

Logistikavtalet
Allmän kontraktsrätt i transporträttslig miljö

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 göra något som licensen tillåter.

Se även information på

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/deed.sv>

Logistikavtalet

Allmän kontraktsrätt i transporträttslig miljö

Jakob Heidbrink

IUSTUS FÖRLAG

© Författaren och Iustus Förlag AB, Uppsala 2005

ISBN 91-7678-603-X

Omslag: John Persson

Sättning: Harnäs Text & Grafisk Form

Tryck: BULLS-House of Graphics, Halmstad 2005

Förlagets adress: Box 1994, 751 49 Uppsala

Tfn: 018-65 03 30, fax: 018-69 30 99

Webbadress: www.iustus.se, e-post: kundtjanst@iustus.se

Förord

”Att skriva en bok” är en dröm som många har, om man får tro olika enkäter i mindre seriösa tidningar och tidskrifter. Efter att ha gjort just detta kan jag meddela att det är spännande, roligt – och oerhört slitsamt. Att arbetet nu är färdigt och kan läggas fram är till icke ringa del min handledares, Göran Millqvist, förtjänst. Utan att någonsin öppet ge mig instruktioner och leveransdatum lyckades han med sitt lugna och övervägda sätt att hindra mig från att rusa fram i alltför högt tempo, och förhoppningsvis också från att trassla in mig i ohållbara resonemang. Till honom går mitt hjärtliga tack för hjälpen de gångna sex åren.

Prof. Claes Sandgren och docenten Annina H. Persson har som medbedömare läst manuskriptet och lämnat kritiska kommentarer som lett till att kvaliteten i denna avhandling, sådan den är, kunnat höjas. Även till dem går mitt uppriktiga tack. Jag står också i stor tacksamhetsskuld till prof. Marie Sandström och hovrättsassessor Kenneth Edgren som båda varit vänliga nog att läsa manuskriptet och att lämna många synpunkter på språk och argumentationsform. Trots all den hjälp jag sålunda fått är jag förstås ensam ansvarig för alla stavfel och märkligheter i argumentationen som ännu må finnas i texten.

Livet under doktorandåren skulle inte ha varit lika roligt och stimulerande utan kollegernas ”lunchgäng” på fakulteten. De självironiska samtal som förs där ger ett välkommet avbrott i den juridiska vardagen. Till alla de som med skrott och underfyndiga kommentarer bidragit till mitt stora välbefinnande de senaste åren ett stort tack.

Under arbetet med avhandlingen har jag varit anställd som forskarstuderande vid juridiska institutionen vid Stockholms universitet. Prefekten Ronnie Eklund och de administrativa cheferna Anna-Greta Engvall och Pille Ann Härmat har lyckats göra denna arbetsplats till en trygg och stimulerande miljö. Jag tackar institutionen i allmänhet och de nämnda personerna i synnerhet för förmånen att ha fått arbeta där.

Under doktorandtiden var jag tjänstledig för att läsa en Magister Juris vid Oxfords universitet. Studierna möjliggjordes av ett stipendium av Knut och Alice Wallenbergs stiftelse. Jag tackar stiftelsen för det sålunda visade förtroendet.

I Oxford hade jag förmånen att undervisas av professorerna Ewan McKendrick och Adrian Zuckerman, liksom av Reader John Cartwright. För deras tålamod med mitt ibland något hetsiga sinne och deras förmåga att få mig att förstå den engelska rätten är jag skyldig ett hjärtligt "thank you".

Stiftelsen den 28 oktober 1982 har under åren lämnat åtskilliga stipendier för böcker samt även finansierat vistelser i Israel, Jordanien och Oxford. Dessutom har jag på stiftelsens bekostnad fått delta i det 37 nordiska juristmötet 2005 i Reykjavik. Mitt uppriktiga tack till det stöd jag fått från detta håll.

Tryckningsbidrag för denna avhandling har lämnats av Emil Heijnes stiftelse, vilket jag härmed tacksamt erkänner.

När denna avhandling är avslutad och disputationen över kommer min flickvän Julia äntligen att få en pojkvän som har tankarna även på annat håll än vid det inomkontraktuella culpabegreppets innebörd: utan hennes kärlek, hennes humor och hennes tålamod med mig hade avhandlingstidens sista år inte kunnat vara lika inspirerande som det var. Tack, prinsessan!

Stockholm, i juni 2005

Jakob Heidbrink

Innehåll

Förkortningar 13

1 Inledning 15

2 Syfte och avgränsning. Teori och metod 18

- 2.1 Syfte och avgränsning 18
- 2.2 Teori och metod 19
 - 2.2.1 Något om rättskällorna 19
 - 2.2.1.1 *Avsaknad av direkt tillämpligt rättskällematerial* 19
 - 2.2.1.2 *Systemtänkande och realitetsförankring* 20
 - 2.2.1.3 *Begreppens avgränsningar* 22
 - 2.2.1.4 *Standardavtal och handelsbruk* 24
 - 2.2.1.5 *Utländsk och komparativ rätt* 26
 - 2.2.2 Avtalstyper 27
 - 2.2.2.1 *Allmänt* 27
 - 2.2.2.2 *Motiveringen av avtalstyper* 27
 - 2.2.2.3 *Verkningar av avtalstyper* 29
 - 2.2.2.4 *Nya avtalstyper* 31
- 2.3 Teorins och metodikens implikationer för detta arbete 32

3 Logistiklöftets principiella innehåll 33

- 3.1 Inledning 33
- 3.2 Situationen på marknaden 35
 - 3.2.1 Den historiska utgångspunkten och dess konsekvenser 35
 - 3.2.2 Speditionsnäringens förändring genom uppkomsten av samlastning och enhetslaster 37
 - 3.2.3 Utvecklingen de senaste åren 39
- 3.3 Utgångspunkten för den följande framställningen i detta kapitel 42
- 3.4 Logistikavtalets natur – ett transporträttsligt managementavtal 43

3.4.1	Inledning	43
3.4.2	Finns något utrymme för ett enhetligt logistikavtal i det rättsliga systemet?	45
3.4.2.1	<i>Tvingande transporträtt – allmänt</i>	45
3.3.2.2	<i>Förutsättningar för styckegodsreglernas tillämpning</i>	46
3.4.2.3	<i>Blandade avtal</i>	55
3.5	Vad är logistik?	57
3.5.1	Begreppet ”logistik”	57
3.5.2	Kärn- och kringtjänster – en ändamålsenlig uppdelning?	58
3.5.3	Det sammanhållna logistiklöftet – ett löfte om organisation och förvaltning	60
3.5.4	Enhetligt ekonomiskt åtagande – blandat avtal?	62
3.5.5	Den tvingande transporträtten och den dispositiva logistikrätten	63
3.5	Framställningens värde <i>de lege lata</i>	68
3.6	Sammanfattning. Utgångspunkten för detta arbetes återstående del	70
4	Uppläggningsen av den fortsatta behandlingen av logistikavtalet. Generella frågor	71
4.1	Inledning	71
4.2	Logistikavtalets grundläggande struktur ur juridisk synvinkel	73
4.3	Något om objektiva och subjektiva bedömningar inom avtalsrätten	75
5	Resultatförpliktelser och förpliktelser att visa omsorg	78
5.1	Inledning	78
5.2	Fransk rätt	80
5.2.1	Indelningen i olika förpliktelser; kontraktsbrottsbegreppet	80
5.2.2	Grunden för indelningen	82
5.3	Engelsk rätt	84
5.3.1	Indelningen i olika förpliktelser; kontraktsbrottsbegreppet	84
5.3.2	Grunden för indelningen	85
5.4	Tysk rätt	86

- 5.5 Reella hänsyn bakom resultatförpliktelser och förpliktelser att visa omsorg 87
- 5.6 Resultatförpliktelser och förpliktelser att visa omsorg i svensk rätt 90
 - 5.6.1 Inledning 90
 - 5.6.2 Preliminära anmärkningar 90
 - 5.6.3 Rådgivningsavtal och andra besläktade avtal 91
 - 5.6.4 Entreprenadavtal 98
 - 5.6.5 Betalningsförpliktelser 99
 - 5.6.6 De systematiska implikationerna av skillnaden mellan resultatförpliktelser och förpliktelser att visa omsorg 100
- 5.7 Grunder för indelningen mellan resultatförpliktelser och förpliktelser att visa omsorg 102

6 Skadeståndsansvar 105

- 6.1 Inledning 105
- 6.2 Den inomkontraktuella culpanormens innebörd 106
 - 6.2.1 Inledning. Åsikter i litteraturen 106
 - 6.2.2 Culpakravets förhållande till avtalsutfyllning 108
 - 6.2.2.1 *Avtalstolkning och avtalsutfyllning* 108
 - 6.2.2.2 *Det inomkontraktuella culpabegreppet* 110
 - 6.2.2.3 *Rättspraxis* 112
 - 6.2.2.4 *Sammanfattning och diskussion* 117
- 6.3 Avtalsutfyllning och ursäkter för underlåten prestation enligt avtalet 119
 - 6.3.1 Inledning 119
 - 6.3.2 Ekvivalensprincipen i svensk avtalsrätt 121
 - 6.3.2.1 *Allmänt* 121
 - 6.3.2.2 *36 § avtalslagen, läran om offergränsen och force majeure. Kontrollansvaret* 123
 - 6.3.3 Förhållandet mellan culpa och exculpationsgrunderna 133
- 6.4 Det transporträttsliga ansvaret 136
 - 6.4.1 Inledning 136
 - 6.4.2 De unimodala ansvarsgrunderna 136
 - 6.4.2.1 *Landsvägstransporter* 136
 - 6.4.2.2 *Järnvägstransporter* 140
 - 6.4.2.3 *Lufttransporträtt* 143
 - 6.4.2.4 *Sjötransporträtt* 145

6.4.2.5	<i>Den omvända bevisbördans betydelse</i>	149
6.4.2.6	<i>Besittningens betydelse</i>	151
6.4.2.7	<i>De legala ansvarsbegränsningarnas betydelse</i>	153
6.5	Andra avtalstyper	155
6.5.1	Inledning. Avgränsning av relevanta avtalstyper	155
6.5.2	Ansvarssystemen	156
6.5.2.1	<i>Deposition</i>	156
6.5.2.2	<i>Rådgivning och ombudsmannaskap</i>	159
6.5.2.3	<i>Arbetsbeting</i>	161
6.6	Den logistikrättsliga ansvarsgrunden	165
6.6.1	Inledning	165
6.6.2	Logistikavtalets generella drag och därpå vilande rättsliga hänsynstaganden	165
6.6.3	Det logistikrättsliga ansvaret	167
6.6.3.1	<i>Godset fysiska skick</i>	167
6.6.3.2	<i>Dröjsmål</i>	169
6.6.3.3	<i>Ansvar för uppgifter</i>	171
6.6.3.4	<i>Ansvar för övriga åtaganden</i>	173
6.6.3.5	<i>Abstraktion: resultatförpliktelser och förpliktelser att visa omsorg</i>	174
6.6.3.6	<i>Något om placeringen av bevisbördan</i>	177
6.6.3.7	<i>Sammanfattning</i>	179
7	Prisavdrag	181
7.1	Inledning	181
7.2	Hänsynstaganden bakom prisavdraget. Sanktionens tillämplighet allmänt och dess lämplighet för logistikavtal	182
7.2.1	Hänsynstaganden bakom prisavdraget	182
7.2.2	Sanktionens tillämplighet allmänt	183
7.2.3	Prisavdragets lämplighet för logistikavtal	188
7.3	36 § avtalslagen och vederlagsreduktion	190
7.4	Sammanfattning	194
8	Hävning	195
8.1	Inledning	195
8.2	Hävningsförutsättningarna	196
8.2.1	Väsentlighet	196
8.2.1.1	<i>Svensk rätt</i>	196
8.2.1.2	<i>Engelsk rätt</i>	200

8.2.1.3	<i>Tysk rätt</i>	205
8.2.1.4	<i>Fransk rätt</i>	206
8.2.1.5	<i>Resultatet av de komparativa utblickarna</i>	208
8.2.1.6	<i>Tillbaka till den svenska rätten – ett förarbetsuttalande och någon rättspraxis</i>	208
8.2.1.7	<i>Väsentlighetsbegreppet i svensk rätt</i>	212
8.2.2	<i>Insikt</i>	213
8.2.3	<i>Förutsättningar för hävning av logistikavtal</i>	218
8.2.3.1	<i>Inledning</i>	218
8.2.3.2	<i>Överväganden avseende hävning av logistikavtalet med ledning av dess allmänna struktur</i>	219
8.2.3.3	<i>Överväganden med ledning av kategorierna resultatförpliktelser och förpliktelser att visa omsorg</i>	221
8.3	<i>Verkningar av hävning</i>	223
8.3.1	<i>Inledning</i>	223
8.3.2	<i>Allmänna regler</i>	224
8.3.2.1	<i>Utländsk rätt</i>	224
8.3.2.2	<i>Svensk rätt</i>	226
8.3.3	<i>Verkningar av hävning av ett logistikavtal</i>	232
8.3.3.1	<i>Inledning</i>	232
8.3.3.2	<i>Regler om arbetsbeting och sjörettens avståndsfraktsregler med avseende på vederlagsrisken</i>	232
8.3.3.3	<i>Resultatförpliktelser och förpliktelser att visa omsorg med avseende på vederlagsrisken</i>	234
8.3.3.4	<i>Vederlagsintjäning vid logistikavtal</i>	238
8.4	<i>Sammanfattning</i>	240

9 Krav på fullgörelse *in natura* 241

9.1	<i>Kravets principiella innebörd vid tjänsteavtal – en probleminventering</i>	241
9.2	<i>Omleverans och avhjälpande vid långvariga tjänsteavtal</i>	242
9.2.1	<i>Omleverans</i>	242
9.2.2	<i>Avhjälpande</i>	243
9.3	<i>Vad innebär ett krav på naturafullgörelse? Överväganden med ledning av en rättskomparation</i>	246
9.4	<i>Svensk process- och exekutionsrätt med avseende på krav på fullgörelse <i>in natura</i></i>	255

9.4.1	Inledning	255
9.4.2	Processrättsliga regler	256
9.4.3	Exekutionsrättsliga regler	260
9.4.4	Sammanfattning	266
9.5	Kravet på naturfullgörelse av resultatförpliktelser enligt allmän kontraktsrätt	266
9.5.1	Inledning	266
9.5.2	Plikten att begränsa sin skada	267
9.5.3	Avtal som kan sägas upp utan angivande av skäl	270
9.5.4	Sammanfattning – vad kvarstår?	273
9.6	Transporträtt – inget krav på fullgörelse <i>in natura</i>	274
9.7	Logistikavtal	276

10 Sammanfattning och diskussion 279

10.1	Sammanfattning	279
10.2	Diskussion	281
10.2.1	Engelsk common law och logistikavtalet enligt svensk rätt	281
10.2.2	Den allmänna kontraktsrättens betydelse	282
10.2.3	Logistikavtalets framtid	283

Summary 286

1	Introduction	286
2	Obligations as to Results and Obligations as to Reasonable Care and Skill	287
3	Remedies for Breach of Contract	288
3.1	Damages	288
3.2	Reduction of Remuneration	290
3.3	Termination	290
3.4	Specific performance	291
4	Results	292

Rättsfall 293

Bibliografi 297

Sakregister 310

Förkortningar

AD	Arbetsdomstolens domar
art.	Article
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
CIM	Règles uniformes concernant le contrat de transport international ferroviaire des marchandises
CISG	United Nations Convention for the International Sale of Goods 1980
CMR	Convention sur les transport de marchandises par route
COTIF	Convention relative aux transports internationaux ferroviaires
FIATA	Fédération Internationale des Associations de Transitaires et Assimilés
ICC	International Chamber of Commerce
J.	Mr. Justice
JTL	Järnvägstrafiklagen
L.J.	Lord Justice
Montrealkonventionen	Convention for the Unification of Certain Rules for International Carriage by Air (Montreal, 28 May 1999)
ND	Nordiske domme i sjøfartsanliggender
NJA	Nytt juridiskt arkiv
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NSAB	Nordiskt Speditörförbunds Allmänna Bestämmelser
OTIF	Organisation Intergouvernementale Pour Les Transports Interationaux Ferroviaires
PECL	Principles of European Contract Law
RH	Rättsfall från hövrätterna
sec.	Section
SvJT	Svensk juristtidning

UNIDROIT	Institut International Pour L'Unification Du Droit Privé
Warszawakonventionen	Convention for the Unification of Certain Rules Relating to International Carriage by Air, Signed at Warsaw on 12 October 1929
VTL	Lagen om inrikes vägtransport

1 Inledning

*My wind cooling my broth
Would blow me to an ague, when I thought
What harm a wind too great might do at sea.
I should not see the sandy hour-glass run,
But I should think of shallows and of flats,
And see my wealthy Andrew dock'd in sand,
Vailing her high-top lower than her ribs
To kiss her burial. Should I go to church
And see the holy edifice of stone,
And not bethink me straight of dangerous rocks,
Which touching but my gentle vessel's side,
Would scatter all her spices on the stream,
Enrobe the roaring waters with my silks,
And, in a word, but even now worth this,
And now worth nothing? Shall I have the thought
To think on this, and shall I lack the thought
That such a thing bechanced would make me sad?
But tell not me; I know, Antonio
Is sad to think upon his merchandise.*

(Shakespeare, *Merchant of Venice*, Act 1, Scene 1)

Logistik i vidaste bemärkelse är en fascinerande verksamhet. Man behöver bara tänka på en stad som Stockholm för att inse det storartade i transportväsendet: denna stad hade den 31 december 2002 758 148 invånare¹ av vilka med säkerhet kan antas att ingen producerade mat. Icke desto mindre måste alla dessa människor äta, och deras levnadsstandard är dessutom sådan att de inte endast nöjer sig med den mat de behöver för att överleva, utan att de vill ha ett urval, vill kunna känna för det ena och inte känna för det andra. Man torde kunna lägga ett genomsnitt på två kilo

¹ Statistisk årsbok 2004

http://www.stockholm.se/templates/template_121.asp_Q_mainframe_E_template_117.asp_Q_number_E_49286_A_category_E_11032

mat per person och dygn till grund för ett överslag av hur mycket mat som Stockholm behöver varje dag: summan blir häpnadsväckande dryga 1 500 ton livsmedel, varje dag om året, år ut och år in. Till detta kommer sedan vatten, kontorsmateriel, bensen, kläder, postförsändelser... Den mängd gods som dagligdags flyttas in till och ut från Stockholm är imponerande, och förflyttningen står till allra största delen transportindustrin för.²

Allt detta organiseras av marknadens osynliga hand. Det är de individuella företag vars gods försäljs i Stockholm som själva organiserar de transporter som behövs för att få varorna nära kunderna. Organisationsarbetet kan på företagsnivå vara betydande, i synnerhet om varorna, eller komponenter i varorna, kommer från fjärran länder: olika typer av transporter måste samordnas, kontakterna med tullmyndigheter måste skötas på rätt sätt, offentligrättsliga åligganden som anmälningar av transporter av farligt gods måste uppfyllas med mera. I större företag tas därför lätt en icke obetydlig del av organisationen i anspråk för att organisera godsförflyttningar.

