafikFörsäkrL	Trafikförsäkringslag 26.6. 1959/279.
UCC	Uniform Commercial Code.
UL	Utsökningslag 3.12. 1895/37.
UP	Förordning om införande af ny utsökningslag och hvad i afseende derå skall iakttagas 31.10. 1896/37.
UpphovsL	Lag om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk 8.7. 1961/404.
UtlInskrL	Lag om utlänningars och vissa sammanslutningars rätt att äga och besitta fast egendom och aktier 28.7. 1939/219.
WarrantF	Förordning om allmänna upplagsmagasin med rätt att utgifva warrants 30.9 1892/35.
VarumärkesL	Varumärkeslag 10.1. 1964/7.
VattenL	Vattenlag 19.5. 1961/264.
VäxelL	Växellag 14.7. 1932/242.

LITTERATURFÖRTECKNING

Arbeten — främst tidskriftsuppsatser — till vilka hänvisats under en enda punkt av framställningen, har inte nämnts i nedanstående förteckning.

Inom parents har angivits huru resp. arbete citerats i de fall då oklarhet annars kunde uppstå.

Aaltonen, Aimo O.: Tavaran virheistä. Hankintaa koskeva kauppaoikeudellinen tutkimus. I Porvoo 1955. II Vammala 1959.

Aho, Matti L.: Varallisuusoikeudellisen oikeustoimen tulkinnasta. Porvoo 1968. (Aho)

— Tuomioistuimen harkintavalta ja tuomarin sosiaalinen rooli. DL 1969 465—479.

Almén, Tore: Om köp och byte av lös egendom. Kommentar till lagen den 20 juni 1905. 4. uppl. ombesörjd av Rudolf Eklund. Stockholm 1960.

Andersen, Kristen: Kjøpsrett. Oslo 1962.

— Skadeforvoldelse og erstatning. Oslo 1970.

Arnholm, Carl Jacob: Privatrett. I Almindelig privatrett. Oslo 1964. II Avtaler. Oslo 1964. III Almindelig obligasjonsrett. Oslo 1966. (I, II eller III).

Augdahl, Per: Den norske obligasjonsretts almindelige del. 3. omarb. o. utv. utg. Oslo 1963.

Beckman, Rudolf: Finlands sjörätt. Föreläsningar. Åbo 1940.

Bengtsson, Bertil: Hävningsrätt och uppsägningsrätt vid kontraktsbrott. Stockholm 1967. (Bengtsson).

— Om ansvarsförsäkring i kontraktsförhållanden. I Den skadeståndsrättsliga bakgrunden. II Försäkringsskyddet. Uppsala 1960.

— Om ansvarsförsäkringens betydelse i skadeståndsmål. SvJT 1961 627- 645.

Berner Kommentar: Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI, Obligationenrecht, 1. Abt. Allgemeine Bestimmungen. Bearb. von Hermann Becker, 2. Aufl. Bern 1941. (BernerKomm.).

Brækhus, Sjur: Rederens husbondsansvar. Juridiske arbeider fra sjø og land. Oslo 1968 269—334.

Brusiin, Otto: Aineettoman vahingon korvaamisesta. Helsinki 1953.

— Tuomarin harkinta normin puuttuessa. Vammala 1938.

— Über die Objektivität der Rechtssprechung. Helsinki 1949. (Objektivität).

— Zum Problem des immateriellen Schadens. Turku 1966.

von Büren, Bruno: Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil. Zürich 1964.

Caselius, Ilmari: Rakennusurakka. Vammala 1943.

Cervin, Ulf: Om passivitet inom civilrätten. Stockholm 1960.

Cheshire, G. C.—Fifoot, C. H. S.: The law of contract. 6. ed. London 1964.

Chitty on Contracts. Volume I, General Principles, 23rd ed. London 1968.

Christensen, Anna: Studier i köprätt. Stockholm 1970.

Chydenius, Wilhelm: Lärobok i finsk kontraktsrätt. I 3. omarb. uppl., Åggelby 1923. II 2. uppl.. Helsingfors 1925.

Corbin on Contracts. A Comprehensive Treatise on the Rules of Contract Law. Vol. V. St. Paul, Minn. 1951.

Eek, Hilding m.fl.: Juridikens källmaterial. 5. uppl. Stockholm 1967.

Ekström, F. W.: Privaträttens allmänna läror. Utgiven av Einar Cavonius. Helsingfors 1921—25.

Ellilä, Tauno: Ulosotto-oikeuden yleiset opit. 2. uusittu painos. Porvoo 1970.

Erma, Reino: Työurakka Suomen velvoiteoikeuden mukaisena sopimustyyppinä. Vammala 1955.

Esser, Josef: Schuldrecht, Band I, Allgemeiner Teil. 3. völlig neubearb. Aufl. Karlsruhe 1968.

Fikentscher, Wolfgang: Schuldrecht. 2. Aufl. Berlin 1969.

Gaarder, Karsten: Om selgerens forsinkelse og levering av mangelfull vare etter det internasjonale kjøpslovsutkast. Nordisk Gjenklang. Festskrift till Carl Jacob Arnholm 18. december 1969. Oslo 1969.

Germann, Oscar Adolf: Grundlagen der Rechtswissenschaft. 2. neubearb. und ergänzte Aufl. Bern 1968. (Grundlagen).

— Probleme und Methoden der Rechtsfindung. 2. Auflage. Bern 1967. (Germann).

Godenhielm, Berndt: Lärobok i kontraktsrätt I. Borgå 1965. (Godenhielm).

— Om säljarens bundenhet under ändrade förhållanden. Helsingfors 1954.

— Uusi huoneenvuokralaki ja siihen liittyvä lainsäädäntö selityksineen. Porvoo 1964.

— Om påföljderna av säljarens kontraktsbrott enligt den internationella köplagen (Haag 1964) DL 1965 85—114.

— Some Views on the System of Remedies in Uniform Law of International Sales. Scandinavian Studies in Law 1966 9—35. Uppsala 1966.

Gomard, Bernhard: Forholdet mellem Erstatningsregler i og uden for Kontraktsforhold. København 1958. (Gomard).

— Husbondansvar. Juristen 1960 537—571.

Grönfors, Kurt: Allmän transporträtt. Kortfattad lärobok, 2 uppl. Stockholm 1969.

— Om trafikskadeansvar utanför kontraktsförhållanden. Studier över skadeståndet vid trafik till lands, till sjöss och i luften. Uppsala 1952.

— Skadelidandes medverkan. Stockholm 1954.

— Ställningsfullmakt och bulvanskap. Stockholm 1961.

— Successiva transporter. En studie i transportansvar. Stockholm 1968.

— Apportionment of Damages in the Swedish Law of Torts. Scandinavian Studies in Law 1957, Volume I 93—122. Uppsala 1957.

— Befraktarens hävningsrätt och sjöfraktavtalets konstruktion. Handelshögskolans i Göteborg Skriftserie 1959 Nr 2. Göteborg 1959.

— Några synpunkter på tvingande rättsregler i civilrätten. Festskrift till Håkan Nial 204—225. Stockholm 1966.

Grönfors, Kurt—Hagberg, Lennart: De nordiska speditionsvillkoren. Göteborg 1963.

Guhl, Theo: Das Schweizerische Obligationenrecht mit Einschluss des Handels-, Wechsel- und Versicherungsvertragsrechtes. 5. verb. u. erg. Aufl. Zürich 1956.

Hakulinen, Y. J.: Kiinteistön luovutuksen muodosta sekä julkisen kaupanvahvistajan asemasta ja tehtävistä. 2. täyd. uusittu pain. Vammala 1949.

— Obligationsrätt I, Allmän läror. Tammerfors 1962. (Hakulinen).

— Velkakirjalaki siihen liittyvine lakeineen, 2. painos. Porvoo 1965.

— Vuokraoikeus I, Maanvuokra. Helsinki 1967.

— Eräitä kaupanvastuuta koskevia kysymyksiä. LM 1961 22—33.

Hakulinen, Y. J.—Raninen, Huugo: Osamaksukauppa. Tampere 1968.

Halila, Jouko: Saamisoikeuksien kuittauksesta. Vammala 1961. (Halila).

— Todistustaakan jaosta silmällä pitäen erityisesti varallisuusoikeudellisia oikeussuhteita. Porvoo 1955.

Halila, Jouko—Ylöstalo, Matti: Saamisen lakkaamisesta. Toinen, korjattu painos. Vammala 1967.

Hannikainen, Antti: Pidätysoikeuden rakenteesta silmällä pitäen Suomen voimassa olevaa oikeutta. Siviilioikeudellinen tutkimus. Vammala 1948.

Hawkland, William D.: A transactional guide to the Uniform Commercial Code. Chapter IV by William R. Klaus I—II. Philadelphia 1964.

Heikonen, A. R.—Aaltonen, Aimo O.: Irtaimen kauppa, 3. painos. Vammala 1968.

Hellman, Ossian: Määräysoikeus rahtitoimissa Suomen oikeuden mukaan. Vammala 1941.

Hellner, Jan: Försäkringsgivarens regressrätt. Uppsala 1953.

— Försäkringsrätt. 2. uppl. Stockholm 1965.

— Köprätt. 3. uppl. Stockholm 1967. (Hellner).

— Den enhetliga lagen om internationella köp av lösa saker. SvJT 1965 257—269.

Hernberg, Alarik: Gäldförhållandet. Allmänna läror. Helsingfors 1934.

Hole, Ivar: Ansvarsfraskrivelse i massekontrakter. Oslo 1959 (Norsk forsikringsjuridisk forening. Publikasjoner Nr 40).

Holmbäck, Ulf: Studier i förutsättningslärans terminologi. Stockholm 1970.

Hoppu, Esko: Rahdinottajan tavaravastuusta silmälläpitäen vastuuvarausoikeutta matkarahtauksessa. Vammala 1966.

Ignatius, Kaarlo: Vakuutussopimuslaki. 3. pain., toim. Antti Kivivuori. Vammala 1970.

Jørgensen, Stig: Erstatning for personskade og tab af forsørger. 2 udg. Aarhus 1963.

— Erstatningsret. København 1966.

— Fire obligationsretlige afhandlinger. Tølløse 1965. (Jørgensen).

— Aftalen som form. TfR 1965 400—431.

Jørgensen, Stig—Wanscher, Torben: Professionelt ansvar i skandinavisk ret. Juristen 1967 425—440.

Karlgren, Hjalmar: Avtalsrättsliga spörsmål. 2. uppl. Lund 1954.

— Kutym och rättsregel. Stockholm 1960.

— Passivitet. En köprättslig och allmän avtalsrättslig studie. Stockholm 1965.

— Produktansvaret. Stockholm 1971.

— Skadeståndsrätt. 4. uppl. Stockholm 1968.

Kivimäki, T. M.: Luontaissuorituksesta tekemiseen tai tekemättä jättämiseen velvoittavissa sopimuksissa. JFT 1957 156—167.

— Oikeudellisen ajattelun kehityksestä viime vuosikymmenien kuluessa. LM 1959 121—130.

Kivimäki, T. M.—Ylöstalo, Matti: Lärobok i Finlands civilrätt, allmän del. Översatt av P. E. von Bonsdorff. Vammala 1961.

Knoph, Ragnar: Rettslige standarder. Oslo 1939.

Komiteamietintö 1969: A 25. Työsopimuslakikomitean mietintö.

Kommittébetänkande 1965: A 4. Skadeståndskommitténs betänkande.

Kommittébetänkande 1969: A 20. Förslag till en ny lag om aktiebolag. Aktiebolagskommitténs betänkande jämte nordiska parallellförslag (ABLFörsl 1969).

Kruse, A. Vinding: Erstatningsretten. I—II. København 1964—65.

— Misligholdelse af ejendomskøb, 2. omarbejdede udgave. København 1962.

Kruse, Fr. Vinding: Ejendomsretten II. 3. udg. København 1951.

— En nordisk lovbog. Udkast til en fælles borgerlig lovbog for Danmark, Finland, Island, Norge og Sverrig, med motiver. 2. udg. København 1962.

Lahtinen, Osvi: Zum Aufbau der rechtlichen Grundlagen. Helsinki 1951.

Lando, Ole: Standardkontrakter, et forslag og et perspektiv. TfR 1966 345—365.

— Domstolene og billighed. Nogle retssammenlignende betragtninger. SvJT 1967 1—10.