Det är här, på företagsnivå, som logistikerna arbetar: specialister på transportväsendet och på organisation av godsflöden erbjuder sina tjänster till företag vars kärnverksamhet ligger på ett annat område än transporter. Genom att låta en specialist ta hand om varuströmmarna från leverantörer och till kunder kan ett producerande företag frigöra resurser för den mera lönsamma kärnverksamheten. Logistikerna är därför, liksom alla andra företag som har med transportväsendet att göra, en nödvändig förutsättning för en globaliserad ekonomi, och till och med för den urbana kultur som vi numera lever i.

I detta perspektiv är det förvånande att transporträtten i allmänhet blivit ett något marginaliserat ämne inom juridiken. På inget svenskt – och antagligen på endast få utländska – universitet ingår transporträtten i den juridiska grundutbildningen, och även i den praktiska juridiska verksamheten är det få advokatbyråer som arbetar med transporternas juridiska aspekter. Detta gäller i synnerhet civilrätten – den offentliga rätten tilldrar sig långt större uppmärksamhet, bland annat för att det är på detta rättsområde som Europeiska unionen är aktiv. Till en del torde denna marginalisering av den transporträttsliga civilrätten ha att göra med att rättskällematerialet inte riktigt passar den moderna transportindustrin längre: över århundradena har relativt detaljerade regler vuxit fram avseende sjötransporterna, och även på landsvägs-, järnvägs- och lufttransporternas område härskar åtminstone viss klarhet över vilka rättsliga regler

² Exemplet vatten visar att det en del av Stockholms försörjning inte sköts av transportindustrin.

som gäller för verksamheten. Problemen finns framför allt på de så kallade integrerade transporternas område, alltså när transporter sträcker sig längre än bara över ett klart definierat transportavsnitt: där de olika transporträttsliga områdena möts sluter det juridiska materialet att bära fram, eftersom samordningen mellan de olika regelsystemen på transporträttens område är bristfällig. Transporträtten innehåller för närvarande typiskt sett fler frågor än svar, och den kan därför kännas avskräckande för jurister i allmänhet och av tidsbrist pressade praktiker i synnerhet.

Traditionellt har juristerna ansett att där de speciella reglerna inte längre bär fram, det är den "allmänna delen"³ som levererar svaren på juridiska frågor. En sådan åskådning kan kritiseras, eftersom de allmänna reglerna tenderar till att vara just allmänna, det vill säga att sakna den konkretiseringsgrad som behövs för att en juridisk reglering verkligen skall kunna få effekt. Om emellertid de för speciella kontraktstyper gällande reglerna utgör variationer och av speciella omständigheter betingade modifikationer av de allmänna reglerna, torde nya kontraktstyper kunna regleras av de allmänna reglerna genom att de senare anpassas till de särskilda omständigheter som gör sig gällande för en viss kontraktstyp. Med andra ord utgör den allmänna kontraktsrätten en källa ur vilken kan ösas när det gäller att i brist på uttryckliga speciella regler bedöma olika kontraktstyper.

Förevarande arbete tar sin utgångspunkt i denna tankegång. Dess föremål, logistikavtalet, är inte reglerat i lag eller fast rättspraxis, och logistikavtalet skall därför behandlas från ett allmänt kontraktsrättsligt perspektiv. Resultatet antyds i framställningens titel: framställningen beskriver den allmänna kontraktsrätten i en transporträttslig miljö.

³ Begreppet har sitt ursprung i tysk rätt, där reglerna i BGB är ordnade så att de för speciella situationer gällande reglerna följer på de regler som är gemensamma för hela området, där alltså de speciella reglerna redan på rättskällennivå framstår som ett slags undantag från det som gäller allmänt.

2 Syfte och avgränsning. Teori och metod

2.1 Syfte och avgränsning

Framställningen utgör en undersökning av de obligationsrättsliga rättigheter och skyldigheter som parterna i ett logistikavtal enligt dispositiv rätt har gentemot varandra, med fokus på frågan huruvida logistikavtalet kan ses som ett samlat helt, det vill säga som en avtalstyp som följer för avtalstypen enhetliga regler.

Av denna syftesbeskrivning framgår att framställningen endast skall beröra de obligationsrättsliga skyldigheter som parterna i avtalet har gentemot varandra. Detta innebär att parternas olika relationer till tredje man inte kommer att behandlas. Således faller såväl sakrättsliga spörsmål (det vill säga eventuella rättigheter i det transporterade godset som motparten eller tredje man i en konkurs hos någon av parterna kan göra gällande mot envar) som olika frågor om direktkravssituationer mellan – typiskt sett – logistikkunden och logistikerns andra medkontrahenter utanför framställningens ram.

Framställningen skall i huvudsak beröra dispositiv rätt. Detta innebär framför allt att den tvingande transporträtten inte kommer att stå i fokus för framställningen. Den centrala frågan i detta arbete är alltså vilka regler som enligt svensk rätt gäller för ett logistikavtal som inte uppfyller förutsättningarna för tillämpningen av de transporträttsliga lagarna.

Logistikavtalet är till sin natur ett kommersiellt avtal, det vill säga ett avtal mellan två näringsidkande parter som i denna egenskap sluter avtal om logistiktjänster. Konsumenträtten faller således utanför framställningen. Konsumenträtten med dess i väsentliga delar tvingande bestämmelser lämpar sig över huvud taget föga för en avhandling av dispositiv rätt.

2.2 Teori och metod

Avseende teoretiska och metodologiska övertygelser och tankegångar är det nära nog ogörligt att vid varje tankegång ange vilken litteratur som ställningstagandet grundar sig på. En inledande litteraturliste under varje rubrik i detta kapitel får därför i stället för fotnoter utgöra stöd för det där sagda.

Karl Engisch, *Einführung in das juristische Denken*, 9:e upplagan bearbetad av Prof. Dr. Thomas Würtenberger och Dr. Dirk Otto, Kohlhammer Urban-Taschenbücher, Stuttgart 1997; H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, 2:a upplagan, Clarendon Law Series, Oxford University Press, Oxford 1994; Jan Hellner, *Rättsteori – en introduktion*, 2:a upplagan, Juristförlaget, Stockholm 1996; Jan Hellner, *Metodproblem i rättsvetenskapen. Studier i förmögenhetsrätt*, Jure, Stockholm 2001; Karl Larenz, Claus-Wilhelm Canaris, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 3:e nybearbetade upplagan, Springer, Berlin 1995; Claes Sandgren, *Om teoribildning och rättsvetenskap*, JT 2004-05 nr 2, s. 297; Reinhold Zippe-lius, *Juristische Methodenlehre*, 8:e upplagan, Verlag C.H. Beck, München 2003

2.2.1 Något om rättskällorna

2.2.1.1 Avsaknad av direkt tillämpligt rättskällematerial

Per Ekelund, *Nordisk speditörförbunds almindelige bestemmelser for spedition, transport og oplagring med kommentarer*, Jurist- och Økonomforbundets forlag, Köpenhamn 1991; Kurt Grönfors, Lennart Hagberg, *De nordiska speditiionsvillkoren* [nedan Grönfors, *Speditiionsvillkoren*], Göteborg 1963; Jan Ramberg, *The Law of Transport Operators in International Trade*, Norstedts Juridik, Stockholm 2005 [nedan Ramberg, *Transport Operators in International Trade*]; Jan Ramberg, *Spedition och fraktavtal* [nedan Ramberg, *Spedition*], P.A. Norstedt & Söners Förlag, Lund 1983; Göran Stöth, *Transport- och logistikrätt – en grundläggande redogörelse* [nedan Stöth, *Logistikrätt*], Industilitteratur, Uppsala 2004

Logistikavtalet är inte reglerat i lag och har i doktrinen behandlats endast sparsamt. Det material som finns rör i regel det i Norden allmänt använda standardavtalet Nordiskt Speditörförbunds Allmänna Bestämmelser (NSAB) och har således inte heller någon direkt bäring på den dispositiva rätt som styr logistikavtalet. Rättshistoriskt är logistikavtalet en vidareutveckling av speditiionsavtalet, men rättspraxis om speditiionsuppdraget förekommer endast sparsamt, vilket torde ha att göra med skiljedoms-klausulen i § 31 NSAB. I den mån speditiionsförhållanden kommer upp till bedömning i domstol sker detta i regel endast avseende mycket välavgränsade frågor som till exempel speditörens egenskap av fraktförare eller vissa specifika åtaganden. Logistikavtal i den mening som i detta arbete läggs i begreppet¹ har över huvud taget ännu inte blivit föremål för svenska domstolars bedömning.

¹ Se kapitel 3

Det finns således knappt något rättskällematerial som är direkt tillämpligt på bedömningen av den dispositiva rätt som reglerar logistikavtalet. I ett sådant läge är den enda möjlighet som finns för att angripa ett ämne som det förevarande att ta det juridiska systemet av rättsregler som utgångspunkt. Med ledning av närbesläktade och i en eller annan form reglerade avtalstyper kan ledning vinnas hur logistikavtalet bör bedömas.

2.2.1.2 Systemtänkande och realitetsförankring

P.S. Atiyah, *Essays on Contract*, Oxford University Press, Oxford 1986; Claus-Wilhelm Canaris, *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz*, 2:a bearbetade upplagan, Duncker & Humboldt, Berlin 1983; Hugh Collins, *Regulating Contracts*, Oxford University Press, Oxford 1999; Claes Peterson, *Rättslig enhet genom naturrätt*, Juridisk tidskrift 1992-93:4 s. 620; Roscoe Pound, *What is the Common Law* [nedan Pound, *Common Law*] (1936-37) 4 University of Chicago Law Review 176; Marie Sandström, *Axel Hägerström och realismen*, Juridisk tidskrift 2001-02 s. 858; Friedrich Karl von Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, Band I, Nytryck, Scientia, Aalen 1981; Karsten Schmidt, *Handelsrecht*, 5:e helt omarbetade upplagan, Carl Heymanns Verlag KG, Köln 1999, §§ 1 och 2; Stig Strömholm, *Rätt, rättskällor och rättstillämpning*, Nordstedts juridik, Stockholm 1996; Konrad Zweigert, Hein Kötz, *Introduction to Comparative Law* [nedan Zweigert, *Comparative Law*], 3:e omarbetade upplagan översatt av Tony Weir, Clarendon Press, Oxford 1998, kap. III

Det torde vara okontroversiellt att alla jurister i vart fall undermedvetet använder sig av det juridiska systemet. Systematiska argument förekommer i många skepnader i juridisk argumentation. Utan en strävan efter enhetlighet och sammanhang torde inte heller den juridiska regelmassan kunna behärskas. Det juridiska systemet brukar dock i Sverige inte särskilt ofta öppet återopas för att få fram lösningen på olika rättsliga frågor. Det finns tvärtom en viss försiktighet att låta ens tänkande ens delvis styras av begreppsdefinitioner och allmänna principer; strävan tycks tvärtom vara att göra varje individuellt avtal rättvisa.

Denna försiktighet är välmotiverad: ett av de juridiska begreppen styrt tänkande tenderar lätt till att bli stelt. Dessutom är det lätt hänt att begreppen går före realiteten, att i valet mellan kartan – det juridiska systemet – och den rättsliga verkligheten – det individuella rättsförhållandet – det blir kartan, inte verkligheten som gäller. Begreppen i sig själva saknar kunskapsteoretiskt innehåll, de kan på sin höjd vara sammanfattande beteckningar på en uppsättning regler som faktiskt förekommer i rättslivet.

En beskrivning av det juridiska systemet som stannar vid denna fundamentala insikt riskerar emellertid att beskriva juridiken och dess upp-

gift i samhället på ett missvisande sätt. Att röra sig i terrängen utan att ha en karta tillgänglig är farligt. Juridiken är ett styr- och konfliktlösningsmedel avseende människors beteende i sociala sammanhang. Social aktivitet är alltid åtminstone delvis beroende av att rättsliga problemlägen och alltså aktivitetens rättsliga konsekvenser kan bedömas i förväg; detta beroende brukar omskrivas med påståendet att samhällsmedborgarna har ett intresse av rättssäkerhet. När nu ingen direkt tillämplig lagstiftning finns, kan rättssäkerhetsintresset inte tillgodoses på annat sätt än genom olika i systemet förankrade lösningar, alltså genom att man använder sig av kartan för att hamna rätt i terrängen. Alla metodologiska verktyg för slutande av luckor i reglerna är beroende av att det finns ett sådant system. Systemet yttrar sig i de juridiska begreppen, och det är således till syvende og sist primärt ett tänkande i begrepp det rör sig om när jurister arbetar i ett lagstiftningsfritt rum.

Detta gäller även för sådana rättsordningar som traditionellt hyser en djup misstro mot vetenskapliga lösningar inom juridiken. *Common law* utmärker sig förvisso genom sin *piecemeal approach*, det vill säga genom att varje specifikt problemområde får sin lösning utan att ett elaborerat vetenskapligt system byggs på dessa lösningar. Även inom *common law* finns dock principer som gäller för större områden, och det finns skiljelinjer mellan olika rättsområden som är nog så viktiga – ett exempel är skiljelinjen mellan *contract* och *tort* –, låt vara att dessa skiljelinjer inte är lika genomarbetade som inom *civil law*-rättsordningarna. En blick i engelsk eller amerikansk litteratur visar att den teoretiska debatten avseende vilka grundläggande hänsynstaganden som gör sig gällande inom olika rättsområden är livlig; denna debatt må inte ha till syfte att konstruera ett i princip heltäckande vetenskapligt system av juridiska regler, men den är vetenskaplig i den meningen att ur rättsfall induceras principer som möjliggör en uppskattning av hur liknande fall kommer att bedömas i framtiden. Med andra ord möjliggör principerna rättsliga deduktioner. Skillnaden mellan rättsfamiljerna ligger nog närmast i ambitionsnivån: medan *civil law*-rättsordningar strävar efter ett vetenskapligt system av hierarkiskt ordnade principer och regler som täcker hela rättsordningen, nöjer sig *common law* med att systematiskt ordna stoffet avseende ett välavgränsat område, utan att försöka finna för hela rättsordningen gällande grundläggande principer. *Common law*-traditionen är med andra ord nog så vetenskaplig; det är ambitionsnivån snarare än vetenskapligheten som sådan som skiljer den från *civil law*-traditionen.

För juridiken som fenomen gäller med avseende på den typ av systematiskt tänkande som är utmärkande för vår rättsliga tradition att den ena ensidigheten är lika farlig och skadlig som den andra; det är ett hot mot rättssäkerhetsintresset att endast se det individuella avtalet utan att ta

hänsyn till kringliggande normer och andra systematiska principer, och det är stelt och farligt för den ekonomiska samfärdseln att endast se till det juridiska systemet. Det som således krävs är en dubbel förståelse av rättsliga problem, en blick för de lösningar och begränsningar som ligger i det juridiska systemet, parad med hänsyn till det individuella fallet och dess behov. Induktion från faktiskt förekommande rättsliga instrument såsom till exempel avtal är med andra ord inte nödvändigtvis viktigare eller kunskapsteoretiskt mera ”rätt” än deduktion ur de begrepp som den vetenskapliga juridiken vilar på. Det handlar om att undvika ytterligheter; exakt hur man blandar den praktiska induktionen och den vetenskapliga deduktionen är sedan en fråga om behov, intresse och läggning. Detta innebär att det juridiska tänkandet alltid åtminstone delvis måste vara styrt av begreppen, samtidigt som begreppens renhet inte får bli en målsättning i sig. En sådan dubbel förståelse säkerställer att det juridiska tänkandet är principiellt till sin natur, samtidigt som det är verklighetsförankrat och flexibelt.

2.2.1.3 Begreppens avgränsningar

George Lakoff, *Women, Fire and Dangerous Things – What Categories Reveal About the Mind*, University of Chicago Press, Chicago 1987; Eleanor Rosch, *Natural Categories*, *Cognitive Psychology* 4 [1973] 328; Eleanor Rosch, *Cognitive Representations of Semantic Categories*, *Journal of Experimental Psychology: General* 104 [1975] 192; Eleanor Rosch, Carolyn Mervis, *Family Resemblances: Studies in the Internal Structure of Categories*, *Cognitive Psychology* 7 [1975] 573; Ludwig Wittgenstein, *Philosophical Investigations*, Macmillan, New York 1953

Målet med den juridiska begreppsbildningen brukar vara att ange nödvändiga och tillräckliga betingelser för tillämpligheten av de rättsregler som omfattas av det aktuella begreppet. För elegansens skull förväntas begreppsdefinitionerna följa det aristoteliska idealet, nämligen att uteslutande ange de nödvändiga och tillräckliga betingelser som behövs för att uttömmande beskriva begreppets innehåll och samtidigt skilja begreppet från alla andra begrepp.

Vad gäller de flesta begrepp torde detta vara omöjligt. Dels är det juridiska regleringsföremålet, nämligen social aktivitet av olika slag, alltför skiftande för att låta sig fångas i skarpt avgränsade begrepp. Som exemplet leasing visar är det verklighetsfrämmande att påstå att det finns en klar och skarp gräns mellan hyra och köp. Ett avtal i gränsområdet mellan hyra och köp behöver inte uteslutande omfattas av reglerna för antingen den ena eller den andra avtalstypen; det finns en mängd övergångstyper där bedömningen måste bli mer flexibel. Dels visar modern kognitions- och språkforskning att människans tänkande är uppbyggt runt proto-

typer, det vill säga ”bästa exempel” på ett begrepp. En begreppslik kategori avgränsas med hjälp att ett antal attribut som kan men inte nödvändigtvis behöver förekomma vid företrädare för kategorin. Prototypen är den abstrakta representation av kategorin som förenar flest men inte nödvändigtvis alla attribut; en prototyp kan alltså, men behöver inte, förekomma i den fysiska verkligheten. Mellan kategoriernas prototyper är kategoriseringen glidande och inte alltid med nödvändighet förutsägbar: när ett föremål i ett mellanläge mellan kategorierna skall inordnas under den ena eller den andra kategorin resonerar människor snarare i termer av motiverade kedjor av likheter mellan det relevanta föremålet och kategorin än i termer av snäva definitioner. Det är detta fenomen som ligger bakom Wittgensteins välkända spelbegrepp.² Det finns således en viss argumentationsbörda när man vid gränstyper vill avgöra vilken kategori som föremålet i fråga bör anses höra till.

Prototypkategoriseringen förekommer i alla typer av naturliga språk, således även i det juridiska. Därvid är att märka att det för juristen inte alltid är absolut nödvändigt att i gränsområdet klart inordna det ifrågasvarande rättsliga fenomenet antingen under den ena eller den andra kategorin; för att ännu en gång ta upp exemplet med hyra och köp kan det finnas anledning att använda dels köprättsliga, dels hyresrättsliga regler på ett och samma förhållande. Ett sådant förfarande kräver dock en god förtrogenhet med det juridiska systemet liksom med de hänsynstaganden och intressekonflikter som ligger bakom de olika lösningarna. Argumentationsbördan för den som vill blanda olika argumentationsformer med varandra är således tung och måste uppfyllas med noggrannhet.

Begreppens uppbyggnad runt prototyper visar sig också i skillnaden mellan vetenskapligt och praktiskt orienterat juridiskt arbete. Medan det vetenskapligt orienterade arbetet koncentrerar sig på behandlingen av prototyper i den rättsliga begreppsvärlden, utgörs de praktiska problemen i regel snarare av definitionsproblem, alltså av frågan vilka principiella tankegångar och avvägningar som skall styra problembehandlingen i ett

² Wittgenstein uppmärksammade att begreppet ”spel” undandrar sig alla försök till definition: vad har schack med fotboll att göra? Det filosofiska problemet består i att förklara varför människan förmår förstå sådana begrepp. Svaret kan förklaras med ett exempel: en kategori omfattar enheterna A, B, C och D. A har vissa likheter med B, som har vissa likheter med C, som i sin tur har vissa likheter med D; A och D har dock inga likheter. A och D omfattas ändå av samma kategori, eftersom det finns en motiverad kedja av likheter som länkar dem samman. Det prototypiska spelet – för att anknyta till diskussionen i texten – är då med stor sannolikhet varken A, B, C eller D, utan utgör en abstrakt representation av ett spel som inte finns i den fysiska världen.

individuellt fall. Härvid är att märka att det vetenskapliga och det praktiska juridiska arbetet inte är ömsesidigt uteslutande storheter, utan att vetenskapsmannens behandling av olika typsituationer självfallet måste ha sin bas i praktiskt förekommande typer av problem, medan praktikers behandling av dessa problem av förutsebarhetsskäl måste anknyta till de i lagstiftning och doktrin förankrade principiella avvägningarna.

Dessa förhållanden innebär att den juridiska argumentationen alltid och särskilt på ett område utan lagstiftning kommer att vara behäftad med osäkerhet. Det den juridiska vetenskapen därvidlag kan göra är främst att visa olika argumentationsmöjligheter, olika sätt att på ett systemkoherent sätt lösa problemen. Däremot bör vetenskapen avhålla sig från att avge mera konkreta rekommendationer till domstolarna. Även om rättsvetenskapen som sagt självfallet bör beakta typsituationer, kan ingen rättsvetenskapsman i sitt arbete förutse konstellationen i ett enskilt fall. Återkopplingen av de principiella tankegångarna till det individuella fallet måste således vara förbehållen parterna och domstolarna; rättsvetenskapen kan endast visa på stigarna i begreppsdjungeln.

2.2.1.4 Standardavtal och handelsbruk

Kurt Grönfors, *Avtalsgrundande rättsfakta*, N & S biblioteket, Stockholm 1998; Kurt Grönfors, *Avtalslagen*, 3:e reviderade upplagan under medverkan av Rolf Dotevall, Norstedts gula bibliotek, Fritzes, Stockholm 1995, Efterskrift till kapitel 1; Hjalmar Karlgren, *Kutym och rättsregel, en civilrättslig undersökning*, P.A. Norstedt & Söners Förlag, Stockholm 1960; The Rt. Hon. Lord Justice Mustill, *The New Lex Mercatoria: The First Twenty-five Years* in Maarten Bos, Ian Brownlie, *Liber Amicorum for the Rt. Hon. Lord Wilberforce*, Clarendon Press Oxford University Press, Oxford 1987, s. 149; Peter Westberg, *Överraskande rättsbildning på grundval av handelsbruk eller allmänt tillämpade standardvillkor?*, Juridisk tidskrift 2000-01, s. 348; ND 1980 s. 1; RH 1990:7; Hovrätten över Skåne och Blekinge mål T 283-93

Ett i det praktiska livet ofta förekommande sätt att komma till rätta med de problem som uppkommer när lagstiftning saknas eller är otydlig är att använda sig av standardavtal, många gånger sådana standardavtal som framförhandlats av företrädare för båda typiska partsintressen (så kallade *agreed documents*). På många områden (däribland speditions- och logistiknäringen) har dessa standardavtal en synnerligen stor spridning. Där så är fallet finns en tendens i rättslig teori liksom i praxis att jämställa standardavtalet med en reglering i lagstiftning. Frågan efter den dispositiva bakgrunden i rättsordningen brukar i sådana lägen hamna i skymundan och arbetet bli inriktat på att tolka och kommentera standardavtalet i fråga.

Ett sådant förfarande är emellertid ur många synvinklar otillfredsställande. För det första lämnas på detta sätt de inblandade parterna i sticket. Vid utformningen av ett standardavtal eller framförhandling av ett *agreed document* är det av vikt och värde att veta vilka dispositiva bestämmelser som man avviker ifrån eller som man uttryckligen bekräftar som del av avtalet. För det andra kan ett standardavtal oavsett sin spridning aldrig vara en rättskälla i generell normativ bemärkelse, utan endast en bindande reglering mellan två individuella parter. Ett standardavtal måste på ett eller annat sätt inkorporeras i det individuella avtalet för att få verkan. Det kan av demokratiska skäl inte anses utgöra en form av privat lagstiftning som binder parter vars avtal inte omfattar standardvillkoren. Parter utan ett demokratiskt mandat kan inte genom att komma överens om en standardavtalstext bestämma rättsliga regler som andra skall behöva rätta sig efter. Detta lämnar frågan öppen på vilket sätt de avtal som inte inkorporerar standardavtalet skall bedömas. Här behövs kunskap om den allmänna rättsliga bakgrunden till avtalet för att på lämpligt sätt kunna fylla ut det individuella avtalet. I denna allmänna rättsliga bakgrund utgör standardavtalet ett element av många andra.

Problemet med den rättsliga osäkerheten på ett ofullkomligt reglerat område skulle kunna lösas på ett systemligt sätt om åtminstone vissa standardavtal ansågs utgöra handelsbruk. Standardavtalen skulle då utgöra en rättskälla. Detta skulle dessutom ge standardavtalen en mycket viktig plats inom förmögenhetsrätten. Det finns emellertid ett problem i denna argumentation: för en klassificering som handelsbruk krävs vanligtvis att bruket är utbrett bland relevanta rättssubjekt, att bruket haft en viss varaktighet och att det finns en *opinio necessitatis*, det vill säga att de som utövar bruket är övertygade om att de handlar i enlighet med en rättslig förpliktelse. Vad gäller ett standardavtal kan kanske några enstaka av dess bestämmelser tänkas utgöra handelsbruk; det är dock föga troligt att hela standardavtalet kan göra det. Med avseende exempelvis på kraven på handelsbruks varaktighet och de berörda kretsarnas *opinio necessitatis* är frågan varför handelsbrukets innehåll med jämna mellanrum inom ramen för revisioner av avtalet skulle behöva fastläggas på nytt.

Även vid avtalstyper som ofta regleras genom standardavtal förekommer det vidare normalt ett beaktansvärt antal individuella avtal i vilka standardvillkoren medvetet eller omedvetet inte inkorporeras. Med hänsyn till partsautonomin och av redan nämnda demokratiska skäl skulle det vara märkligt att påtvinga de inblandade parterna ett standardavtal som de inte själva har valt. Endast lagstiftaren kan påtvinga individuella parter sådana regler.

Standardavtal utgör således ingen rättskälla, utan snarare ett faktum som måste beaktas inom ramen för den dubbla förståelse som utmärker

all juridik. Ett standardavtal och särskilt ett *agreed document* är en viktig indikator för vilka problem som parterna anser behöver lösas, samt vilken typ av lösning parter på den relevanta marknaden i allmänhet föredrar. En sådan indikation gör emellertid inte frågan om den dispositiva bakgrunden irrelevant.

2.2.1.5 Utländsk och komparativ rätt

Annelie Gunnerstad, Torbjörn Ingvarsson, *Den komparativa rätten – värd en omväg?*, SvJT 1997 s. 152; Jan-Olof Sundell, *Tysk påverkan på svensk civilrättsdoktrin 1870-1914*, Nordiska Bokh., Stockholm 1987; Zweigert, *Comparative Law*

Logistiknäringen är internationell och många kommersiellt intressanta transporter har anknytning till flera olika länder. Detta medför att behovet av en internationell och likformig reglering av logistikerns åtaganden sägs vara stort. Frågan är därför vilken ställning utländsk rätt och rättsjämförelser skall ha i ett arbete som det föreliggande.

Utgångspunkten måste härvid vara att varje stat enligt folkrätten är suverän inom sitt territorium, och att således rättsreglernas giltighet inte sträcker sig längre än till statsgränserna. Den utländska rätten kan således aldrig göra anspråk på auktoritativ kraft vad gäller frågor som skall bedömas enligt svensk rätt. Detta innebär emellertid inte att utländska lösningar saknar intresse.

Utländska lösningar kan nämligen medföra sådana materiellt önskvärda och ändamålsenliga resultat att ett försök att efterlikna den utländska lösningen i svensk rätt kan vara värt mödan. Vidare är många gånger en analys av vilka rättsliga problem som över huvud taget gör sig gällande på ett visst område av värde även utanför den rättsordning inom vilken analysen görs; detta gäller framför allt för förmögenhetsrätten i de industrialiserade länderna. En problemanalys som gjorts i ett annat land kan var en väg in i behandlingen av ett juridiskt område. I den mån vissa lösningar blivit internationellt gängse är det också önskvärt att den svenska rätten – i den mån det är möjligt – anpassar sig till dessa lösningar. En sådan anpassning förutsätter dock att lösningen är förenlig med den svenska rättens egna villkor. En lösning är inte automatiskt ändamålsenlig endast för att den blivit accepterad i en rad utländska rättssystem, utan den måste också låta sig infogas i den svenska rättsordningen. Den svenska rättsordningen utgör axiomatiskt ett organiskt helt och kan därför inte fås att följa vilken linje som helst.

Även på rättsgenetikens område har kunskaper i utländsk rätt ett intresse. För att rätt förstå den svenska rättens utveckling och drivkraft samt för att rätt kunna värdera det svenska rättssystemets lösningar

krävs att man är medveten om de utländska influenser som påverkat lagstiftare och jurister under seklets lopp. Den historiska dimensionen har framför allt betydelse när det gäller att avgöra rättsreglernas teleologi och primära tillämpningsområde. På den svenska förmögenhetsrätts område innebär detta mest uppenbart att den tyska rättens struktur och terminologi är viktiga: påverkan från Tyskland under den moderna svenska förmögenhetsrätts uppkomstperiod runt sekelskiftet mellan 1800- och 1900-talen var enorm, och många doktrinuttalanden och många lagstiftningslösningar från 1900-talets första hälft är nära nog obegripliga utan kunskaper i tysk rätt. Detta innebär dock inte att den svenska rätten saknar självständig ställning: inte heller ett från Tyskland hämtat argument kan göra anspråk på att vara allena avgörande vid frågor som skall bedömas enligt svensk rätt. Den tyska rätten kan emellertid ha betydande förklaringsvärde. Detsamma gäller förstås *mutatis mutandis* för annan utländsk rätt.

2.2.2 Avtalstyper

Jacob Sundberg, *Avtalstyper och typavtal*, SvJT 1961 s. 11

2.2.2.1 Allmänt

I detta arbete ligger fokus på frågan huruvida logistikavtalet – som i speiditionsavtalets spår brukar betraktas som ett till sin natur blandat avtal – enligt dispositiv rätt kan anses utgöra en egen avtalstyp med ett sammanhållet och enhetligt ansvarssystem. Frågan är vilka överväganden som motiverar att en viss uppsättning regler läggs samman i ett knippe som kallas avtalstyp, samt vilka följder för systemet och rättstillämpningen sammanställningen och avgränsningen av en avtalstyp har.

2.2.2.2 Motiveringen av avtalstyper

Scammel and Nephew v. Ouston [1941] A.C. 251; Jan Hellner, Richard Hager, Annina H. Persson, *Speciell avtalsrätt II. Kontraktsrätt. 1 häftet. Särskilda avtal* [nedan Hellner, *Kontraktsrätt I*], Fjärde upplagan, Norstedts juridik, Stockholm 2005, s. 23 ff.

Vid närmare betraktelse utgör en avtalstyp inget annat än en samling juridiska problemställningar och *dito* lösningar som aktualiseras vid en viss typ av regelbundet förekommande faktiskt handlande. Avtalstypen köp till exempel aktualiseras i fall då äganderätten till en sak övergår från en person till en annan och den andra personen lämnar pengar i vederlag, varvid parterna också är eniga om att saken och pengarna i normalfallet inte skall bytas tillbaka mellan dem. Denna typ av faktiskt handlande

aktualiserar en uppsjö möjliga problem vars lösningar mycket riktigt brukar framgå av köprätten och därtill anknyttande rättsområden. Problem som regelbundet uppkommer är till exempel vad som händer om det lämnade föremålet inte motsvarar mottagarens befogade förväntningar, huruvida en av parterna är tvungen att presteras först och alltså lita på motpartens vilja och förmåga att fullgöra sin del av överenskommelsen, samt i vad mån olika intresserade tredje män (typiskt sett säljarens och köparens borgenärer) har att respektera parternas överenskommelse.

Dessa lösningar framgår – som exemplet avseende tredje mäns möjligheter att påverka parternas överenskommelse visar – inte bara av köprätten, utan också av regler på olika andra håll i det juridiska systemet, varvid olika aspekter av problemet av bekvämlighetsskäl lagts samman till olika regelkomplex. Särskilt historiskt sett är det inte det faktum att en köplag på olika sätt reglerar parternas inbördes förhållande som motiverar att de olika obligationsrättsliga reglerna behandlas utifrån ett enhetligt perspektiv, utan denna gemensamma behandling har sin grund i att alla dessa frågor typiskt sett brukar aktualiseras när det beskrivna faktiska handlandet företas. I grunden är alltså en avtalstyp inget annat än en av bekvämlighetsskäl dikterad samling av rättsregler som aktualiseras i den regelbundet förekommande faktiska situationen.

När väl reglerna är samlade under en avtalstyp börjar emellertid ett samspel mellan reglerna, eftersom de av rättssäkerhetsskäl måste fås att stämma överens med varandra och vara något så när logiska, koherenta och överensstämmande med i samhället förhärskande moralföreställningar. Som så ofta är alltså en samling enheter som är beroende av och samspelar med varandra större än de däri ingående delarna: samspelet självt är ytterligare en enhet som i sin tur påverkar de i systemet ingående delarna. Den ursprungligen för bekvämlighetens och översiktlighetens skull företagna avgränsningen av en avtalstyp har alltså verkningar som förändrar de regler som systematiserats med hjälp av avtalstypen.

En avtalstyp utgörs alltså av en uppsättning regler som regelbundet aktualiseras i en viss faktisk situation av avtalsreglerat handlande. En avtalstyp uppstår därför som ett svar på en faktisk situation som regelbundet ger upphov till samma typ av frågor och problemställningar, och som därför regelbundet aktualiserar samma typ av regler. De regler som aktualiseras måste fås att samspela och vara koherenta, och reglerna får därför också ett från den faktiska situationen löskopplat eget normativt liv. Begreppet avtalstyp kan därför dels beskriva en ekonomisk företeelse, nämligen en viss återkommande typ av faktiskt handlande inom ramen för ett avtalsförhållande. Dels beskriver begreppet en juridisk företeelse, nämligen en avgränsad uppsättning regler som aktualiseras vid en viss typisk situation av faktiskt handlande. Idealiskt sett bör det ekonomiska

och det juridiska avtalstypsbegreppet sammanfalla, men detta är inte alltid fallet: leasingavtalets historia visar att en situation som ekonomiskt ses som en självständig avtalstyp – som leasingavtalet – juridiskt sett kan omfattas av andra avtalstyper såsom köp och hyra. I grunden finns dock en koppling mellan det ekonomiska och det juridiska avtalsbegreppet: visar sig det ekonomiska avtalsbegreppet vara långlivat, tenderar juridiken till att förr eller senare följa efter och också acceptera ett juridiskt avtalsbegrepp av liknande innebörd. Återigen utgörs ett exempel av leasingavtalet.³

En juridisk avtalstyp har, när den väl accepterats, följdverkningar i systemet av juridiska regler. Innan dessa verkningar närmare beskrivs är det emellertid viktigt att påpeka att avtalstypen i vart fall i modern svensk rätt inte blir så styrande att parterna normalt måste acceptera de däri ingående reglerna. Formföreskrifter och statushänsyn är idag sällsynta i svensk rätt. Avtalstypen är en bakgrund mot vilken parterna kan agera och från vilken de vid behov kan avvika. En sådan avvikelse från bakgrunden är emellertid återigen en fråga mest för den praktiska juridiken; rättsvetenskapen saknar möjlighet att täcka in alla de upptänkliga variationer som kan förekomma i det ekonomiska livet. Rättsvetenskapens uppgift kan således endast vara att undersöka typiska situationer, att ställa frågan huruvida vissa situationer av faktiskt handlande på goda grunder kan sägas vara omfattade av befintliga avtalstyper eller om det finns ett behov att ordna det rättsliga stoffet på ett nytt sätt, så att antalet avtalstyper utökas eller en gammal avtalstyp går upp i en ny. Det som rättsvetenskapen på detta område således kan prestera är att måla upp den bakgrund mot vilken praktikerns av tidsbrist pressade tänkande kan vila och där han kan hämta inspiration och vägledning för argumentationen i det enskilda fallet.