Larenz, Karl: Lehrbuch des Schuldrechts, I Band: Allgemeiner Teil. 9. Aufl. Nördlingen 1968. (Larenz I).
— Methodenlehre der Rechtswissenschaft. 2. neu bearb. Aufl. Berlin–Heidelberg–New York 1969.
Lejman, Fritjof: Rättsförhållandet mellan hyresvärd och hyresgäst. Uppsala 1951.
Ljungman, Seve: Om prestation in natura I. Särskilt vid köp av lös egendom. Uppsala 1948.
Lyngsø, Preben: Afbestillingsret. København 1971.
Makkonen, Kaarle: Zur Problematik der juridischen Entscheidung. Eine strukturanalytische Studie. Turku 1965.
Marks von Würtemberg, E.—Sterzel, F.: Lagen om skuldebrev jämte dithörande författningar. 3. uppl. ombesörjd av F. Sterzel. Stockholm 1953.
Muukkonen, P. J.: Esisopimus. Vammala 1960.
— Muotosäännökset. Varallisuusoikeudellisia sopimuksia koskeva tutkimus. Vammala 1958.
Nial, Håkan: Annonsavtalet. Dess rättsverkningar i förhållandet mellan tidning och annonsör. Stockholm 1949.
Olivecrona, Karl: Rätt och dom. Lund 1960.
— Rättsordningen. Ideer och fakta. Lund 1966.
Olsson, Curt: Om köpares borgenärsskydd vid köp av lös egendom. Helsingfors 1954.
— Verkan av avtalsklausuler i standardformulär. Förhandlingarna å det tjugoförsta nordiska juristmötet i Helsingfors den 22—24 augusti 1957 152—157. Vammala 1959. (Olsson).
Palmgren, Gunnar: Juridiken i affärslivet. 5. omarb. uppl. utg. av Curt Olsson. Helsingfors 1965. (Palmgren—Olsson).
— Konkurrensklausuler vid tjänsteavtal. Helsingfors 1939.
— Om påföljderna av säljares mora. Helsingfors 1936. (Palmgren)
Persson, Ulf: Skada och värde. Lund 1953.
Petersen, I. Günther: Ansvarsfraskrivelse. København 1957.
Portin, Göran: Om köpares dröjsmål med särskild hänsyn till mora accipiendi. Borgå 1962. (Portin).
— Om reklamation vid köp av lös egendom. JFT 1957 197—210.
— Uppsåtligt kontraktsbrott. JFT 1971 37—50.
Rabel, Ernst: Das Recht des Warenkaufs. Eine rechtsvergleichende Darstellung. 1. Band. Berlin und Leipzig 1936.
Raiser, Ludwig: Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen. Bad Homburg vor der Höhe 1961.
Ramberg, Jan: Cancellation of Contracts of Affreightment on account of war and similar circumstances. Göteborg 1969.
Riska, Olof: Om försäkring av driftsintresse i sjöfart. En försäkringsrättslig studie. Borgå 1964.
— Ansvarsförsäkring i stället för skadestånd. JFT 1968 138—161.
Rodhe, Knut: Obligationsrätt. Lund 1956. (Rodhe).
— De nordiska köplagarna och affärslivets avtalspraxis. JFT 1957 6—14.
Ross, Alf: Om ret og retfærdighed. En indførelse i den analytiske retsfilosofi. København 1953.
Routamo, Eero: Kaupanvastuu ja oikeudellinen virhe irtaimen kaupassa. Porvoo 1969.
Sarkko, Kaarlo: Työrauhavelvollisuudesta. Tutkimus työehtosopimuslain mukaisen työrauhavelvollisuuden asiallisesta ulottuvuudesta. Vammala 1969.
Saxén, Hans: Adekvans och skada. Åbo 1962. (Saxén).
— Förlagsavtalet. Åbo 1955.
— Några synpunkter på säljarens ansvar för skada härrörande av skadebringande egenskaper hos köpgodset. JFT 1962 269—277.
Schmidt, Folke: Tjänsteavtalet. Nyskriven upplaga. Lund 1968.

— Bör de nordiska avtalslagarna revideras? Förhandlingarna vid det 24:e nordiska juristmötet i Stockholm 31 augusti — 2 september 1966, Bilaga 7. Stockholm 1967.
Schmidt—Salzer, Joachim: Das Recht der Allgemeinen Geschäfts- und Versicherungsbedingungen. Berlin 1967.
Schmitthoff, Clive M.: The sale of goods. Including the hire-purchase act 1965 and other enactments. 2. ed. London 1966.
Selvig, Erling: Det såkalte husbondsansvar. Halden 1968.
Sigeman, Tore: Lönefordran. Studier över löneskydd och kvittningsregler. Stockholm 1967.
Sipilä, Arvo: Suomen työoikeuden pääasiat. Porvoo 1968.
Staffans, Sanfrid: Finlands sjörätt och sjömansrätt i huvuddrag. Helsingfors 1970.
Strömholm, Stig: Rättsutveckling på annat sätt än genom lagstiftning. Forhandlinger på Det 25. nordiske juristmøte i Oslo 13.—15. august 1969, s. 465—532.
Sundberg, Jacob W. F.: Om ansvaret för fel i lejt gods. Stockholm 1966.
Taxell, L. E.: Aktiebolagsstyrelsens kompetens att rättshandla. Åbo 1946.
— Aktieägares rättsskydd. Åbo 1961.
— Ansvar och ansvarsfördelning i aktiebolag. Åbo 1963.
— Panträtt i skuldebrev. Åbo 1949.
— Om avbeställningsrätt vid leverans och arbetsbeting. JFT 1949 151—164.
— Om förutsättningarna för säljarens skadeansvar när godset har fel. JFT 1956 80—97.
— Penningvärdet som rättsligt problem. JFT 1959 221—245.
— Handelsbalken — några synpunkter. JFT 1961 202—210.
— Norm och prövning. JFT 1964 372—379.
— Avtalsbrott och påföljd. Festskrift till Håkan Nial 493—503. Stockholm 1966.
Tiberg, Hugo: Mellanmansrätt. 2. uppl. Stockholm 1965.
Treitel, G. H.: The law of contract. London 1962.
Trolle, Jørgen: Risiko & skyld i erstatningspraxis. København 1960.
Ussing, Henry: Aftaler paa Formuerettens Omraade. 3. Udg. København 1950. (Aftaler).
— Erstatningsret. 5. oplag. København 1959.
— Køb. 4. udg. ved A. Vinding Kruse. København 1967.
— Obligationsretten, Almindelig del. 4. udg. ved A. Vinding Kruse. Odense 1967. (Ussing).
Vahlén, Lennart: Avtal och tolkning. Stockholm 1966.
— Fastighetsköp. 2. uppl. Stockholm 1969.
— Formkravet vid fastighetsköp. Särskilt dess inverkan på regler om förutsättningar och fel. Stockholm 1951.
Wallin, Gunvor: Dröjsmålsränta. Stockholm 1969.
Wiese, Günther: Der Ersatz des immateriellen Schadens. Tübingen 1964.
Vihma, Väinö: Sopimussakko. Helsinki 1950.
— Suorituksen mahdottomuus varallisuusoikeudellisessa sopimussuhteessa. Vammala 1957. (Vihma).
— Rahdinottajan vahingonkorvausvastuusta. Toivo Mikael Kivimäki, Juhlajulkaisu 1956 429—450.
Wrede, R. A.: Grunddragen av sakrätten enligt Finlands lag. 2. upplagan utgiven av Ilmari Caselius.
— Lagen om rättshandlingar på förmögenhetsrättens område av den 13 juni 1929 jämte i samband därmed utfärdade lagar med förklaringar. Borgå 1949. (Avtalslagen)
Vuorio, Jorma: Työsuhteen ehtojen määrääminen. Turku 1955.
Ylöstalo, Matti: Takauksesta. 2. uusittu painos. Porvoo 1969.
Zitting, Simo—Rautiala, Martti: Lärobok i sakrätt. Allmän del. Översatt från andra finska upplagan av P. E. von Bonsdorff. Helsingfors 1971.