2.2.2.3 Verknningar av avtalstyper

Ovan har påpekats att förekomsten av avtalstyper i icke oväsentlig mån kommer att styra den praktiska tillämpningen av juridiska regler på kontraktsrättens område. Dels begränsas nämligen de tillåtna argumentationsvägarna genom avtalstypen till antalet, dels påverkas avtalstolkningen av den avtalstyp som det individuella avtalet tillhör.

³ Juridiken måste antagligen vara något konservativ och fördröja acceptansen av en ny ekonomisk avtalstyp till dess det står klart att den faktiska situationen verkligen regelbundet aktualiserar samma eller mycket liknande juridiska problemställningar och lösningar. Denna inherent konservatism motiveras av förutsebarhetsskäl, alltså av att juridiken inte kan följa alla dagsaktuella svängningar i det ekonomiska modet. Denna analys skulle förklara varför juridiken alltid förefaller släpa efter den ekonomiska utvecklingen.

Systemet av avtalstyper står i växelverkan med de detaljregler som ingår i de olika avtalstyperna. Beroende på om den ses från köprättsligt eller från uppdragsrättsligt håll, kan en och samma regel ha olika konkret innebörd och mening. Så är till exempel avvägningarna och bedömningarna vid tillämpningen av en felregel avseende köp av lös egendom av en annan natur än de avvägningar och bedömningar som måste företas vid tvist om huruvida en immateriell tjänsteprestation är behäftad med fel. Därvid kan regeln vara formulerad på exakt samma sätt; tillämpningsfrågorna styrs emellertid i icke oväsentlig mån, inte bara av den konkreta verklighet som skall bedömas, utan även av det faktum att avhjälpande är en oanvändbar sanktion i många uppdragsrättsliga sammanhang samt att den rättsliga standard som ligger till grund för bedömningen av felet inte nödvändigtvis är lika given vid immateriella tjänster som vid köp av lös egendom. Metodologiskt innebär detta – även om det kanske inte alltid är uttalat eller ens medvetet – att juristen inordnar ett visst avtal under en viss avtalstyp, för att sedan mot bakgrund och med ledning av avtalstypen utreda innehållet i parternas ömsesidiga åtaganden.

Inordningen av avtalet under en viss avtalstyp har, förutom konkreta avvägningar avseende regeltolkningen, också till följd att vissa argument som i förstone kanske skulle kunna vara tänkbara inte längre är det: har man väl bestämt sig för att ett problem i ett kontraktsrättsligt sammanhang är av typen gäldenärspluralitet vid fordringar inom köprätten har man samtidigt uteslutit resonemang som har sin grund i bolagsrättsliga bestämmelser. Den som stannar vid en sådan uppdelning blir självfallet oflexibel; konsten i juridiken är nog att se förbindelselänkar där de finns och att blanda olika argumentationsformer på ett för andra godtagbart sätt. Icke desto mindre bör tänkandet i avtalstyper inte underskattas, då det sätter sin prägel på mycket av den kontraktsrättsliga juridiken.

Den andra verkningen av avtalstyper är att parternas individuella avtal kommer att tolkas mot bakgrund av den tillämpliga dispositiva rätten, det vill säga till syvende og sist mot bakgrund av avtalstypen. Det krävs enligt den moderna avtalstolkningssläran en viss tydlighet från parternas sida om de vill avvika från vad dispositiv rätt stadgar, och bedömningar enligt 36 § avtalslagen vilar också de i betydande utsträckning på jämförelser mellan vad den dispositiva rätten anger som normalstandard i en viss typ av avtalsförhållanden, det vill säga i en viss avtalstyp, och parternas individuella avtal.

Inom kontraktsrätten har avtalstyperna således sin givna och mycket viktiga plats. De hjälper till att hålla det juridiska tänkandet i styr och ger en selektionsgrund för urvalet av relevanta regler i den ständigt växande massan av stadganden.

2.2.2.4 *Nya avtalstyper*

En viktig fråga är hur antalet avtalstyper skall hållas på en nivå som innebär att den effekt som eftersträvas uppnås, nämligen att juristens arbete skall underlättas. Om varje typsituation – oavsett hur ofta eller sällan den förekommer – knyts ihop till en särskild avtalstyp är inte mycket vunnet, då man snart skulle finna sig i samma situation som i början av arbetet, nämligen konfronterad med en mängd olika regler (denna gång i form av avtalstyper) som skymmer det juridiskt relevanta.

Det är i detta avseende viktigt att märka att en avtalstyp alltid innebär en abstraktion, att det således inte kan vara meningen med en avtalstyp att göra varje individuellt avtal rättvisa. Avtalstyper skall underlätta juristens tänkande, inte ersätta det. Abstraktionen är således – till en viss nivå – ett nödvändigt ont, då den genom sin relativt stora allmängiltighet håller antalet avtalstyper nere. Exakt var abstraktionsnivån skall ligga låter sig självfallet inte anges exakt och i förväg: juridiken är också en diskurs där de olika deltagarna måste kunna acceptera varandras resonemang. Huruvida en viss avtalstyp kommer att få tillträde till den utvalda skaran av allmänt accepterade juridiska abstraktioner är alltså i betydande utsträckning en fråga om vad rättsordningens medlemmar är beredda att acceptera, om hur nyttig den nya avtalstypen upplevs vara för styrningen av det juridiska tänkandet, om huruvida domstolarna och lagstiftaren accepterar den nya figuren med mera.

Den stora osäkerhet som således med nödvändighet präglar ett arbete som det föreliggande – dels genom att all juridisk argumentation alltid har sina svaga punkter, dels genom att en ny avtalstyp måste accepteras av andra för att bli en etablerad del av det juridiska systemet – kan förvisso verka avskräckande. Floran av avtalstyper i modern svensk rätt utgörs emellertid fortfarande till stor del av de avtalstyper som den tyska pandektvetenskapen under 1800-talet utmejslade ur sitt onekligen mycket speciella material. För att kunna hantera en modern kontraktsrätt krävs en insikt om att de vedertagna avtalstyperna i många fall endast har bristfälligt konkret stöd i svensk rätt, att de är abstraktioner av en mängd inbördes olik material, samt att nya avtalstyper mycket väl kan skära över gränserna mellan olika gamla och vedertagna avtalstyper utan att de senare för den skull förlorar sin aktualitet. Uppkomsten av avtalstypen leasing gör således inte avtalstyperna köp och hyra inaktuella, utan kompletterar dem snarare. I fallet leasing är kompletteringen påkallad av praktiska behov och fyller således en funktion som lett till att avtalstypen (eller snarare -typerna) accepterats i svensk rätt.

2.3 Teorins och metodikens implikationer för detta arbete

Det som sagts i detta kapitel har implikationer för framställningen. Om logistikavtalet skall kunna sägas vara en avtalstyp måste det dels visas ha sin grund i en regelbundet återkommande praktisk typsituation som regelbundet aktualiserar samma eller liknande rättsliga spörsmål. Det måste alltså visas att logistikavtalet ekonomiskt sett utgör en avtalstyp. Dels måste visas att de regler som påstås bli aktuella i denna typsituation kan fås att samspela, att de bildar det större helt som är förutsättning för en fungerande juridisk avtalstyp.

Eftersom det tematiska området för framställningen inte är reglerat i någon enhetlig och inom sig sluten lagstiftning finns inga argument som direkt återspeglar lagstiftarens ställningstagande gentemot logistikväsendets juridiska problem. Argumentationen kommer således primärt att vila på en viss positionering vis-à-vis det juridiska materialet, där de positivrättsliga reglerna ses från en ny synvinkel. Denna synvinkel är – som all juridik – förankrad i en betraktelse av vad rättskällorna fordrar och medger samt av vilka behov som finns i den ekonomiska och sociala verklighet som reglerna är tänkta att styra. Det tydligaste inslaget av subjektiv värdering i detta arbete torde således ligga i valet av frågeställning och i positioneringen gentemot det juridiska materialet. I övrigt följer framställningen en positivistisk rättsdogmatisk metod vars närmare bestämning och giltighet bäst framgår av framställningens materiella delar.

3 Logistiklöftets principiella innehåll

3.1 Inledning

Med den ovan givna teoretiska utgångspunkten i åtanke skall nu logistikavtalets generella juridiska natur analyseras och det centrala i logistikerns löfte karakteriseras. För att kunna göra detta är det nödvändigt dels att förstå den logistiska verksamhetens faktiska villkor, dels att kort belysa inom vilken rättslig miljö en logistiker arbetar.

Logistikens faktiska villkor kommer att belysas genom en beskrivning av hur logistikmarknaden utvecklats. Vad avser den rättsliga miljö som logistikern arbetar i ligger svårigheten i att förmögenhetsrätten – oavsett hur man definierar detta i och för sig oskarpa begrepp – är ett vitt fält och att urvalet av de rättsliga standarder med vilka logistikavtalet skall jämföras därför är svår. Till förmögenhetsrätten måste räknas discipliner som associationsrätten, immaterialrätten, transporträtten, skuldebrevsrätten med flera rättsområden. De principiella värderingar som ligger till grund för de olika områdena är inte nödvändigtvis desamma på varje område, även om hela förmögenhetsrätten som sådan nog kan sägas vila på ett antal mycket grundläggande principer som genomsyrar hela denna del av vår rättsordning. Till dessa grundläggande principer måste räknas sådana maximer som *pacta sunt servanda* eller lojalitetsprincipen i kontraktsförhållanden. Dessa maximer säger i sig inte särskilt mycket om hur ett visst fall skall lösas, men de utgör ledstjärnor för bedömningen av enskilda problem. Det finns därutöver även mera konkreta bedömningskriterier såsom till exempel den skälighetsprincip som genomsyrar stora delar av den svenska rätten och som i det enskilda fallet ofta kan avgöra en fråga åt det ena eller andra hållet.

De principer av mera begränsad räckvidd som gör sig gällande i de olika delområdena inom förmögenhetsrätten är däremot ofta tämligen konkreta och kan i många situationer åberopas som avgörande i det enskilda fallet. Inom sakrätten är principen om borgenärsskyddet central¹,

¹ Göran Millqvist, *Sakrättens grunder* Tredje upplagan, Norstedts juridik, Stockholm 2003, s. 13

inom skuldebrevsrätten det löpande skuldebrevets oberoende av casus-förhållandet², inom transporträtten skyddet för mottagaren³. För att inte föra in värderingar i en avhandling om ett oreglerat juridiskt fenomen som inte hör dit, måste hänsyn tas till just näraliggande, inte mera avlägsna rättsområden inom förmögenhetsrätten. Vad som är näraliggande avgörs genom att två frågor besvaras.

För det första är frågan vilka rättsregler som kan tänkas aktualiseras genom ett visst konkret handlande. Med detta menas exempelvis det förhållande att en säljare i ett avtal om tillverkningsköp också utlovar en tjänst. Om tjänstemomentet i köpet betraktas isolerat, aktualiseras en viss typ av regler, till exempel avseende köparens ansvar för specifikationer; betraktas förhållandet från ett köprättsligt perspektiv, är frågan om rättsligt fel relevant. Dessa regler präglar vad gäller tillverkningsköpet på olika sätt förhållandet mellan säljaren och köparen.⁴ På ett liknande sätt kan ett i och för sig sammanhållet avtal vid en detaljerad betraktelse falla sönder i olika beståndsdelar som tillsammans påverkar helhetsintrycket.

För det andra är frågan vilka konkreta intressen som berörs av ett visst faktiskt handlande och hur dessa intressen behandlas inom andra områden i rättsordningen. Här kan som exempel nämnas att direktkravssituationer regleras i många olika lagar, men att motiveringen till att ett avsteg från principen om avtalets subjektiva begränsning medgivits varierar i sådan utsträckning att det inte alltid är lämpligt att göra analogier till bestämmelser om direktkrav.⁵ Det som är avgörande är det intresse som skall skyddas genom ett medgivet direktkrav: föreligger samma eller ett liknande intresse i ett annat, oreglerat fall, är analogin befogad, föreligger inget sådant intresse bör analogin inte göras. Vilka konkreta intressen som berörs aktualiseras främst vid behandlingen av individuella spörsmål, eftersom man inte torde kunna säga att en given och begränsad uppsättning intressen ligger under en hel avtalstyp. Vilka intressen som mera konkret berörs vid bedömningar avseende direktkrav, hävning, felansvar och så vidare, och vilka analogier som kan och bör göras från olika rättsregler kan avgöras först när den individuella frågan diskuteras.

² Gösta Walin, *Lagen om skuldebrev* [nedan Walin, *Skuldebrev*], Andra, omarbetade upplagen, Norstedts juridik, Stockholm 1997, s. 92

³ Hellner, *Kontraktsrätt 1*, s. 149 (om sjötransportavtalets sammanflätning med köpeavtalet)

⁴ Se 41 och 60 §§ köplagen.

⁵ I denna riktning Johnny Herre, Anm. av Laila Zackariasson, *Direktkrav. Om rätt att rikta anspråk mot gäldenärens gäldenär*, Ak. avh., Iustus förlag, Uppsala 1999, SvJT 2000, s. 523

Det som nu skall diskuteras är till en början situationen på marknaden, det vill säga vilket faktiskt handlande som förekommer på logistikområdet. Därefter skall frågan vilka rättsområden som aktualiseras genom logistikerns typiska konkreta handlande besvaras, varvid också diskuteras i vilken mån logistikavtalet kan ses som en enhetlig avtalstyp.

3.2 Situationen på marknaden

Förutom de övriga i fotnoterna angivna källorna baseras hela detta avsnitt på Hans Abrahamsson, Freddy Sandahl, *Internationella transporter och spedition*, 2:a upplagan, Liber Ekonomi, Malmö 1996; Paul Bugden, *Freight Forwarding and Goods in Transit*, Sweet & Maxwell, London 1999; Johannes Burchard, *Das Recht der Spedition*, Verlag von Ferdinand Enke, Stuttgart 1894; Ramberg, *Spedition*; Stöth, *Logistikrätt*; Donald Waters, *Logistics: An Introduction to Supply Chain Management* [nedan Waters, *Logistics*], Palgrave Macmillan, New York 2003

3.2.1 Den historiska utgångspunkten och dess konsekvenser

Varje behandling av logistikavtalet måste ta sin utgångspunkt i speditorsavtalet: speditören är logistikerns historiska föregångare⁶, och speditorsrätten är den modell på vilken debatten om logistikavtalet baseras. När alltså här nedan i någon detalj diskuteras spedition har detta indirekt betydelse också för behandlingen av logistikavtalet.

Den moderna speditören föddes i och med den industriella sjöfarten. När transporterna blev längre och mera komplicerade, började handelsmännen anlita branschkunligt folk som hjälpte till att finna rätt transportör. Kännetecknande för speditören under denna tidiga period och vid konventionella transporter var att hans verksamhet inte sträckte sig över hela transportkedjan, utan endast över en viss del av denna. Till exempel kunde han för kundens räkning sluta avtal med en transportör om transport av visst gods, alltså förmedla en transport. Abrahamsson och Sandahl anger att speditörens traditionella funktioner omfattade ”omlastning, vidarebefordran, förtullning, transportförmedling, lager och distribution” samt ”samlastning (till järnväg)”⁷. Detta präglar också den traditionella juridiska behandlingen av speditorsavtalet. Speditören anses kunna avge ett eller båda av två sorters löften: antingen kontraherar han

⁶ Hubert Widmann, *ADSp '99. Kommentar*, 6:e upplagan, Luchterhand, Neuwied 1999, s. 5; Andreas Gran, *Vertragsgestaltung im Logistikkbereich*, Transportrecht 1-2004, s. 2

⁷ Avseende frågan vad samlastning är samt om samlastningens ekonomiska betydelse se nedan 3.2.2.

som transportförmedlare eller så avger han ett eget transportlöfte. Detta förhållande kommer till uttryck i tingsrättens avgörande i ND 1997 s. 84:

Speditören är en part, som förmedlar transporter, ansvarar för deras arrangerande och som även kan ingå transportavtal i eget namn för säljarens eller köparens räkning. Speditörens rättsliga ställning varierar beroende på vilka slags uppgifter denne vid respektive tillfälle ombesörjer. Speditören kan fungera som en förmedlare, avlastare, men även som ställföreträdare. Speditören kan även åta sig att för egen räkning ombesörja den egentliga transporten, varvid speditören fungerar som transportör.

Därtill kommer en mängd andra möjliga löften. Det på speditiionsmarknaden i Norden förhärskande standardavtalet NSAB anger i ingressen till § 2:

Uppdraget till speditören kan innefatta att ombesörja:

- transport av gods
- lagring av gods
- andra tjänster i anslutning till transport eller lagring av gods, såsom
 - 1) förtullning av gods,
 - 2) medverkan vid fullgörande av uppdragsgivarens offentligrättsliga förpliktelser,
 - 3) godshantering och märkning av gods,
 - 4) tecknande av försäkring
 - 5) biträde med export- och importdokumentation
 - 6) inkassering av efterkrav samt annat biträde vid betalning av godset,
 - 7) råd i transport- och distributionsfrågor.

Speditören kan utföra dessa uppdrag antingen för egen räkning eller som förmedlare.

NSAB laborerar med tre kategorier av uppdrag: a) uppdrag med transportöransvar, b) förmedlingsuppdrag och c) lagringsuppdrag. De uppdrag som inte passar in i dessa kategorier regleras av standardavtalets allmänna bestämmelser om uppdragsgivarens och uppdragstagarens ömsesidiga rättigheter och plikter.