FÖRTECKNING ÖVER RÄTTSFALL

Ordet ref. inom parentes efter en sidnummer anger, att rättsfallet där i korthet refererats.

HD

1921 D II 402 s. 321, 322

1922 D I 37 s. 125 (ref.)
D II 143 s. 123 (ref.)

1923 D I 36 s. 445 (ref.)
D II 154 s. 213
D II 180 s. 464
D II 208 s. 225 (ref.)
D II 254 s. 329, 480
D II 300 s. 123 (ref.), 322
D II 638 s. 190

1924 D I 17 s. 123 (ref.)
D II 243 s. 407
D II 469 s. 462
D II 505 s. 219

1925 D II 114 s. 124
D II 235 s. 321
D II 302 s. 213
D II 495 s. 213
D II 552 s. 296
U II 469 s. 373

1926 I 3 s. 427
I 58 s. 451
II 6 s. 475

1927 II 249 s. 213
II 446 s. 368

1928 II 34 s. 422
II 38 s. 311
II 71 s. 479
II 93 s. 464
II 145 s. 103 (ref.)
II 162 s. 90 (ref.)
II 229 s. 407

1929 II 50 s. 311
II 346 s. 444 (ref.)
II 408 s. 450 (ref.)
II 585 s. 407
II 652 s. 417 (ref.)
II 787 s. 354 (ref.)
II 800 s. 476

1930 II 22 s. 223
II 149 s. 225
II 230 s. 327 (ref.)
II 342 s. 475, 476
II 477 s. 44
II 619 s. 474 (ref.)
II 629 s. 323 (ref.)

1931 I 1 s. 320 (ref.)
I 12 s. 117, 289, 322
II 5 s. 233 (ref.)
II 55 s. 428 (ref.)
II 63 s. 475, 476, 477
II 110 s. 218
II 220 s. 380
II 413 s. 380 (ref.)
II 517 s. 354

1932 I 5 s. 265, 297 (ref).
I 16 s. 420 (ref.)

I 27 s. 186
I 41 s. 213
I 103 s. 387 (ref.)
I 116 s. 141 (ref.)
II 42 s. 133 (ref.)
II 111 s. 207 (ref.), 219
II 140 s. 234
II 144 s. 465 (ref.)
II 193 s. 416 (ref.)
II 202 s. 311
II 263 s. 255 (ref.), 355, 356
II 284 s. 420
II 316 s. 131 (ref.)
II 391 s. 424 (ref.)
II 421 s. 408

1933 I 19 s. 342 (ref.)
I 84 s. 207 (ref.), 462
I 86 s. 207, 219 (ref.)
I 94 s. 248 (ref.)
II 9 s. 296 (ref.)
II 37 s. 207
II 67 s. 183
II 89 s. 219 (ref.)
II 123 s. 427
II 165 s. 455
II 172 s. 427
II 204 s. 215 (ref.)
II 273 s. 123 (ref.), 127
II 337 s. 204
II 451 s. 36

1934 II 5 s. 354 (ref.)
II 11 s. 448
II 102 s. 90 (ref.), 91
II 156 s. 216 (ref.)
II 187 s. 266 (ref.), 268
II 228 s. 223
II 298 s. 93 (ref.)
II 512 s. 223
II 517 s. 476

1935 I 7 s. 251
I 57 s. 420 (ref.)
I 58 s. 97
II 56 s. 471 (ref.), 475
II 128 s. 444
II 228 s. 462
II 263 s. 328 (ref.)
II 482 s. 478 (ref.)
II 591 s. 479 (ref.)

1936 I 44 s. 68, 196
II 99 s. 268
II 122 s. 265, 266 (ref.), 268
II 128 s. 246
II 156 s. 265
II 174 s. 328 (ref.)
II 201 s. 444
II 204 s. 61
II 245 s. 413, 475
II 273 s. 415
II 340 s. 427
II 341 s. 479
II 351 s. 408 (ref.)
II 389 s. 478 (ref.)
II 432 s. 213, 228 (ref.)
II 437 s. 427
II 472 s. 223

1937 II 50 s. 465 (ref.), 475
II 108 s. 243 (ref.)
II 133 s. 409
II 143 s. 455
II 297 s. 480
II 321 s. 475
II 452 s. 426 (ref.)
II 455 s. 480 (ref.)
II 533 s. 342 (ref.)

1938 I 50 s. 231
II 20 s. 219
II 58 s. 387 (ref.)
II 63 s. 354 (ref.)
II 67 s. 475
II 104 s. 448
II 158 s. 415 (ref.)
II 180 s. 475
II 194 s. 170 (ref.)
II 281 s. 421 (ref.)
II 284 s. 266, 344
II 586 s. 471
II 634 s. 479

1939 II 3 s. 204, 207
II 194 s. 415

II 242 s. 265 (ref.), 297
II 306 s. 268, 471 (ref.)
II 352 s. 223
II 432 s. 213 (ref.)
II 443 s. 368, 463
II 476 s. 219
II 514 s. 475
II 559 s. 219

1940 I 15 s. 448
II 53 s. 268, 357 (ref.)
II 56 s. 329 (ref.), 409
II 114 s. 354
II 139 s. 354 (ref.)
II 154 s. 205
II 174 s. 84
II 190 s. 431 (ref.)
II 219 s. 449 f (ref.)
II 233 s. 233 (ref.)
II 283 s. 206 (ref.), 213, 231
II 287 s. 198
II 353 s. 134

1941 I 4 s. 102
I 5 s. 428 (ref.)
II 26 s. 109, 408 (ref.)
II 64 s. 414
II 121 s. 199
II 150 s. 215
II 159 s. 262, 266, 344 (ref.), 381
II 191 s. 357 (ref.)

1942 I 16 s. 114, 123 (ref.), 419 (ref.)
I 28 s. 265, 380
II 37 s. 97, 265, 381 (ref.)
II 38 s. 455
II 54 s. 342
II 112 s. 317
II 131 s. 123
II 157 s. 408
II 158 s. 230 (ref.)
II 159 s. 215 (ref.), 357 (ref.), 416
II 169 s. 419
II 170 s. 326 (ref.)
II 177 s. 355 (ref.), 416

1943 I 26 s. 123 (ref.)
II 44 s. 146
II 80 s. 238
II 87 s. 196 (ref.)
II 89 s. 133
II 90 s. 298, 342
II 160 s. 121, 123 (ref.), 321
II 167 s. 133
II 168 s. 80, 137
II 192 s. 80
II 216 s. 354 (ref.)
II 242 s. 123 (ref.), 125, 321
II 258 s. 474
II 297 s. 473 (ref.)
II 301 s. 118 (ref.)

1944 II 7 s. 322 (ref.)
II 94 s. 296, 354
II 104 s. 170, 194, 200 (ref.)
II 132 s. 124 (ref.), 444
II 134 s. 447 (ref.), 448
II 146 s. 297 (ref.), 314
II 181 s. 118 (ref.)
II 188 s. 268, 474 (ref.), 475
II 189 s. 124, 321 (ref.)
II 214 s. 265, 380
II 232 s. 304, 342 (ref.)
II 247 s. 124, 444
II 262 s. 448, 449 (ref.)

1945 I 7 s. 239 (ref.)
I 19 s. 225
I 33 s. 265, 266, 331, 344 (ref.), 381
I 41 s. 380 (ref.)
II 6 s. 246, 298
II 11 s. 416 (ref.)
II 23 s. 355 (ref.)
II 44 s. 206, 473, 476
II 46 s. 420 (ref.), 479
II 47 s. 336, 371 (ref.)
II 63 s. 190
II 68 s. 218 (ref.)
II 74 s. 213
II 83 s. 321, 447
II 92 s. 479
II 100 s. 157
II 122 s. 355 (ref.)
II 129 s. 262, 266, 344
II 131 s. 289, 322

II 139 s. 301 (ref.), 409
II 162 s. 413
II 182 s. 213
II 189 s. 213 (ref.)
II 190 s. 123
II 206 s. 354
II 208 s. 419, 459 (ref.)
II 267 s. 355 (ref.)

1946 II 6 s. 301, 327 (ref.), 409
II 58 s. 265
II 83 s. 99
II 132 s. 372 f (ref.)
II 154 s. 266, 381 (ref.)
II 230 s. 111
II 234 s. 59, 415
II 284 s. 304 (ref.)
II 292 s. 125, 444 (ref.), 448
II 295 s. 355
II 296 s. 101

1947 II 3 s. 122
II 13 s. 123 (ref.), 321
II 18 s. 342 (ref.)
II 39 s. 268
II 40 s. 244 (ref.)
II 83 s. 268
II 98 s. 460
II 103 s. 305, 344 (ref.)
II 114 s. 331, 335, 336 (ref.), 382
II 136 s. 133
II 142 s. 121 (ref.), 323
II 160 s. 258, 380
II 164 s. 358
II 228 s. 478 (ref.)
II 235 s. 310
II 241 s. 122, 123 (ref.), 125, 321, 419
II 253 s. 97
II 261 s. 190
II 273 s. 463, 464 (ref.)
II 348 s. 124
II 422 s. 314 (ref.)

1948 II 3 s. 356 (ref.)
II 4 s. 310
II 26 s. 356 (ref.)
II 44 s. 104
II 62 s. 190
II 122 s. 80
II 150 s. 310
II 175 s. 190
II 180 s. 59, 213, 231
II 182 s. 310
II 186 s. 289
II 187 s. 206, 479
II 200 s. 310
II 213 s. 415 (ref.)
II 278 s. 147
II 319 s. 123 (ref.)
II 351 s. 213
II 381 s. 466 (ref.), 467
II 433 s. 297 (ref.)
II 444 s. 302, 329 (ref.), 371, 462
II 446 s. 203
II 474 s. 101
II 500 s. 325 (ref.)

1949 II 7 s. 475, 476
II 22 s. 111
II 32 s. 475
II 45 s. 133
II 46 s. 255 (ref.), 355
II 132 s. 344 (ref.)
II 144 s. 328
II 161 s. 101
II 172 s. 190, 196
II 180 s. 133
II 194 s. 380 (ref.)
II 208 s. 400
II 233 s. 480 (ref.)
II 240 s. 398
II 258 s. 9
II 271 s. 36 (ref.), 479
II 287 s. 479
II 293 s. 326 (ref.)
II 303 s. 207, 236
II 322 s. 446, 448
II 325 s. 207
II 327 s. 68
II 381 s. 479
II 392 s. 310
II 398 s. 256
II 405 s. 256, 392, 465 (ref.)
II 421 s. 479
II 427 s. 208

6.9. 1949, DL 1950 rättsfall nr. 47, s. 331

1950 I 14 s. 265
I 26 s. 255 (ref.)
II 27 s. 256
II 44 s. 183, 256
II 51 s. 124
II 52 s. 190
II 62 s. 124
II 73 s. 417
II 77 s. 123 (ref.), 321, 461
II 91 s. 190
II 114 s. 124
II 118 s. 265 (ref.), 382
II 122 s. 256
II 170 s. 124 (ref.), 321
II 244 s. 133
II 272 s. 213, 231
II 274 s. 475
II 304 s. 124
II 353 s. 475
II 369 s. 213
II 394 s. 398, 400 (ref.)
II 400 s. 122 (ref.)
II 416 s. 340 (ref.), 342, 371
II 419 s. 111
II 420 s. 213
II 421 s. 413, 474 (ref.)
II 422 s. 268, 480 (ref.)
23.11. 1950, LM 1951 s. 655, s. 427

1951 I 1 s. 84
I 2 s. 218, 229, 479
I 7 s. 218 (ref.)
I 11 s. 107, 108, 111, 414 (ref.)
I 16 s. 323 (ref.), 449
II 32 s. 124 (ref.)
II 42 s. 382
II 43 s. 64, 86, 151, 156, 160
II 44 s. 189 f (ref.)
II 62 s. 265, 283 (ref.)
II 67 s. 159, 358
II 71 s. 265 (ref.), 380
II 81 s. 208 (ref.), 231
II 89 s. 265 (ref.), 344, 380
II 104 s. 109, 335 (ref.), 344
II 110 s. 383
II 114 s. 380 (ref.), 459
II 121 s. 124
II 124 s. 84
II 136 s. 124
II 145 s. 250 (ref.)
II 149 s. 448
II 150 s. 314 (ref.), 371, 382
II 158 s. 95
II 159 s. 331, 398
II 161 s. 92, 334
DL 1951 rättsfall nr. 37, s. 427

1952 I 14 s. 196
I 16 s. 87, 88, 126, 151, 156, 161
II 19 s. 474
II 30 s. 124 (ref.)
II 41 s. 118 (ref.), 124
II 51 s. 289 (ref.)