Denna definition kan jämföras med FIATA:s officiella beskrivning ("description") av speditiions- och logistiktjänster:

"Freight Forwarding and Logistics Services" means services of any kind relating to the carriage (performed by single mode or multimodal transport means), consolidation, storage, handling, packing or distribution of the Goods as well as ancillary and advisory services in connection therewith, including but not limited to customs and fiscal matters, declaring the Goods for official purposes, procuring insurance of the Goods and collecting or procuring payment or documents relating to the Goods. Freight Forwarding Services also include logistical service with modern informa-

tion and communication technology in connection with the carriage, handling or storage of the Goods, and de facto total supply chain management. These services can be tailored to meet the flexible application of the services provided.⁸

Beskrivningen utmärker sig genom att den omfattar så mycket att man nästan kan säga att den inte säger någonting alls: enligt denna beskrivning är speditören eller logistikern helt enkelt någon som på något sätt har med godsförflyttning att göra. Det kan också uppmärksammas att beskrivningens senare del effektivt förnekar att det finns en skillnad mellan expedition och logistik, eftersom även speditörer anses kunna tillhandahålla logistiska tjänster.

Som synes återspeglas splittringen i det tidiga speditörsväsendets ekonomiska funktion i denna beskrivning av speditören. Expedition och logistik behandlas inte som avtalstyper, utan snarare som beteckningar på ekonomiska mellanmansfunktioner vars juridiska reglering faller sönder i olika delar såsom transportåtaganden, deposition, förmedling med mera. Grunden till denna splittring ligger i transportväsendets organisation till för några decennier sedan.

Ännu i början av förra seklet var transporterna – och således även speditörens verksamhet (logistik fanns ännu inte utanför det militära området) – nämligen förhållandevis enkla. Om en viss maskin till exempel skulle transporteras från Stockholm till Berlin, lastade man den på ett fartyg som gick mellan Stockholm och exempelvis Stralsund, där maskinen lastades om på järnvägen för att transporteras till Berlin. Denna transport sågs som två olika, på varandra följande transporter, vilka dessutom täcktes av olika transportdokument. Speditörens arbete härvidlag inskränkte sig alltså till att avse vissa väldefinierade avsnitt av transporten, oftast förmedling av transporten samt hanteringen av godset i ”skarvarna” mellan olika transportavsnitt. Speditörens avsnitt behandlades med rätta enligt de dispositiva regler som man så väl kände till, nämligen tjänstekommision, deposition med mera. Man kan säga att den tidiga speditören var en särskilt allsidig mellanman snarare än någon som erbjöd en egen, specifik produkt.

3.2.2 Speditörsnäringens förändring genom uppkomsten av samlastning och enhetslaster

Ett första steg i riktning mot en modern transportnäring togs i och med att speditörerna började med såkallad samlastningstrafik på järnvägen: samlastning innebär att man förpackar olika kunders gods i en och samma

⁸ FIATA Review No. 55, december 2004, s. 5.

lastbärare. Därigenom uppnår man ett bättre pris än om varje kunds gods hade behövt sändas för sig, med alla krav på kostsam hantering som detta skulle innebära. Genom samlastningstrafiken på järnvägen effektiviserades således transportnäringen. Uppkomsten av samlastning på järnvägsvagnar innebar att speditören började förändra sin egen roll: tidigare hade han tagit på sig funktioner som skulle ha behövt fyllas även utan inblandning av någon speditör – nu började han lägga till en egen funktion. Genom samlastning kan speditören sägas förädla transportörens produkt i förhållande till kunden. Samlastningen ledde till billiga transporter som inte hade funnits utan speditörernas verksamhet.

Den juridiska följden av denna förändring av verksamheten blev så småningom att speditören i vissa fall ansågs avge ett självständigt transportlöfte: han kunde nämligen i det fall att han själv hanterade en hel vagnslast som han kontraherat i eget namn inte längre vidareförmedla transportdokumenten till sin uppdragsgivare. Om speditören endast har en fraktsedel i handen för en lastkapacitet som han själv givit vidare till sina uppdragsgivare, kan han inte i vanlig bemärkelse redovisa transportens avveckling, utan måste själv ge ut transportdokument. I och med att speditören ger ut egna transportdokument ligger det emellertid nära till hands att anse honom ha avgivit ett självständigt transportlöfte.⁹ Den i stora delar tvingande transporträttsliga lagstiftningen blir då tillämplig på speditörens avtal. Speditörerna vägrade länge att erkänna denna utveckling, utan höll fast vid sin traditionella mellanmansrättsliga linje; denna position blev emellertid allt svårare att försvara.

Efter andra världskriget förändrades nämligen transportindustrin och med den speditörsnäringen radikalt: containern och andra lastbärare av liknande slag började sitt segertåg genom transportväsendet. Genom att lasta styckegods på exempelvis en pall eller i en container kunde man förkorta lastnings-, omlastnings- och lossningstiderna högst väsentligt. Anledningen härtill var att antalet kollin som behövde hanteras minskade genom användningen av lastbäraren. I och med uppkomsten av enhetslaster och av mera avancerade lastbärare ökade speditörernas möjligheter till samlastning. Samtidigt blev hanteringen av de olika transportavsnittens transportdokument alltmer besvärlig, även när det endast gällde en uppdragsgivare (och alltså inte samlastningstrafik). När en container transporteras från kundens fabrik i Mora till mottagarens lastkaj i Piracicaba i Brasilien framstår det inte som särskilt effektivt och ändamålsenligt att överhopa kunden med en stor mängd transportdokument (i exemplet skulle till exempel följande dokument kunna förekomma: en

⁹ Se numera § 2 A. 2 st. 1) NSAB, enligt vilken speditören åtar sig ett transportörsvar när han utfärdar ett transportdokument i eget namn.

fraktsedel för lastbilstransporten inom Mora, en annan fraktsedel för järnvägstransporten till Göteborg, ett konossement för skeppningen till Hamburg, ett för skeppningen därifrån till Santos samt ytterligare en fraktsedel för lastbilstransporten inom Brasilien). Speditörerna har därför gått över till att även för sådana multimodala transporter utfärda sina egna transportdokument som täcker hela transportsträckan. Sett från kundens synvinkel upphävs alltså den tidigare stränga skillnaden mellan de olika transportavsnitten; kunden ser endast att speditören ombesörjer att godset forslas från en punkt till en annan. I många avseenden upphävs skillnaden mellan transportör och speditör. Det som komplicerar saken är dock att speditörerna i regel inte äger sina transportmedel, utan att dessa hyrs in eller tillhandahålls av fast kontrakterade åkare.¹⁰ Speditörerna genomför således normalt inte transporten själva, utan tillhandahåller en organisationskompetens som kunden inte har; speditörerna administrerar kundens transport och är alltså inte transportörer i vanlig bemärkelse. Detta gav emellertid endast en fördröjande effekt, och vid den revision av NSAB som trädde i kraft 1974 accepterade speditörsnäringen att speditören i vissa fall kan anses uppträda som transportör.¹¹

3.2.3 Utvecklingen de senaste åren

Utvecklingen avstannade emellertid inte. På grund av de förkortade lastnings- och lossningstiderna förde den nya integrerade transporttekniken också med sig att transporttiderna förkortades: en rundresa Göteborg–New York–Göteborg, som med konventionella metoder tog 40 dagar, förkortades till att ta endast 20 dagar. De sålunda ökade möjligheterna medförde – och medför – ökade krav från transportkundernas sida: transporter ska gå snabbare, de ska vara billigare och de ska vara säkrare än tidigare.¹² Förbättringen i transporternas kvalitet innebär således en ökad efterfrågan efter ytterligare kvalitetsförbättringar.

Transportnäringen integrerar därför transporterna alltmer och utnyttjar de möjligheter som bjuds genom enhetslastens frammarsch. Genom integrationen blir det också i än större utsträckning möjligt och brukligt att utställa endast ett transportdokument, oavsett hur många transportmedel som är inblandade i transporten och oavsett på vilket sätt de olika transportmedlen kombineras. En juridisk reaktion bland flera har varit

¹⁰ Se här till exempel ASG AB:s årsredovisning 1998, s. 5 och 11; Danzas Holding AG:s årsredovisning 1998, s. 36.

¹¹ Jan Ramberg, *NSAB 75 år*, Nordiskt speditörförbund, Stockholm 1994, s. 45

¹² SOU 2000:8 (*Framtida godstransporter – transportköparnas krav på transportsystem*), s. 149

att man i tilltagande grad accepterat rättsfiguren ”kontraherande fraktförare”, vilken skall skiljas från ”verkställande fraktförare”: den förre är den som avger transportlöftet, den senare den som verkställer transporten.¹³ När speditörens löfte tolkas som ett löfte om transport är han alltså att anse som kontraherande fraktförare och hans ansvar kommer att bedömas enligt tvingande transporträttsliga regler. Detta innebär att skillnaden mellan transportör och speditör i allt större utsträckning suddas ut – speditörerna anses allt oftare åta sig åtminstone vissa transportörsförpliktelser och många transportörer sysslar allt högre grad med den transportorganisation som traditionellt var speditörernas uppgift.

Utvecklingen mot enhetslaster och integration medför dock vissa problem: fördelen med omlastningarna var att det fanns flera ”kontrollstationer” där man kunde fastställa i vilket skick godset befann sig. Var godset inte i acceptabelt skick kunde man genast reklamera hos den ansvarige transportören. När emellertid en container lastas av kunden i hans fabrik och öppnas av mottagaren i ett annat land, är det svårt – och i det flesta fall nog omöjligt – att fastställa var på vägen en eventuell skada uppstått. Detta innebär också att det är svårt för kunden eller speditören att reklamera i rätt tid och hos rätt transportör. Detta problem är välkänt inom transportnäringen¹⁴: eftersom skadorna inte kan lokaliseras, tenderar de olika transportörerna att skylla på varandra. En lämplig beteckning för problemet är lokaliseringsproblemet. Det är i dessa lägen frestande att låta ansvaret stanna hos speditören som kontraherande fraktförare: skillnaden mellan speditörens roll som förmedlare och hans roll som den transportör som rent konkret har hand om godset – och som därför står ett vårdansvar – försvinner än mer.

När datorerna och internettekniken kom, insåg transportörerna och framför allt speditörerna snabbt vilka möjligheter den nya tekniken innebar. Inom näringen togs standardiserade streckkoder och andra elektroniskt läsbara informationsbärare fram, med vars hjälp möjligheterna att följa gods på väg ökade ofantligt. Men möjligheterna att förbättra transporterna och att göra dem snabbare var ännu inte uttömda: genom logistiktänkande, där samtliga transportvägar och materialflöden identifieras, analyseras och organiseras på bästa möjliga sätt, kan transportvägar förkortas och transportens mål – att ha rätt gods på rätt plats i rätt

¹³ Jfr till exempel numera art. 39 Montrealkonventionen

¹⁴ Se Thor Falkanger, Hans Jacob Bull, *Innføring i sjørett* [nedan Falkanger, *Innføring*], 6:e upplagan, Sjørettsfondet, Oslo 2004, s. 314, som talar om ”localised damage”; även Ralph de Wit, *Multimodal Transport*, Lloyd’s of London Press, London 1995, s. 7 f.; Kurt Grönfors, *Transporträttsliga studier*, Sjörettsföreningen i Göteborg, Skrifter 50, Akademi-förlaget, Göteborg 1975, s. 214, som talar om ”concealed damage”.

tid till rätt pris – nås på ett mera effektivt sätt. Det visade sig snart att det kunnande och den effektivitet som krävs för att åstadkomma sådana logistiskt riktiga lösningar endast finns hos specialister. En ny trend är således den så kallade ”tredjepartslogistiken”, som kort sagt innebär att ett företag lägger ut hela sin logistik på entreprenad, att företaget med andra ord uppdrar åt ett annat att organisera material- och varuflödena på ett sådant sätt att dessa optimeras.

När emellertid speditören blivit logistiker blir det missvisande att tala om honom som en kontraherande fraktförare. Från kundens perspektiv utgör logistikern kundens transportavdelning. Rent praktiskt sysslar logistikern förvisso bland annat med att kontrahera transport- och lagerkapacitet, men därutöver sysslar han med uppgifter som inte strängt taget har med transport att göra. Detta framgår också av FIATA:s ovan citerade beskrivning av speditörs- och logistiktjänster: speditörer och logistiker tar fram streckkoder för track-and-trace, de ger råd och anvisningar om förpackning och lastning, inventerar lagret, analysera godsflöden, och sysslar med alla frågor som har bäring på kundföretagets godsflöden. Logistikerns roll liknar den som en huvudentreprenör har inom byggbranschen: han lovar att transporterna skall fungera. Det är dock klart att logistikern inte kommer att utföra dem själv, utan att han hyr in andra företag. Lika lite som huvudentreprenören i byggbranschen är någon rörmokare, utan anlitar ett VA-företag för installationen av vatten och avlopp, lika lite är logistikern en transportör eller lagerhållare – han är transportbranschens samordnare för kontakter med kunden. Detta utesluter dock inte att han tar ett ansvar för det slutliga resultatet: huvudentreprenören i byggbranschen lovar att det vid entreprenadtidens utgång skall finnas en byggnad av en viss beskrivning – logistikern lovar att kundens gods skall finnas där det behövs vid den tidpunkt då det behövs. Vilken betydelse detta förhållande har för den rättsliga bedömningen av logistikerns åtagande kommer att diskuteras närmare nedan.

Sammanfattningsvis kan sägas att utvecklingen gått från organisationen av förhållandevis enkla styckegods- och bulklasttransporter till avancerad och IT-beroende tredjepartslogistik. Detta har medfört att den traditionella juridiska uppsplittringen av speditörsavtalet – och i dess efterföljd logistikavtalet – i flera olika delar blivit tämligen verklighetsfrämmande: det ligger något märkligt i att det som från marknadens perspektiv framstår som ett enhetligt avtal om outsourcing av en transportavdelning vid en juridisk betraktelse faller sönder i åtaganden om transport, om kommission, om lagerhållning med flera olika förpliktelser.¹⁵ För den traditionella juridiken är hanteringen av speditörsrättsliga

¹⁵ Jfr Ramberg, *Transport Operators in International Trade*, s. 176 ff.

frågor trots det synnerligen utbredda standardavtalet NSAB – och trots den enorma betydelse som speditörerna och logistikerna, dessa transportnäringens generalentreprenörer, har för den moderna transportindustrin – långt ifrån enkel och lättöverskådlig. Problemet synes vara att juridiken inte på långt när hängit med den ekonomisk-tekniska utvecklingen.

Slutsatsen av det sagda måste bli att sett från marknadsperspektivet ett faktiskt handlande föreligger som regelbundet ger anledning till samma typer av problem: logistikern är kundens transportavdelning, men vilket ansvar har han för att transporterna skall fungera? Rent faktiskt tycks alltså villkoren för att en avtalstyp skall kunna sägas föreligga vara uppfyllda: ekonomiskt sett verkar det finnas en avtalstyp som kallas logistik. Frågan är om detta innebär att situationen också juridiskt sett borde behandlas enhetligt, nämligen som ett avtal om outsourcing av en transportavdelning. Frågan är med andra ord om det även kan sägas föreligga en juridisk avtalstyp som motsvarar det ekonomiska logistikavtalet.

3.3 Utgångspunkten för den följande framställningen i detta kapitel

I det följande kommer att argumenteras att logistikavtalet inte omfattas av den tvingande transporträtten. Den rättspolitiska utgångspunkten för analysen ligger i det ovan sagda, nämligen det förhållandet att logistikavtalet ur marknadsperspektivet torde utgöra ett enhetligt avtal, alltså en ekonomisk avtalstyp, och att marknadens synsätt om möjligt bör följas, det vill säga att det om möjligt också bör finnas en juridisk avtalstyp som kan kallas logistik.

Det finns anledning att instämma i Rambergs uttalande att

[t]he traditional focus on the different modes of transport (*unimodalism*) supplemented with injecting the rules of particular modes into the main contract of carriage is demonstrably insufficient to meet the demands of modern international trade [...]¹⁶

Som kommer att framgå närmare nedan är varje förändring av det traditionella tillvägagångssättet beroende av att den tvingande transporträtten inte är tillämplig på logistikavtalet. *De lege lata* kan det dock inte råda något tvivel om att lagstiftningen anses vara tillämplig även på logistikavtal.¹⁷ Frågan kan därför ställas huruvida det perspektiv som företräds i

¹⁶ Ramberg, *Transport Operators in International Trade*, s. 184; kursivering i originalet.

¹⁷ Ramberg, *Transport Operators in International Trade*, *passim*

detta arbete utgör ett *de lege ferenda*-perspektiv av mer eller mindre övertygande slag, eller om det kan anses ha ett värde redan *de lege lata*.

Analysen är avsedd att utgöra en analys *de lege ferenda*, dock med den viktiga inskränkningen att den breda tillämpning av transporträtten som idag är gängse anses lida av metodologiska brister. Ställningstagandet i detta arbete skall därför uppfattas som en metodologisk kritik av rättsläget *de lege lata* som förknippas med ett alternativt förslag om hur de transporträttsliga lagarna bör behandlas istället. I slutet av kapitlet skall en diskussion föras huruvida ett enhetligt juridiskt perspektiv på logistikavtalet kan te sig meningsfullt även om den här framförda kritiken mot tillämpningen av transporträtten inte skulle accepteras.

3.4 Logistikavtalets natur – ett transporträttsligt managementavtal

3.4.1 Inledning

Ibland sägs att ”transporträtten” som sådan är tvingande. Ett sådant uttalande bortser emellertid från den viktiga skillnaden mellan hyra av transportmedel (befraktning) och styckegodstransport.