1953 II 47 s. 237 (ref.)
II 50 s. 361
II 61 s. 166
II 73 s. 206 (ref.)
II 97 s. 301 (ref.)
II 127 s. 447, 448
II 136 s. 298
II 148 s. 36
II 157 s. 297 (ref.), 305

1954 II 8 s. 475, 476
II 35 s. 449, 451 (ref.)
II 51 s. 262, 339 (ref.), 340, 344
II 52 s. 384
II 66 s. 408
II 89 s. 133
II 120 s. 408

1955 II 8 s. 296 (ref.)
II 31 s. 400 (ref.), 406, 409
II 38 s. 420 (ref.)
II 45 s. 268
II 112 s. 380, 398
II 128 s. 383
II 129 s. 283
II 147 s. 326 (ref,)

1956 II 10 s. 297 (ref.)
II 34 s. 407 f (ref.)

II 35 s. 414 (ref.)

1957 II 35 s. 342 (ref.)

1958 II 21 s. 111, 258, 335, 336 (ref.), 371, 382
II 23 s. 248 (ref.)
II 29 s. 416
II 34 s. 223, 414 (ref.)
II 36 s. 289 (ref.)
II 67 s. 231
II 112 s. 101, 111, 371

1959 II 26 s. 169 (ref.)
II 42 s. 202, 213, 456, 457
II 103 s. 231
II 109 s. 335, 344

1960 II 62 s. 111, 262 (ref.), 337 (ref.)
II 95 s. 448
II 104 s. 283, 317
II 134 s. 334, 381 (ref.)
2246/8.9. 1960, LM 1964 ss. 838—843, s. 414

1961 II 2 s. 225 (ref.), 480
II 4 s. 142
II 5 s. 248 (ref.)
II 12 s. 124, 387, 404 (ref.)
II 25 s. 59, 447
II 52 s. 207 (ref.), 228
II 119 s. 220 (ref.), 223
II 137 s. 197 (ref.)
II 153 s. 387 (ref.)
LM 1961 s. 84, s. 161 (ref.)

1962 II 46 s. 258, 380
II 77 s. 93
II 97 s. 262 (ref.)
3177/5.12. 1962 s. 400 (ref.)

1963 II 12 s. 228 (ref.)
II 23 s. 238 (ref.)
II 30 s. 251 (ref.)
II 37 s. 265 (ref.)
II 38 s. 189, 244 (ref.)
II 80 s. 93
II 97 s. 238

1964 II 11 s. 82, 355 (ref.)
II 23 s. 139
II 53 s. 262, 266, 341 (ref.)
II 80 s. 59, 447 (ref.)
II 83 s. 36
II 120 s. 111, 268, 340 (ref.)

1965 II 13 s. 142 (ref.)
II 51 s. 80
II 67 s. 59
15.6. 1965, DL 1966 rättsfallsavd. s. 11, s. 42

1966 II 15 s. 372
II 19 s. 248 (ref.)
II 76 s. 371 (ref.), 407
II 79 s. 334
II 98 s. 283, 305 (ref.), 382
II 130 s. 370 (ref.)

1967 II 1 s. 407 (ref.)
II 28 s. 204, 207 (ref.)
II 41 s. 9, 207 (ref.), 213, 219
II 76 s. 111
II 97 s. 268

1968 II 4 s. 420 (ref.)
II 15 s. 204, 213 (ref.), 220 (ref.), 231
II 32 s. 382 (ref.)
II 51 s. 213 (ref.), 415 (ref.), 432 (ref.)
II 87 s. 479 (ref.)
II 97 s. 431 (ref.), 464

1969 I 1 s. 67
I 2 s. 415 (ref.)
II 11 s. 469 (ref.)
II 18 s. 219 (ref.), 313
II 19 s. 219, 223, 312 (ref.)
II 40 s. 301, 400, 406 (ref.)
II 44 s. 404
II 54 s. 264
II 63 s. 473, 475
II 64 s. 266 (ref.), 268
DL 1969 rättsfallsavd. nr. 10, s. 354 (ref.)

1970 II 20 s. 312 (ref.)
II 34 s. 223 (ref.)
II 41 s. 150 (ref.), 162
II 59 s. 80
II 64 s. 337 (ref.), 340, 344

1971 1.3., DL 1971 rättsfallsavd. s. 49, s. 477 (ref.)

SAKREGISTER

Kursiverad sidnummer utmärker att den fråga, som uppslagsordet anger, huvudsakligen behandlats på denna sida.

A
Absoluta lagregler *51 f*, 145
Actio quanti minoris 411
Adekvans 92, 279 f, 367
Affektionsvärde 401
Aktierätt 232, 429
Aktsamhet 97, 99
— standard *97 ff*, 102, 104, 337 ff
Allmän rättsprincip 73 ff
Allmänna avtalsvillkor 34, *37 ff*
Allmänt ersättningsschema 277
Anonyma fel och försummelser 343
Analogi 53, 68
Annulering 154, *162 ff*
Anspråk *2 f*, 9, 17, 172, 180 ff, *184 ff*, 254 f, *477 ff*
Ansvar, begrepp 4 f
Ansvarsfördelning 103
Anteciperat avtalsbrott 207, 221 f, 237, 435
Arbetsavtal 169
Arbetsförhållande 81, 164, 169 f, 191 f, 224, 243, 315 f, 353, 383, 429, 439, 441
Arbetsreglemente 83
Avhjälpande av fel 430 f
Avsikt se Uppsåt
Avtal, begrepp 1 ff
Avtals bindande kraft 21
Avtalsbalans *87 f*, 150, 155, 160 f, 238, 255, 414
Avtalsbrott, begrepp 10 f, 171
Avtalsbundenhet *3 f*, 19 f, *21 f*, 113 f, *128 ff*, 177
Avtalsersättning 254—389 se även Positivt avtalsintresse
Avtalsfrihet 35, 484
Avtalsförhållande 1 ff
Avtalskonflikt 29
Avtalsmekanism 45, *132 ff*
Avtalsnorm 34 ff
Avtalsprestation *184 ff*, 478
Avtalsstörning, begrepp 6 f
Avtalsvite 157, 180, *441 ff*
Avvisande av prestation 231, 431 f

B
Balans se Avtalsbalans
Bedömningsfakta 30, 86 ff
Betalningsförpliktelse se Penningprestation
Bevisbörda 69, 264, 270, 286, 289, 317, 344
Biförpliktelse 2, 114, 193, 205, 284, 395, 473
Bonus pater familias 98
Borgensförbindelse 161, 419, 463
Borgenär, begrepp 9 f, 172 f
Borgenärsförpliktelse 102, 115, 176, 237, 325
Bristande medverkan, borgenärs *176*, 205, 315, 385, 422, 428

C
Casus se Våda
Chikan 96
Culpa se Vållande
Culpa-ansvar 93, 261, 264, 278 f, 280, *284 ff*, 292, 330 ff, 340, 343, 346, *348 ff*, 406 f, 457
Culparegel 93, *259 ff*, 269 ff, 278, 280

D
Deponering 100, 264, 385, 428, 431
Detentionsrätt 237, 249
Direktiv 328
Disciplinbot 429
Dispositiva lagregler *51*, 56 f, 75

Dolus se Uppsåt
Dröjsmål 181, 188, 217, 240, 296, 298, 321, 323, 422 f
Dröjsmålsränta 291, 300, 307, 321, 361, *384 ff*
— avtalad 440 f
— ersättning utöver 388 ff

E
Egentlig avtalsnorm 34 ff
Ekonomisk skada, grupper 252 f
Ekonomiska resurser, parts 198, 306 f
Engångsprestation 228
Entreprenadavtal 163, 165, 222
Ersättningsklausul 454 ff
Exculpering 69, *264 ff*, 268, 270, 275, 286 f, 296, 315, 337, 344 f
Exekution *186 ff*, 434 f
Expropriation 419, 433

F
Fackman, begrepp 301 f
— ansvar *97 ff*, 283, 296, *299 ff*, 329, 408
Faran för avtalsobjektet 90, 283, 373, *421 ff*
Farlig verksamhet 299
Fastighetsköp 134 f, 231, 239
Fel 296, 424 f, 430 f
Force majeure 30, 93, 106, 113 f, *119 ff*, 167, 291 f, *320 ff*, 385, 387, 419, 444, 464
— förutsebarhet 120 f, 322
— klausul 126, *460 ff*
Formbundna avtal 36, 204, 231
Fraktavtal 38, 164, 168, 193, 210, 220, 286, 291, 294, 298, 318, 365
Friskrivning (klausul) 44, *455 ff*
— total 455
— partiell 455
Fullgörelse se Prestation
Fullmäktig 105, 111, 130, 136
Föravtal 196
Förborgat fel 206
Förbudsdom 187
Företagsverksamhet 296, *303 ff*, 343
Förfaller (avtal) 162, 169, 394, *418 ff*
Förfalloklausul 467
Förlust, utebliven 358 ff
Förmedlingsavtal 193, 416
Förpliktelse, begrepp 1 ff
Försumlighet se Vårdslöshet
Försäkring 38, 58, 104, 146, 161, 273, 276, 316, 360, 364, 381, 413, 429, 432 f
Förutsebarhet 26, 274 f
Förutsättning 86, 153 ff, 208, 219 f
Förverkandeklausul 465 ff

G
Garanti 5, 106, 297, 407, 462 f
— klausul 224, 315, *462 ff*
— tyst 106, 403
Generalklausul se Standardnorm
Genusprestation 194 f
God tro 327
Gåvoavtal 164, 284, 290, 307, 310
Gäldenär, begrepp 10, 172

H
Handelsförhållande 221
Handelssed 41, 54 f
Handlingsnorm *1 ff*, 13, 15, *33*, 129
Huvudförpliktelse 2, 205, 238, 255
Hyresavtal 33, 35, 58, 135, 164, 166, 183, 204, 210, 212, 225, 232, 287, 294, 309, 315 f, 404, 412, 416, 419, 430
Hävning, begrepp 201
— partiell 204, 228 f, 412
— rättsverkan 201 f, 232 f
Hävningsfrist 225
Hävningsförklaring 179, 201, *230 ff*, 418
Hävningsklausul 438 ff

I
Ideell skada se Immateriell skada
Immaterialrättigheter 384, 398, 429
Immateriell skada 253, 357, *395 ff*
Individuellt bestämd sak, prestation av 194
Inflation 125, 355
Ingående av avtal 94, 219
Innehållande av prestation 237 ff
Intäkt 353, 367
— utebliven 353, 358, 369 f, 390 f
Intäktsersättning 252, 353

J
Jordlegoavtal 183, 204, 210 f, 232, 307
Jämkning 157 ff

— av avtalsvillkor 46, 58, 128, 154, *157 ff*, 378, 465 f
— av avtalsvite 157, *445 ff*
— av skadeersättning 65, 328, 363, *370 ff*, 409
— allmän jämkningsregel 159
Järnväg 120, 282, 291

K
Kollektivavtal 4, 49, 210, 232, 409 ff
Kompensationsavtal se Täckningsavtal
Konkret bedömning 44
Konkurs 168 f, 186, 193, 200, 248, 250 f, 434 f
Konnexitet 251
Kostnad 256, 273, 304, 353, 356, 368 f
Kostnadsersättning 252, 256, 362, 395
Krav se Anspråk
Krig 122 f
Kutym se Sedvänja
Kvarstad 186
Kvittning 239, *245 ff*, 364
— defensiv 245
— offensiv 245

L
Lagnorm 50 ff
Legal ställföreträdare 105
Leverans 165, 190, 195 f, 293 ff, 318, 413
Likhetsprincip 23, 76
Lojalitetsregel 74, *81 f*, 468
Lån 281, 309

M
Medhjälpare 110 f
— ansvar för 5, 228, *262 f*, 266, 269, 279, *330 ff*, 350, 381, 407, 459
— fel och försummelser *106 ff*, 407
— i ledande ställning 333
— osjälvständig 110
— självständig 111, 173, 333 f, 341
— underordnad 333
Mellanmän 136 ff
Mora accipiendi se Bristande medverkan

N
Naturaprestation 80, 82, 162, 172, 178, 181, *187 ff*, 222, 299 f
Naturhinder 119 f, *122 f*
Negativ förpliktelse 190, 193
Negativt avtalsintresse 147, 167, 253, *390 ff*
Norm 1, *30 ff*, *46 ff*
Normal aktsamhetsstandard 338 f
Normal ersättning 367 f
Normavtal 34, *46 ff*