Grönfors gör följande distinktion mellan befraktning och styckegods-transport:

Varje analys av en typisk helbefraktning jämförd med en typisk styckegods-befraktning leder omedelbart till att skillnaden mellan dessa båda avtals-typer faller i ögonen. Det blev därför i första hand doktrinen, som naturligt drevs till att konstatera, att enhetligheten i de uppställda rättssatserna inte låter sig uppehållas utan att man gör våld på verkligheten. Det innebär en verklig skillnad i uppläggningsen av rättssatserna, att reglerna om styckegods-transporter är inriktade på själva godset och dess förflyttning, reglerna om helbefraktning på transportmedlet och dess användning för transportens utförande. En helbefraktning kan karakteriseras så, att kunden hyr ett stycke *moving space*; en styckegodsbefraktning innebär, att kunden överlämnar ett stycke gods i transportörens vård för transport till bestämmelse-orten. I det första fallet blir en rad regler med anknytning till transport-medlet aktuella, såsom ansvar för bemanning och utrustning, kostnader för stillaliggande under lastning eller lossning och liknande saker. Typiskt sett uppkommer inga sådana problem att reglera vid *godscentrerade transporter* – just därför att avtalet är centrerat kring godset självt med nedtonande av transportmedlets ställning i sammanhanget.¹⁸

¹⁸ Kurt Grönfors, *Fraktavtalet under etthundra år* [nedan Grönfors, *Fraktavtalet*], Sjö-rättsföreningen i Göteborg, Skrifter 66, Akademiförlaget Göteborg, Göteborg 1986, s. 111; kursiveringar i originalet

Terminologiskt hanterar Grönfors skillnaden mellan befraktning och styckegodstransport på så sätt att befraktningsavtalet sägs vara transportmedelcentrerat (eller, eftersom Grönfors främst talar om sjörätt, fartygscentrerat), medan styckegodsavtalet sägs vara godscentrerat.¹⁹ Analysmodellen kan överföras till andra transporträttsliga områden: charteravtalet inom luftfrätten är nog det för lekmannen mest välkända av de transportmedelcentrerade avtalen, men även hela järnvägståg kan hyras och inom lastbilsområdet kan det tänkas att ett åkeri fyller en tillfällig brist i sin transportkapacitet genom att hyra en lastbil inklusive förare. Distinktionen mellan transportmedelcentrerade och godscentrerade avtal utgör alltså en systematisk skiljelinje i hela transporträtten.²⁰

En av de viktiga juridiska skillnaderna mellan de transportmedel- och de godscentrerade avtalen ligger i att de senare, men inte de förra, faller under den tvingande transporträttsliga lagstiftningen. Detta är numera tydligast inom sjörätten, där 13 kap. sjölagen – som reglerar styckegods-transporterna – i princip är tvingande, medan 14 kap. – som avser befraktning av fartyg – i motsats till detta i princip är dispositiv.²¹ De transporträttsliga lagarna utanför sjörätten avser ”godsbefordran”. Det är alltså det transporterade godset, inte hyra av transportmedlet, som är föremål för lagarnas reglering.²² Det finns således många kommersiellt viktiga transportavtal som inte omfattas av den tvingande transporträttsliga regleringen: ett påstående att transporträtten som sådan är tvingande är felaktigt eller åtminstone vilseledande.

När man försöker inordna logistiken i ett sådant schema framgår snart att ett avtal om logistiktjänster inte kan sägas vara transportmedelcentrerat: som sagt äger inte de stora speditiöns- och logistikfirmorna sina transportmedel, och de kan därför inte sägas hyra ut transportkapacitet till sina kunder. Frågan är därför huruvida ett logistikavtal skall betraktas som godscentrerat. Frågan om vad som utgör ett godscentrerat avtal är inte alldeles lätt att besvara.²³ De tvingande transporträttsliga lagarna avser dock som sagt styckegodstransport. Frågan huruvida logistikavtalet skall anses vara styckegodscentrerat kan därför besvaras genom att avgöra huruvida det faller in under de tvingande transporträttsliga lagstadgande-

¹⁹ Grönfors, *Fraktavtalet*, s. 116 f.

²⁰ Kurt Grönfors, *Sjölagens bestämmelser om godsbefordran* [nedan Grönfors, *Sjölagen*], Under medverkan av Lars Gorton, P.A. Norstedt & Söners förlag, Stockholm 1982, s. 27 f.

²¹ Jfr 13 kap. 4 § med 14 kap. 2 § sjölagen (1994:1009)

²² Se 9 kap. 2 § luftfartslagen (1957:297) jfr med artikel 1 Montrealkonventionen, 1 § lagen (1974:610) om inrikes vägtransport [VTL] och 3 kap. 1 § järnvägstrafiklagen (1985:192) [JTL].

²³ Grönfors, *Fraktavtalet*, s. 116

nas tillämpningsområde. En därmed besläktad fråga, som lämpligen behandlas i samband med frågan om transporträttens tillämplighet, är frågan huruvida logistikavtalet skall anses utgöra ett blandat avtal som åtminstone delvis omfattas av de tvingade reglerna, eller om marknadsperspektivet – att logistikavtalet är ett sammanhållet outsourcingavtal – slår igenom och logistikavtalet därför även juridiskt skall kunna anses utgöra en enhetlig avtalstyp.

3.4.2 Finns något utrymme för ett enhetligt logistikavtal i det rättsliga systemet?

3.4.2.1 Tvingande transporträtt – allmänt

Transporträttens regler om styckegodstransport är tvingande. Rättstillämparens problem är därför hanterliga när man konstaterat att ett transportlöfte avgivits som omfattas av de tvingande reglerna: den transporträttsliga lagstiftningen och den rättspraxis som ansluter till denna skall användas.

Denna inställning har betydande praktiska konsekvenser: transportörens ansvar utgör, under den tid då godset är i hans vård, allmänt sett ett kontrollansvar.²⁴ I gengäld njuter transportören en legal ansvarsbegränsning; denna varierar beroende på vilket transportsätt som används, men täcker i många fall inte på långt när godsets verkliga värde.²⁵

Det är emellertid inte säkert att det är så enkelt att de styckegodstransporträttsliga reglerna är tvingande tillämpliga på alla typer av transporter som inte utgör befaktning. Frågan kvarstår exakt på vilka typer av förhållanden reglerna om styckegodstransport är tillämpliga. Det är med andra ord inte säkert att distinktionen mellan styckegodstransport och befaktning allena avgör utrymmet för transport- och transportbesläktade avtal avseende vilka avtalsfrihet råder. Den avtalstyp som skall beskrivas i detta

²⁴ Ansaret varierar beroende på vilket transporträttsligt system man talar om: i nationell sjö rätt är det klart att sjötransportören har ett presumtionsansvar, se 13 kap. 25 § 1 st. sjölagen. Skillnaden mellan denna ansvarsform och andra, striktare former av ansvar torde på det praktiska planet sällan vara stor. De problem som möter transportören i en rättegång – nämligen bevisproblem avseende exculpationstemat – är praktiskt sett ensartade. Jfr Kurt Grönfors, *Successiva transporter – en studie i transportöransvar* [nedan Grönfors, *Successiva transporter*], P. A. Norstedt & Söners Förlag, Stockholm 1968, s. 48 ff. Se vidare om det transporträttsliga ansvarets karakterisering nedan i kapitel 6.

²⁵ Den legala ansvarsbegränsningen inom transporträtten är den omedelbara anledningen till att det finns en transportförsäkringsnärings, då kunden sällan kan få effektiv ersättning för förstört gods från transportören. Jfr Johan Schelin, *Last och ersättning* [nedan Schelin, *Ersättning*], Skrifter utgivna av Axel Ax:son Johnsons institut för sjö rätt och annan transporträtt nr 20, Jure, Stockholm 2000, s. 16

arbete, logistikavtalet, kan förvisso i många fall tolkas som omfattande ett transportlöfte, nämligen ett löfte om att godset skall hämtas på en viss plats och forslas till en viss annan plats där det skall levereras.²⁶ Eftersom logistikern inte genomför transporten själv, kan han då anses vara kontraherande fraktförare. Samtidigt har dock ovan konstaterats att det ekonomiska perspektivet innebär att marknadsaktörerna normalt torde se logistikavtalet som ett managementavtal, och på managementavtal är reglerna om styckegodstransport utan tvekan inte tillämpliga. Frågan är alltså om de styckegodstransporträttsliga reglerna lämnar något utrymme för avtalsfrihet avseende ett logistiskt managementavtal.

3.3.2.2 Förutsättningar för styckegodsreglernas tillämpning

1. Det finns sammanlagt åtta olika regelsystem avseende styckegods-transport, nämligen en nationell och en internationell variant för vardera sjö-, väg-, järnvägs- och lufttransporter. All denna lagstiftning är i båda varianterna tvingande. Det som faller i ögonen är att det inte finns en "abstrakt", det vill säga en från de olika transportsätten fristående transporträttslig reglering i lag eller internationell konvention, i vart fall inte i för Sverige som stat bindande tappning.²⁷

I den mån ett transportlöfte är specificerat, det vill säga såvida naturagäldenären (transportören) åtar sig transport av gods på ett bestämt transportsätt, är frågan om vilka regler som gäller avseende detta åtagande oproblematiskt: man tillämpar det relevanta tvingande regelsystemet. När transportlöftet emellertid är ospecificerat uppstår teoretiska problem av stor praktisk betydelse. Det som i detta sammanhang avses med ett ospecificerat transportlöfte är situationer i vilka naturagäldenären visserligen åtar sig att mottaga gods på en viss plats och vid en viss tidpunkt, samt att utlämna detsamma på en viss (annan) plats och vid en viss (annan) tidpunkt, men parterna inte närmare specificerat med vilket transportmedel godsörflyttningen skall genomföras. Det är inte självklart att en lag om

²⁶ Jfr Grönfors, *Successiva transporter*, kapitel I. Se dock nedan.

²⁷ Ett försök till internationell kodifiering av den multimodala transporträtten gjordes 1980, då United Nations Convention on International Multimodal Transport of Goods undertecknades i Genève. I januari 2005 hade konventionen biträtts av tio stater, vilket innebär att den ännu inte trätt i kraft. Ingen av de handelspolitiskt betydelsefulla staterna har ratificerat konventionen, och försöket att internationellt kodifiera den multimodala transporträtten kan med intill visshet gränsande sannolikhet betraktas som felslaget. Se även Jan Ramberg, *The Future Law of Transport Operators and Service Providers* [nedan Ramberg, *Transport Operators*], *Scandinavian Studies in Law*, Volume 46: Maritime and Transport Law, Stockholm 2004, s. 145

sjötransport är tillämplig på en situation där fartyget förvisso är ett tänkbart sätt på vilket transporten kan genomföras, men det finns andra sätt som är lika tänkbara. Eftersom avtalsfriheten i vart fall ännu så länge utgör utgångspunkten i svensk kontraktsrätt, är det viktigt att fastställa vilket utrymme den tvingande transporträttsliga lagstiftningen lämnar parterna att själva gestalta sina mellanhavanden. Denna fråga kan omvänt formuleras som en fråga efter vilka rekvisit som måste vara uppfyllda för att de transporträttsliga lagarna och konventionerna skall vara tillämpliga. Endast när de är tillämpliga kan de effektivt frånta parterna rätten att själva bestämma innehållet i sina inbördes förpliktelser och rättigheter.

För att transportlagstiftningen skall bli tillämplig krävs för det första ett avtal om godsbefordran. Vad avser sjötransport- liksom nationell järnvägstransport- och vägtransporträtt stadgas i de relevanta bestämmelserna att lagstiftningen förutsätter ett avtal mellan avsändare och fraktförare för att den skall bli tillämplig.²⁸ För lufttransporträtten stadgas i art. 1 Montrealkonventionen (som enligt 9 kap. 2 § 1 st. luftfartslagen (1957:297) gäller som svensk lag, och det enligt 3 § 1 st. i samma kapitel även avseende nationell luftbefordran) att en luftbefordran som omfattas av konventionen skall vara "for reward", vilket alltså innebär att parterna måste ha slutit avtal om vederlag för transporten. Undantaget i andra meningen – avseende situationer i vilka transporten utförs gratis av ett lufttransportföretag – innebär också att ett avtal om befordran måste föreligga, då det benefika inslaget rimligen måste anses utgöra ett avtalsvillkor som parterna måste komma överens om. Vidare anses ett lufttransportföretag vara ett sådant företag som vanligtvis – och detta torde innebära för vinnings skull – genomför lufttransporter.²⁹ Sådana företag kan knappast antas acceptera gods för transport utan att ett avtal om transport föreligger.

Problematiserande är endast den internationella järnvägstransporträtten i det att det stadgas att de internationella reglerna skall tillämpas på "all consignments of goods for carriage under a through consignment note made out for a route over the territories of at least two States [...]" (art. 1 § 1 Uniform Rules for International Carriage of Goods by Rail; CIM). Det framgår emellertid klart att reglernas effekt är att avtal om godsbefordran krävs, då befordringsavtalet enligt art. 11 § 1 CIM uppkommer när järnvägen accepterat godset för befordran (det handlar således här om ett äkta så kallat realavtal). Det är således otänkbart att internatio-

²⁸ Jfr 13 kap. 2 § 1 st. sjölagen, art. II Haag-Visby-reglerna, 1 § VTL, art. 1.1 CMR och 3 kap. 1 OCH 2 § JTL.

²⁹ Ingo Koller, *Transportrecht. Kommentar* [Koller, *Transportrecht*], 4:e upplagan, C.H. Beck, München 2000, s. 1213 f.

nell befordran på järnväg sker utan att ett avtal om sådan befordran föreligger.³⁰

Att ett avtal krävs för att den tvingande transporträttsliga lagstiftningen skall vara tillämplig utgör emellertid i sig inte något slutligt svar på frågan vilket utrymme den transporträttsliga lagstiftningen lämnar parterna att vid ospecificerade transporter själva gestalta sitt mellanhavande. Det finns nämligen i detta avseende två tänkbara alternativ.³¹ Det första alternativet är att det för den tvingande lagstiftningens tillämpning är tillräckligt att ett avtal om godsbefordran *av vilket slag som helst* föreligger. Vilket av de olika systemen som i det individuella fallet skall tillämpas skulle i sådant fall avgöras när parterna tvistar om en eventuell transportskada eller ett dröjsmål i transporten – valet av rättsligt system skulle i så fall vila på en *ex post facto*-bedömning av var i transportkedjan skadan eller dröjsmålet uppkommit.³²

Det andra alternativet är att det *redan vid avtalslutet* med någon säkerhet måste framgå vilket transportmedel och vilken typ av transport – nationell eller internationell – som avses för att de relevanta regelsystemen skall vara tillämpliga. Detta tolkningsalternativ skulle i avsevärd utsträckning snäva in den transporträttsliga lagstiftningens direkta tillämpningsområde och således leda till att många moderna transporter måste bedömas på allmänna och dispositiva grunder istället för med ledning av detaljerad lagstiftning. För att underlätta förståelsen kommer det första alternativet härafter att kallas för det faktiska alternativet, medan det andra alternativet kommer att kallas för avtalsalternativet.

Redan vid en första teoretisk betraktelse kan konstateras att det faktiska alternativet har vissa utomobligatoriska drag, eller att det åtminstone inte vilar på klara kontraktsrättsliga grunder. Medan avtalsalternativet tvivelsutan systematiskt sett utgör en del av kontraktsrätten – eftersom det kräver att ett visst specificerat kontraktuellt löfte föreligger – har den för det faktiska alternativet kännetecknande *ex post facto*-bedömningen starka drag av den skönsmässighet som utmärker utomkontraktuella bedömningar. Om parterna inte i avtalsögonblicket vet på vilket transportmedel godset kommer att forslas, kan de inte heller förutse vilka regler som kommer att gälla för deras förhållande. Detta gäller även i de fall då galdenären kanske redan vet vilket transportmedel han tänker använda,

³⁰ Detta gäller förstås endast såvida inte någon smugglat godset ombord, vilket dock knappast heller kan tänkas aktualisera frågor om huruvida järnvägen är ansvarig för godset enligt CIM.

³¹ Jfr Ramberg, *Transport Operators*, s. 137

³² Denna plats där skadan eller dröjsmålet uppkommit kan vara nog så svår att bestämma, särskilt vid modern containertransport; jfr det som ovan sagts om lokaliseringsproblemet.

men inte kommunicerar detta till borgenären. Borgenären har vid ospecificerade transportlöften ingen möjlighet att förutse under vilka regler en rättslig bedömning i händelse av tvist kommer att lyda. I princip inskränker sig alltså hans horisont dels till de allmänt gällande utomobligatoriska förpliktelserna att inte skada motparten, dels till de allmänna kontraktsrättsliga reglerna. Tillämpas sedan på grundval av en *ex post facto*-bedömning detaljerade transporträttsliga regler på förhållandet, har detta i grunden samma handlingsdirigerande effekt som en tillämpning av det allmänna culpakravet på utomobligatoriska förhållanden. Sägs reglerna dessutom vara tvingande tillämpliga och inte kunna frångås genom kontraktsbestämmelser, innebär detta att det faktiska alternativet, liksom alla tillämpningar av tvingande rätt i ett kontraktsrätligt sammanhang, har starka offentlighetsrättsliga inslag: samhället ställer sitt eget intresse av att vissa avtal skall utformas på ett visst sätt över parternas intresse att kunna utforma sitt avtal som de själva tycker är lämpligt. Skillnaden mot annan tvingande kontraktsrätt – såsom till exempel konsumenträtten, men också transporträtten vid specificerade transporter – ligger i att vid annan tvingande kontraktsrätt parterna i avtalet kan antecipera den tvingande rättens innehåll. Vid ospecificerade transportlöften, där rättsreglernas tillämplighet avgörs *ex post facto*, är detta inte verkligen möjligt och det faktiska alternativet avlägsnar sig därför från kontraktsrättens centrala fundamenta.

Det faktiska alternativet har dock stöd i förarbetena till lagen (1974:610) om inrikes vägtransport. Departementschefen uttalade avseende situationer i vilka befordringssättet inte stått klart vid avtalstillfället och i vilka fråga är om en unimodal transport:

I sådana situationer får parterna anses vara överens om att avtalet, för den händelse transporten faktiskt utförs med vägfordon, skall vara ett vägtransportavtal och underkastat de regler som gäller för sådana avtal, medan det, om transporten i stället sker med t.ex. flyg, skall anses vara ett avtal om flygtransport och underkastat de regler som gäller för sådana transporter. Där emot kan det inte anses överensstämma med de rättspolitiska värderingar som ligger till grund för lagstiftningen, att låta vägtransportlagen bli tillämplig endast i de fall då parterna från början uttryckligen har slutit avtal om lastbilstransport. I så fall skulle transportören genom att låta frågan om transportmedlet stå öppen kunna undgå att de i transportkundens intresse meddelade tvingande bestämmelserna blir tillämpliga.³³

Ett stycke längre fram i texten framhålls emellertid följande:

Om emellertid transportören väljer att utföra transporten med ett transportmedel som avsändaren inte haft anledning räkna med ställer sig saken

³³ Prop. 1974:33 s. 62

något annorlunda. I sådant fall torde inte de regler som gäller för det användande transportmedlet utan vidare kunna anses tillämpliga, i vart fall inte i den utsträckning som dessa regler är mindre förmånliga för transportkunden än de regler som han haft anledning räkna med skulle komma till användning. Han kan bl.a. ha bestämt omfattningen av sitt varuförsäkringskydd med utgångspunkt i att transportören skulle bära en större del av transportrisken.³⁴

Uttalandet om det rättspolitiska syftet med lagen är som sådant odiskutabelt. Det som emellertid inger betänkligheter är det sätt på vilket departementschefen rekommenderar att det rättspolitiska syftet skall förverkligas. För det första utgör det en klar och tämligen diskutabel fiktion att anta att det faktum att parterna inte kommit överens om ett bestämt transportsätt innebär att de överlåtit till fraktföraren att bestämma vilken lagstiftning som skall bli tillämplig på avtalet (inte endast att bedöma vilket transportsätt som är mest ändamålsenligt när transporten väl skall verkställas).³⁵ I regel torde man kunna anta att fraktföraren är mycket mera välorienterad än kunden om vilka ansvarsbegränsningar som gäller enligt de olika transporträttsliga systemen; att förutsätta att kunden givit fraktföraren rätt att välja mellan VTL:s förhållandevis rimligt tilltagna och sjölagens mycket lägre ansvarsbegränsning är nog att lägga en rätt stor börda på den som söker expertis och att ge den som sitter inne med expertisen en tämligen stor frihet att själv bestämma det egna ansvaret. För det andra är det argument som framförs med avseende på VTL:s tillämplighet i situationer då godset transporteras på ett sätt som kunden alls inte behövt räkna med – att nämligen kunden har ett berättigat intresse av att i förväg kunna bedöma bland annat sitt försäkringsbehov – lika giltigt även när det är klart att endast några av de fyra transportsätten kommer i fråga.