O
Oaktsamhet se Vårdslöshet
Objektiv omöjlighet se Omöjlighet
Objektivt ansvar se Strikt ansvar
Ocker 95
Offentlig myndighet, beslut och åtgärder 124
Ogiltighet 129, 131, *139 ff*
Ogiltighetsgrund 139 f
Omöjlighet, begrepp 113, *114 f*
— definitiv 420
— efterföljande 118
— ekonomisk 117 f, 197
— fysisk 115
— laglig 115 f
— objektiv *116 f*, 119, 122, *318 f*, 418 f
— orsaker till 115 ff
— subjektiv *116 f*, 119, *319 f*
— ursprunglig 114, 119
— övergående 118 f, 196
Ond tro 311, 326 f
Organisationsbeslut 34, *49 f*
Oskälighet se Skälighetsbedömning

P
Pant 134, 141, 247, 419, 435 f
Part 1 ff
— kollektiv enhet 104 f
— kvalifikationer se Fackman
Passivitet 135, *145 f*, 231, 421, 469 f
Penningprestation *186 f*, 188, 300, 384
Permittering 170
Personlig prestation 191, 283
Personligt integritetsvärde 397 ff
Plikt 409 f
Positivt avtalsintresse 22, 166, 202, 252, *254 ff*, 353
Prejudikat 61 ff
— prejudikatverkan 62
— prejudikatvärde 62, 72

Prestation, begrepp 2
Prestation i förtid 434 ff
Prestationshinder 113 ff
— absolut se Omöjlighet
— relativt 113, 115, 117, *126 f*, 316, *323 f*
Prevention 275 ff
Prisnedsättning se Vederlagsminskning
Påföljd, begrepp 10, 180
— preventiv funktion 25, 180, 275 ff
— reparativ funktion 25, 180
Påföljdsklausul 437 f
Påföljdsnorm 13, *34*
Påtryckning 180, 238, 249, 442

R
Reglemente 83
Reklamation 43, 69, 145, 179, 225, *468 ff*
— neutral 471
Reklamationsfrist 474 f
Reklamationsskyldighet 42 f, 145
Reparativ funktion se Påföljd
Reseförbud 186
Retentionsrätt 237, 243, *249 ff*, 425
Risk *88 ff*, 126, 136, 148, 156, 233, 273, 346 f, 366, 461
Riskfördelning *90 ff*, 126, 224, 309 f, 343, 363 f, 380, 423, 456, 464
Rubbningar i avtalsbundenheten 128 ff
— ursprungliga 130 ff
— efterföljande 148 ff
Rådighetsfel 219, 308, *311 ff*, 327, 370
Rättighet 1 ff
Rättsföljd 25
Rättskälla 32 f
Rättsligt fel 141, 219, *307 ff*, 327, 369 f
Rättsskydd 11, *12 ff*, 23 ff, 51, 132 f, 136, 148, 174, 180, 186, 277, 481 ff
Rättsstridighet 279
Rättssäkerhet 11, *19 ff*, 23 ff, 50, 65, 132 f, 136, 274, 483 f

S
Samtycke 142, 328
Sedvanerätt 58
Sedvänja 54 ff
Sekundär avtalsersättning 253, *378 ff*
Självhjälp (Självtäkt) 242 ff
Skadebringande egenskaper 316, *404 ff*
Skadeersättning (Skadestånd), begrepp 256 f
Skadlighetsansvar 405
Skingringsförbud 186
Skälighetsbedömning 60, 79 f, 126, *156 ff*, 227, 361, 365, *375 f*, *445 ff*
Skälighetsregel 60 f, 74 f, *78 ff*
Skälighetsstandard se Skälighetsregel
Speciesprestation 190, 194, 293 ff, 414
Spekulationssynpunkt 25, 478
Standardisering 27 f, 37, 216
Standardnorm *26 f*, *53 f*, 68 f, 158
Status quo-principen 472
Straff 183 f, 200, 442
Strejk 124, 305 f, 319
Strikt ansvar 106, 261, *263 ff*, 270, 278 f, *291 ff*, 340, 344, 346, 349 f, 382, 407 ff, 457, 464
Surrogat 119, *432 ff*
Sveda och värk 397, 399 f, 409
Svek 95, *100 f*, 131, 139 f, 222, 226 f, 414, 473
Syfte (avtalets) 86
Säkerhet 255, 435, 467
— krav på 237 f, 249, 304
Säkerhetssynpunkt 245, 247

T
Tolkning
— av avtal 36, 46, 56
— av lag 68
Transportavtal 283, 296 ff, 365, 398
Tredjemansavtal 4
Tro och heder 46, 95
Tvång 95, 139
Tvångsförsäljning 430
Tvångsmedel se Exekution
Täckningsavtal 82, 206, *243 ff*, 354 f, 372, 431

U
Undersökningsplikt 326
Upplysningsplikt 81, 207, 326
Upprepade prestationer 229
Uppskovsränta se Dröjsmålsränta
Uppsåt 94 f, *96*, 100, 457
Uppsägning 162, *234 ff*
Usance se Handelssed

Utfyllning av avtal 56
Utmätning 169, 186, 193, 248, 250 f

V
Varaktiga avtal 5, 203 f, 218, 224, 227, 229, 240, 417
Vederlag 230, 386 f
Vederlagsersättning 253, 256, 291, *383 ff*, 403
Vederlagsminskning 311, 313, *411 ff*, 431
Vinstersättning 402 ff
Vis major se Force majeure
Våda 96
Vållande *93 ff*, 225 ff, 268 ff, 280 ff mfl.
— in concreto 100
— in contractu *94 f*, 259
— in contrahendo *94 f*, 102, 141, 207 f, 227, 256, 322, 394
— kvalificerat 100, 226, 261, 289 f, 457 f
Vårdkostnader 316 f, 359, *426*
Vårdplikt 81, 176, 179, 227, 281 f, 358, 385, 400, *425 ff*
Vårdslöshet 94 f, *96 ff*
— grov (culpa lata) 101 f
— lindrig (culpa levis) 101 f
Väsentlighetsregeln 211 ff, 214 ff

Å
Återkravsrätt 169, 242
Återvinning 169

Ä
Ändrade förhållanden 149, 160

Ö
Övermäktig tilldragelse se Force majeure
Överpris 359 f

UNIV.-BIBL.
- 4 DEC 1972
UPPSALA

Uppsala universitetsbibliotek

16000003139943