Lösningen torde ligga i att det förvisso inte kan krävas att parterna ”från början *uttryckligen* har slutit avtal om lastbilstransport” [min kursivering], men att det åtminstone tolkningsvis skall framgå med någon säkerhet vilket transportsätt som parterna kommit överens om. Om ett sådant krav inte ställs är transportkunden helt i händerna på fraktföraren

³⁴ Prop. 1974:33 s. 62

³⁵ Departementschefens resonemang tycks gå ut på att parterna givit en av dem – fraktföraren – rätt att fylla i en central avtalsbestämmelse. Situationen skulle kunna jämföras med köp vid vilka priset inte är bestämt. Det kan förvisso finnas fog för att anta att sådana avtal ibland förekommer, särskilt vad gäller priset vid köp. Det finns dock mycket grundläggande skillnader mellan att lämna en individuell bestämmelse i avtalet öppen och att lämna frågan om vilka rättsregler som skall tillämpas på förhållandet öppen. I det senare fallet är det en fiktion att anta att kunden verkligen vill ge sig helt i händerna på fraktföraren, eller i förevarande fall logistikern.

och den situation som departementschefen säger sig vilja undvika – att nämligen fraktföraren kan bestämma vilket ansvarssystem han skall lyda under – är ett faktum. Ett exempel kan förtydliga detta. Vid transport från Malmö till Köpenhamn har fraktföraren nog i regel ett förhållandevis fritt val mellan samtliga transportsätt: godset kan transporteras med lastbil eller med järnväg över Öresundsbron, det kan fraktas med fartyg till Köpenhamn eller flygas från Sturup till Kastrup. Vid ospecificerade transporter skulle alltså enligt departementschefens resonemang fraktföraren kunna välja om han vill lyda under sjörättens ansvarsbegränsning på 2 SDR³⁶ per kilo, eller om han hellre vill låta kunden njuta förmånen av en ansvarsbegränsning enligt lufttransporträtten – med 17 SDR per kilo. Vilken ansvarsbegränsning som gäller skulle visa sig först när godset väl är på väg – transportkunden skulle i så fall inte ha någon möjlighet att förutse sin rättsliga position i händelse av tvist.

Kravet på förutsebarhet vid multimodala transporter har även diskuterats internationellt.

I det engelska fallet *Quantum Corporation Inc. v. Plane Trucking Ltd.* [2002] 2 Lloyd's Rep. 25 var fråga om en transport från Singapore till Dublin. Hela transporten avvecklades under en luftfraktsedel, men *de facto* flögs godset till Paris och skulle därifrån forslas med lastbil till Dublin. Liknande transportavtal mellan samma parter hade tidigare avvecklats på samma sätt. Godset stals dock i England, och frågan mellan käranden och svaranden i förevarande fall var huruvida lufttransport- eller vägtransporträtten var tillämplig. Den för käranden intressanta aspekten av att tillämpa vägtransporträtten låg i att svarandens ansvarsbegränsning enligt den i så fall tillämpliga konventionen skulle gå förlorad, medan den vid en tillämpning av lufttransporträtten skulle kvarstå.

I första instans fann Tomlinson J. att avtalet inte på något sätt kunde beskrivas som ett avtal "för" vägtransport, och att därför den vägtransporträttsliga konventionen CMR inte kunde vara tillämplig. Istället tillämpade han den luftföretsliga Warszawakonventionen. Domen överklagades, och i Court of Appeal var alltså en av frågorna vilken betydelse ordet "för" skulle ha i sammanhanget.

Mance L.J. avgav domen; Aldous L.J. och Latham L.J. instämde i hans bedömning av frågorna. Mance L.J. bedömde frågan med ledning av fyra hypotetiska situationer:

There is a range of possibilities, each of which may actually lead to goods being carried by road internationally. Thus: (a) the carrier may have promised unconditionally to carry by road and on the trailer, (b) the carrier may

³⁶ SDR står för "Special Drawing Rights" eller, i svensk översättning, "särskilda dragningsrätter". Termen syftar på en beräkningsenhet hos Internationella valutafonden som baseras på en såkallad korg av olika viktiga valutor; värdet av 1 SDR fluktuerar således.

have promised this, but reserved either a general or a limited option to elect for some other means of carriage for all or part of the way, (c) the carrier may have left the means of transport open, either entirely or as between a number of possibilities at least one of them being carriage by road, or (d) the carrier may have undertaken to carry by some other means, but reserved either a general or a limited option to carry by road.³⁷

Det viktiga alternativet för diskussionen i förevarande sammanhang är alternativ (c), eftersom det just handlar om ospecificerade transportlöften. Mance L.J. uttalade sig på följande sätt:

In case (c), the contract never promised, but it permitted and the carrier elected for the carriage by road. There seems on the face of it good reason to treat such a contract as being a contract "for" – in the sense of "providing for" or "permitting" – the carriage of goods by road which actually occurred under its terms.

17. A further point is that, if the carrier had elected to carry internationally by air, there would have been no doubt about the application of the otherwise applicable Convention on air carriage. Although the trigger to the application of CMR is the contract for carriage by road, it seems to me desirable to interpret that phrase in a manner which dove-tails the application of the two regimes as far as possible.³⁸

Resultatet blev att CMR ansågs tillämpligt. Medan det måhända finns anledning att instämma i detta resultat³⁹, förefaller argumentationen märklig; att tolka ordet "for" i frasen "contracts for the carriage of goods by road" som "permitting" förefaller åtminstone för den som inte själv är modersmålstalare vara en något ansträngd tolkning av ordet.⁴⁰ Det tycks ligga en mycket mera målinriktad konnotation i ordets användning i detta fall än Mance L.J. accepterade.⁴¹ Men även det andra argumentet,

³⁷ Para. 15

³⁸ Para. 16 och 17

³⁹ Gillande Malcolm A. Clarke, *The Line in Law Between Land and Sea*, [2003] Journal of Business Law 522; av en annan åsikt är dock Ingo Koller, Quantum Corporation Inc. v. Plane Trucking Limited und die Anwendbarkeit der CMR auf die Beförderung mit verschiedenen Transportmitteln [nedan Koller, *Anwendbarkeit*], Transportrecht 2-2003, s. 45

⁴⁰ Se för kritik med ledning av konventionens franska text Koller, *Anwendbarkeit*, s. 45, på s. 47

⁴¹ Se de olika förklaringar och exempel som anges i Cambridge Advanced Learner's Dictionary för sökordet "for"; <http://dictionary.cambridge.org>. Den tolkningsmöjlighet som finns och som skulle bli meningsfull är att se en språklig parallellitet mellan *contract for the carriage of goods by road* och *rules for football*. Parallelliteten skulle ligga i att varje gång fotboll spelas reglerna *for football* blir tillämpliga, och på samma sätt skulle reglerna i CMR bli tillämpliga varje gång avtalet är *for carriage of goods by road*, eller – annorlunda uttryckt – varje gång transport på landsväg förekommer. En sådan tolkning förefaller dock synnerligen ansträngd, och det kan misstänkas att Court of Appeal resonerade

att konventionerna bör sammanfogas så nära som möjligt, låter märkligt: det fanns inget tvingande i att finna att CMR var tillämpligt över huvud taget, annat än att en tillämpning av lufttransporträtten i förevarande fall hade utfallit till svarandens fördel. Man hade kunnat argumentera formellt att transporten skedde enligt ett löfte om luftfrakt, och att därför lufttransporträtten var tillämplig. Men även om man inte ville acceptera ett sådant resultat hade man med ledning av de tidigare transporterna kunnat argumentera att det mellan parterna måste ha varit underförstått att transporten mellan Paris och Dublin skulle ske med lastbil, och att det därför – luftfraktsedeln till trots – hade träffats avtal om två transporter, nämligen dels en lufttransport mellan Singapore och Paris, dels en lastbilstransport mellan Paris och Dublin. Domen i detta fall måste anses vara ett typiskt exempel på en *ex post facto*-bedömning, där förment logiska argument leder till ett resultat som man uppfattar som rättvist. Man kan undra om CMR hade varit tillämpligt om denna konvention i stället för lufttransportkonventionen hade givit transportören en kvarstående ansvarsbegränsning.

Som diskussionen av förarbetena till VTL och av *Quantum Corporation Inc. v. Plane Trucking Ltd.* visar är de skäl som anges för att tillämpa de unimodala transportreglerna på ospecificerade transporter inte riktigt bärande. Detta leder till att avtalsalternativet bör anses vara den rätta lösningen, eftersom den är mera koherent: för att den tvingande transportlagstiftningen skall bli tillämplig måste således krävas att avtalet eller omständigheterna före eller vid dess tillkomst ger stöd för tolkningen att ett visst transportsätt skall användas. Accepteras detta är därför vid ospecificerade transportlöften den tvingande transportlagstiftningen inte tillämplig – i vart fall inte direkt – och rättstillämparen finner sig i en situation där en betydande frihet och således även osäkerhet råder.

2. Denna osäkerhet kan i och för sig tänkas bli utnyttjad av mindre nogräknade fraktförare som faller för frestelsen att använda sig av långtgående ansvarsfriskrivningar.⁴² Det kan särskilt tänkas vara i strid med

”baklänges” från det önskade resultatet till en motivering av resultatet. Se närmare kritiken ovan i den löpande texten.

⁴² Det bör dock uppmärksammas att det redan idag finns fall i vilka ingen internationell konvention, och heller ingen annan tvingande lagstiftning, är tillämplig. Ett sådant fall utgörs av *Dairy Containers Ltd. v. Tasman Orient Line CV*, [2004] 2 Lloyd's Rep. 647, där en sjötransport mellan Korea och Nya Zeeland låg utanför Haag-Visby-reglernas tillämpningsområde; det kan noteras att det här till och med handlade om en unimodal styckegodstransport, som alltså vanligtvis täcks av tvingande lagstiftning. Veterligen har dessa fall, i vilka ingen tvingande lagstiftning finns, inte föranlett några mera allvarliga klagomål från transportbranschen eller dess kunder.

konsumentintressen om transportörerna inte är bundna av tvingande lagstiftning som garanterar åtminstone ett visst minimiskydd.

Häremot är emellertid att invända att de flesta godstransporter som konsumenter direkt har intresse av torde vara lastbilstransporter, och att konsumentavtal också normalt tämligen klart och från början ger stöd för att lastbilen skall väljas och VTL således bli tillämplig. Kombinerade transporter som fenomen tillhör den kommersiella sfären och företag som har behov av kombinerade transporter (typiskt sett exportföretag) borde ha möjlighet att använda sig av sin förhandlingstygnd för att tillgodose sina egna intressen.

Det är nämligen på grund av de i transportlagstiftningen stadgade ansvarsbegränsningarna inte heller så enkelt att transportkunden endast njuter fördelar av att den tvingande transportlagstiftningen är tillämplig. Tvärtom kan – som *Quantum Corporation Inc. v. Plane Trucking Ltd.* visar – ansvarsbegränsningarna i många fall innebära en mycket kännbar nackdel, och skäl saknas därför att utvidga tillämpningsområdet för den tvingande transporträttsliga lagstiftningen mer än nödvändigt. Sedan de flesta av de olika transporträttsliga lagar och konventioner trätt i kraft har svensk avtalsrätt också förändrats på ett grundläggande sätt genom införandet av 36 § avtalslagen. Eftersom domstolar och skiljenämnder med stöd av denna paragraf kan ingripa när en av parterna försöker att utnyttja avtalsfriheten på ett otillbörligt sätt, finns i svensk rätt ingen anledning att begränsa denna avtalsfrihet mer än som direkt framgår av lagstiftningen.

Ett argument för att tillämpa transportlagstiftningen i största möjliga utsträckning är att en sådan vidsträckt tillämpning är ägnad att säkerställa enhetlighet i rättstillämpningen och därigenom rättssäkerhet, samt att i konventionstext förankrade lösningar även befrämjar internationell rättslig enhet och därigenom den internationella handeln. Häremot kan invändas att den tvingande transporträttsliga lagstiftningen i vart fall vid internationella jämförelser hittills inte alls garanterat någon fullständig uniformitet i tillämpningen: konventionerna tolkas på olika sätt i konventionsstaterna och den rättsliga enhet som må finnas på det internationella planet är på sin höjd rudimentär.⁴³ Det är vidare snarast en fråga om tillfälligheter huruvida en skada kan lokaliseras till ett visst transport-

⁴³ Diskussionen i den akademiska litteraturen av olika länders rättspraxis ger exempel på detta: det finns veterligen inget akademiskt verk på transporträttens område som inte uppmärksammar olika tolkningar av samma konventionsstadgande i olika länder. Se till exempel Koller, *Transportrecht*, s. 1029 ff. Avseende den internationella rättsliga splittningen vad gäller CMR, se Schelin, *Ersättning*, s. 14 f.

medel. Den rättsliga enhetlighet som transporträtten sägs leda till är alltså i många fall beroende av slumpen. Därtill kommer att den transporträttsliga lagstiftningen i många delar är föråldrad⁴⁴ och inte alltid är lämpad att användas på moderna integrerade transporter.

Samtidigt som alltså lagstiftarens val att göra den transporträttsliga lagstiftningen tvingande måste respekteras finns det ingen anledning att vidga området för tillämpningen av denna lagstiftning mer än nödvändigt. Avtalsalternativet utgör den bästa kompromissen mellan respekt för tvingande lagstiftning och den moderna transportnäringen och har således även stöd i en teleologisk analys av problemområdet.

Sammanfattningsvis kan sägas att logistikerns löfte förvisso i vissa fall kan tolkas som ett löfte om transport. Mot vilken rättslig bakgrund detta löfte sedan skall bedömas bör vara beroende av huruvida det avser ett specifikt transportmedel, eller om transportlöftet måste anses vara obestämt. Med denna utgångspunkt kommer avseende specifika transportlöften den juridiska bedömningen i hög grad att styras av den tillämpliga tvingande lagstiftningen på respektive område med hänsyn tagen till den numera rika floran av olika rättsfall som ansluter till lagstiftningen. När det gäller ospecificerade löften måste bedömningen å andra sidan enligt denna modell vara friare och styras av allmänna överväganden.⁴⁵ Vilka dessa överväganden är kommer att framgå närmare nedan och av resten av detta arbete.

3.4.2.3 *Blandade avtal*

Vissa avtal är såkallade blandade avtal. Den som till exempel bygger en maskin av eget material, säljer denna maskin och hyr ut personal som under ett initialskede skall lära upp köparens anställda i hanteringen av maskinen, kan anses ha slutit dels ett avtal om köp av en maskin, dels ett tjänsteavtal avseende undervisning. I den mån parterna ser åtagandena som distinkta och inbördes oberoende innebär ett sådant synsätt inget problem. Det blir dock betydligt mera problematiskt när parterna anser förhållandet avse ett sammanhållet åtagande – som till exempel när undervisningen av de anställda anses vara en del av maskinens intrimning –, medan juristen ser en uppsjö olika delåtaganden som måste bedömas vart för sig. Ett exempel skulle vara om man från juridiskt håll såg ett avtal om

⁴⁴ Ett känt tecken på denna ålderstigenhet är problemen att hantera containertransporter inom ramen för befintlig lagstiftning. Se Nicholas Gaskell, Regina Asariotis, Yvonne Baatz, *Bills of Lading: Law and Contracts*, Lloyd's of London Press, London 2000, s. 210.

⁴⁵ Ramberg, *Transport Operators*, s. 136 ff.

totalentreprenad som ett avtalsknippe, innehållande exempelvis avtal om försäljning av stenar och spikar, avtal om byggnationsledningstjänster, avtal om finansiering med mera. Bedömningarna skulle bli så mångskiftande och varierade att det nog praktiskt skulle bli omöjligt att hantera denna flora av rättsfigurer på ett ekonomiskt rationellt sätt. Det måste anses underlätta såväl det praktiska som det juridiska arbetet om marknadens och juridikens synsätt är samstämmiga.

Detta är förvisso inte alltid möjligt: parterna kan tänkas vilja kringgå regler som de upplever som besvärande genom att ge sitt avtal en viss vilseledande rubrik eller genom att förespegla att de kommit överens om ett sammanhållet åtagande, medan det i själva verket är klart dem emellan att avtalet handlar om en mängd olika förpliktelser. Här gäller den gamla juridiska maximen att *falsa demonstratio non nocet*. Det är således inte givet att ett avtal skall ses som sammanhängande och tillhörande en viss avtalstyp, bara för att parterna *påstår* att det är det de ville åstadkomma. Det som är avgörande är vad avtalet och dess egna bestämmelser sedda i ljuset av relevanta tolkningsdata syftar till.

Som så ofta inom juridiken kan det därför inte formuleras en eller två maximer som allena och utan hänsyn till den individuella situationen kan avgöra huruvida ett visst avtal skall anses utgöra ett enhetligt regelkomplex eller ett blandat avtal. Det enda som låter sig göras är att det anges hur idealtyperna på ömse håll ser ut, vilka avtal som typiskt sett utgör enhetliga regleringar och vilka som typiskt sett måste ses som blandade. Eventuella gränsdragningsproblem i det enskilda fallet måste sedan lösas på grundval av konkreta fakta.

Det som emellertid är viktigt är att det bör finnas en strävan efter att uppnå harmoni mellan marknadens och marknadsaktörernas synsätt, och juridikens. Det är en generell nackdel när juridiken visar sig oförmögen att följa marknadens synsätt och laborerar med detaljerade individuella bedömningar där marknadsaktörerna ser ett övergripande avtal. Förekomsten av blandade avtal bör alltså i möjligaste mån undvikas. Detta ställningstagande kommer att prägla den fortsatta diskussionen.

När det nu är klart att transporträttens tvingande bestämmelser inte nödvändigtvis är direkt tillämpliga på logistiken och att avtal som på marknaden ses som sammanhållna och enhetliga också vid en juridisk betraktelse bör ses på samma sätt, är vägen fri att närmare diskutera innehållet i logistiklöftet.

3.5 Vad är logistik?

3.5.1 Begreppet ”logistik”

Innebörden av termen ”logistik” är mycket oklar. I detta arbete ses logistiken som en vidare utbyggnad och integration av spedition och transport. Med andra ord är logistiken inte något helt nytt, utan utgör den organiska och logiska vidareutvecklingen av en trend som funnits i transportnäringen åtminstone sedan containertransporternas genombrott, nämligen trenden att transportväsende och spedition integreras. Skillnaden mellan spedition, logistik, tredjepartslogistik och fjärdepartslogistik utgör därför ofta ingen art-, utan en gradskillnad. Det nya i den moderna transportlogistiken är snarast att det är en och samma part, nämligen logistikern, som erbjuder många olika och ofta alla transportanknutna tjänster ur samma hand. Det som hittills i arbetsdelningens tecken varit uppdelat på många olika parter erbjuds alltså numera av en part allena. Detta utgör det konceptuella kärnproblemet vad avser den juridiska behandlingen av logistiken.

Man hör ibland talas om ”kringtjänster” när det gäller logistik.⁴⁶ Ofta avses härvid tjänster som förtullning eller lagerhållning, men någon klar avgränsning av vad som utgör kringtjänster förefaller inte finnas. Själva ordet kringtjänster väcker en känsla av att de tjänster som avses är perifera, på något sätt inte så viktiga för logistikerns åtagande. När i detta avsnitt frågan ställs om logistikavtalets juridiska natur, är det dock oundgängligt att vara klar över vad som är centralt och vad som är perifert i avtalstypen. Frågan är alltså dels huruvida man kan göra en indelning i huvud- och kringtjänster, dels hur gränsen mellan dessa två typer av åtaganden i så fall skall dras. Förutsatt att uppdelningen avser en reell skillnad mellan olika förpliktelser uppkommer vidare frågan huruvida kringtjänster utgör en integrerad del i logistikerns åtagande eller om de bör anses vara tilläggstjänster som kan men inte behöver omfattas av ett logistikåtagande.

⁴⁶ Ett uttalande i skrift om kärn- och kringtjänster har inte kunnat finnas. Begreppsparet låg till grund för ett föredrag på seminariet *Transportören, speditören, logistiken och juridiken* den 25 april 2002 i Göteborg. Föredraget utgick från det arbete på denna framställning som dittills hade hunnits med, och texten i detta kapitel liknar därför i vissa avseenden texten i det publicerade bidraget; jfr Jakob Heidbrink, *S.k. kringtjänster – tilläggsuppgifter eller integrerad del i logistikuppdraget?*, i Svante O. Johansson (red.), *Transportören, speditören, logistiken och juridiken – ett seminarium*, Svenska sjörettsföreningen, Skrifter 76, Stockholm 2003, s. 45. Se även Pontus Moberg, *Logistikens tjänsteutveckling på kollisionskurs med traditionell mellanmansrätt* [nedan Moberg, *Logistikens tjänsteutveckling*], a.a., s. 57, som talar om ”tilläggstjänster” (på s. 59).

För att kunna besvara dessa frågor måste först prövas om en uppdelning i olika kategorier av tjänster över huvud taget kan göras och vilka tjänster som i så fall skulle kunna anses utgöra kärntjänsterna i ett logistikavtal. Med denna första analys av logistikavtalet som utgångspunkt kan sedan i förekommande fall frågan behandlas om hur kärn- och kringtjänsterna bör behandlas juridiskt.

3.5.2 Kärn- och kringtjänster – en ändamålsenlig uppdelning?

Beteckningen ”kringtjänster” förutsätter som sagt redan på det språkliga planet ”kärntjänster” runt vilka kringtjänsterna kan gruppera sig. För att kunna företa en förnuftig och ändamålsenlig analys av kringtjänsterna måste man därför för avgränsningens skull identifiera de kärntjänster som logistikern utlovar.

Detta är nu inte alldeles enkelt. Varken i § 2 NSAB eller i FIATA:s beskrivning av vad som utgör speditiöns- och logistik-tjänster nämns någon kärna, utan istället räknas upp en mängd olika tjänster. Näringsens egna dokument och definitioner ger alltså ingen ledning.

Både ekonomiskt och rättshistoriskt är speditiönsväsendet logistikens föregångare. Det torde alltså med fog kunna påstås att kärnan i logistik-tjänsten utgörs av speditiöns-tjänsten, och att logistikern sedan vidareutvecklat denna samt lagt till just kringtjänster. Problemet är bara att det är synnerligen oklart vad som utgör spedition. Den traditionella definitionen av spedition har i Norden varit den som tyska HGB innehåller, nämligen att spedition är ett avtal vari någon åtar sig att i eget namn men för annans räkning sluta fraktavtal.⁴⁷ Men det är sedan länge klart att speditören *de facto* gör mycket mer än att endast sluta fraktavtal; speditörens mångskiftande åtaganden har inbringat honom epitetet ”mellanmansrättens kameleont”.⁴⁸ Man kan också se speditiönsavtalets generellt obestämda innehåll i uppräknningen i ingressen till § 2 NSAB, eller i FIATA:s definition. Speditiönsavtalet kan alltså inte utgöra utgångspunkten för en identifikation av logistikavtalets kärntjänster.

Av historiska skäl sägs ofta förmedling utgöra en kärnfunktion i speditörens och därför även logistikerns åtagande.⁴⁹ Med förmedling avses då det faktum att varken speditören eller logistikern organiserar transporter eller delar av transporter i eget intresse, trots att de ofta gör det i

⁴⁷ Jfr avseende detta och de följande anmärkningarna om speditiönsavtalets rättsliga natur Ramberg, *Spedition*, 8 ff.; se även § 453 I HGB.

⁴⁸ I svensk miljö veterligen för första gången använt i Grönfors, *Speditiönsvillkoren*, s. 11.

⁴⁹ Hugo Tiber, Rolf Dotevall, *Mellanmansrätt* [nedan Tiber, *Mellanmansrätt*], Nionde upplagan, Norstedts juridik, Stockholm 1997, s. 133

eget namn: de förmedlar tjänster i den bemärkelsen att de köper in tjänster som sedan någon annan, nämligen kunden, skall dra nytta av.

Inte heller den hävdvunna beteckningen "förmedling" leder dock vidare. Både ekonomiskt och juridiskt sett finns det nämligen många olika funktioner som måste anses utgöra förmedling. Från det juridiska området kan nämnas mäklare, kommissionärer, fullmäktige (som åtminstone förmedlar viljeförklaringar), och rent ekonomiskt kan till och med återförsäljare i vissa avseenden betecknas som förmedlare (nämligen av gods och – i praktiken ofta förekommande – garantiåtaganden från producenten till slutkunden). Poängen är att den juridiska behandlingen av dessa olika typer av avtal av praktikabilitetsskäl och för att kunna påstås vara realitetsförankrad måste ta olika hänsyn, att en enhetlig behandling av de funktioner som gärna kallas för "mellanman" inte är möjlig. Frågorna är alltför skiftande för att få enhetliga svar. Man kan alltså säga att beteckningen "förmedlare" eller "mellanman" i sig inte innebär att bestämda rättsföljder inträder, utan att dessa beteckningar på sin höjd kan utgöra en grov fingervisning om att den person som avses inte har de intressen som typiskt sett ligger till grund för en rättshandling. Beteckningen utgör en indikation på att man i den på tvåpartsrelationer uppbyggda civilrätten ibland måste ta hänsyn till en utomstående tredje part. Härmed är inte mycket vunnet när det rör sig om frågan vilka tjänster som inom logistikväsendet skall anses utgöra kärn- och vilka tjänster som måste anses utgöra kringtjänster.

Ytterligare en möjlighet att komma avgränsningen mellan kärn- och kringtjänster på spåret skulle kunna vara att utgå ifrån att transportanknutna tjänster utgör kärntjänsterna och att tjänster som inte direkt har med transport att göra är att anse som kringtjänster. Inte heller denna väg är dock framkomlig, eftersom med detta perspektiv frågan blir vad som skall anses utgöra transportanknutna tjänster. Redan när det gäller lagringstjänsterna kan man lätt komma in i en logisk återvändsgränd: å ena sidan har transport självklart med förflyttning att göra, och lagring lika självklart med att saker och ting står stilla; å andra sidan kan åtminstone integrerade transporter inte tänkas utan att lagring kommer in i bilden. När man emellertid en gång sagt att lagring är en så integrerad del av transporttjänsten att den måste räknas till transporten⁵⁰ har man övergivit de logiska begränsningarna för vad som skall anses utgöra transportanknutna tjänster: för transport är det lika nödvändigt att godset förpackas som att det ibland måste lagras – hör därför förpackning till transporten? Detsamma gäller frågan om sammanfogning av komponenter före det att

⁵⁰ Att ett sådant synsätt inte är verklighetsfrämmande visas bland annat av det utsträckt transportöransvaret vid lagring efter transport enligt § 27 A. NSAB.

godset kommer fram till slutkunden: man kan se denna sammanfogning som ett ekonomiskt nödvändigt led i att godset på ett meningsfullt sätt rör sig från utgångsläget A till slutläget B – är därför en tillverkningstjänst att anse som transport? Inte heller kan den logiska cirkeln brytas om man utgår ifrån att endast kontrahering av lastkapacitet åt annan utgör kärntjänsten: med ett sådant synsätt skulle man helt enkelt ignorera verkligheten. Det förefaller i högsta grad godtyckligt att ur den massa olika tjänster som logistikern regelmässigt erbjuder av historiska skäl plocka ut en tjänst som förklaras vara kärnan i åtagandet. Poängen är dels att endast upphandling av transportkapacitet åt annan är en avgränsning som är alldeles för snäv för att göra rättvisa åt dagens logistikindustri, dels att gränsen mellan vad som utgör transport och vad som inte gör det många gånger blir så godtycklig att man lika gärna kan vara utan den. En uppdelning i kärn- och kringtjänster låter sig helt enkelt inte göras på logiska grunder, vilket torde vara ett indicium på att denna distinktion inte avspeglar reella skillnader i den ekonomiska verkligheten.

Svaret på frågan om logistikavtalets juridiska natur ligger just i det faktum att kärn- och kringtjänster inte kan skiljas åt. Utgångspunkten är det som typiskt sett kan tänkas vara logistikens mål och syfte.

3.5.3 Det sammanhållna logistiklöftet – ett löfte om organisation och förvaltning

Enklast kan frågan efter logistikens mål och syfte kanske besvaras från kundens sida. Det finns fog att anta att det är logistikerns egenskap av "one stop shop" som utgör det för kunden intressanta i hans erbjudande.⁵¹ Istället för att investera mycket egen tid, och därmed pengar, i att söka möjliga avtalsmotparter och i att sätta ihop transportkedjor kontraherar kunden en enda motpart som gör allt åt honom. I ett normalt logistikuppdrag är kunden vanligen inte så intresserad av hur hans gods transporteras eller exakt hur logistikkedjan ser ut; han är bara intresserad av oförväntade störningar i logistikkedjan.⁵² Kunden vill lämna över organisationen och förvaltningen av transportkedjan till någon annan

⁵¹ Se exempelvis Schenker Logistics' produktblad daterat den 1 november 2003, där tjänsten marknadsförs med argumentet att kunden endast skall behöva en samarbetspartner för sina logistikbehov. http://www.schenker.nu/upload/common/archive/schenker/sweden/documents/products/Logistics_produkblad_swe.pdf; även Per-Olov Sköld, *Distributionsavtalet*, i Svante O. Johansson (red.), *Transportören, speditören, logistiken och juridiken – ett seminarium*, Svenska sjörättsföreningen, Skrifter 76, Stockholm 2003, s. 65.

⁵² Se för en liknande argumentation artikeln "IT effektiviserar logistiken" i Svensk logistik 1/2002.

för att kunna koncentrera sig på sin kärnverksamhet.⁵³ Kunden lämnar alltså inte i egentlig bemärkelse transporten ifrån sig, utan snarare organisationen av transporten: han gör sig av med sin transportavdelning.

Från logistikerns sida torde förhållandet vara likartat: det viktiga är att transporten organiseras, att organisationen implementeras på ett sätt som minimerar störningar och att transportkedjan övervakas så att han snabbt skall kunna reagera om och när störningar ändå uppträder. Logistikern hanterar transportdokumenten åt kunden, förtullar varor, hyr in lagerkapacitet med flera åtaganden. Han är en transportförvaltare, inte en transportör, även om han arbetar i en transportindustriell miljö.

Detta perspektiv på logistikavtalet är välförankrat i den ekonomiska verkligheten. Utifrån detta perspektiv blir indelningen av logistikerns tjänster i kärn- och kringtjänster irrelevant. Det finns endast en logistik-tjänst som sammanfattningsvis kan beskrivas som ett åtagande att organisera, implementera och förvalta en transportkedja. Alla logistikerns handlingar är underordnade detta mål. Logistikavtalet bör därför anses som ett managementavtal i linje med de avtal som förekommer inom sjöfarten för förvaltningen av fartyg.⁵⁴

Av påståendet att det finns ett sammanhållet logistiklöfte följer emellertid inte automatiskt att detta löfte måste få en enhetlig juridisk behandling. Det är främst två invändningar mot en enhetlig juridisk behandling av logistiken som gör sig gällande: dels handlar det om invändningen att logistik med nödvändighet implicerar ett löfte om transport, och att det inte finns utrymme för ett från transporträtten fristående logistiklöfte. Dels kan invändas att det enda riktiga är att behandla logistikern efter situation och *ad hoc*-mässigt, att alltså se honom som kommissionär, fullmäktige eller egenhandlare – med mera – beroende på den individuella situation i vilken han handlar. I så fall skulle logistikavtalet behöva behandlas som ett blandat avtal.

Villkoren allmänt för transporträttens tillämplighet samt de principiella för- och nackdelarna med blandade avtal har diskuterats tidigare, varvid det konstaterats att de tvingande reglerna inte behöver anses vara tillämpliga på ospecifiserade transportlöften. Här är därför frågan huruvida det finns anledning att tvingande tillämpa den transporträttsliga lagstiftningen på just logistikavtalet. Detta aktualiserar också på ett mera konkret sätt frågan huruvida logistikavtalet skall anses utgöra ett blandat avtal.

⁵³ En liknande iakttagelse görs avseende kvantumkontrakt i sjöfarten av Lars Gorton, *Volume Contracts of Affreightment*, Scandinavian Studies in Law, Volume 46, Stockholm 2004, s. 62, under rubriken "General Background".

⁵⁴ Jfr avseende dessa avtal Lars Gorton, *Ship Management Agreements*, J.B.L. 1991, Nov., 562

3.5.4 Enhetligt ekonomiskt åtagande – blandat avtal?

Speditören kan uppträda i snart sagt alla tänkbara civilrättsliga egenskaper, och traditionellt har det sagts att man måste bedöma de juridiska problem hans handlande ger upphov till efter den situation i vilken de förekommer.⁵⁵ Detta innebär att det typiska speditionsuppdraget anses innehålla moment från olika rättsfigurer, och att det individuella speditionsavtalets blandning av de olika elementen måste bedömas *in casu*. Man kan ta vissa kommissionsrättsliga hänsyn, man bör fråga sig om depositionsrättsliga inslag har någon betydelse, eller om speditören i något avseende kan anses ha agerat som transportör eller rådgivare. I speditionsavtalets efterföljd är det frestande att betrakta logistikavtalet på samma sätt.

Detta sätt att se saken har sina fördelar. Den viktigaste av dessa är att man alltid har ett förhållandevis konkret rättskällematerial till sitt förfogande: man gör analogier från köp- eller kommissionslagen, man lutar sig mot prejudikat avseende rådgivaransvar och så vidare. Den osäkerhet som kan vidlåda en mera principiell juridisk argumentation som hämtar sina argument ur kontraktsrättens allmänna läror och principer undviks.

Icke desto mindre kan den differentierade betraktelsen inte garantera någon enhetlighet. Den mycket viktiga frågan exakt vilken rättslig roll speditören eller logistikern skall anses spela i ett särskilt fall kan ofta bedömas först när en konkret tvistesituation är förhanden, alltså *ex post facto*: hur har orden fallit? Kan det anses att speditören uppträtt som kommissionär, eller måste han betraktas som principal i avtalsförhållandet? Är han kanske att anse som fullmäktig i detta speciella fall? Underlaget för den rättsliga bedömningen blir spretigt och ramar som håller samman avtalet finns knappast. Skall man inordna detta betraktelsesätt på den glidande skalan mellan rättvisa och rättssäkerhet ligger det nog närmast rättvisan, i den bemärkelsen att det finns stort utrymme för särskilda hänsyn. Rättssäkerheten är det dock sämre beställt med, vilket måste ses som en brist i detta sätt att se saken. Det finns alltså argument mot att överföra den traditionella speditonsjuridikens synsätt till logistiken.

Det kan dessutom påstås att det speditonsrättsliga betraktelsesättet i själva verket utgör ett bristfenomen. Vid närmare granskning visar sig nämligen att alla de rättsfigurer i vilka speditonsavtalet traditionellt fallit sönder är sådana som arbetats fram under den tidiga industrialismen, att de har sin grund framför allt i den tyska pandektvetenskapen under 1800-talet. Det ligger något i sig märkligt i att bedöma den moderna logistikindustrin enligt måttstockar som tagits fram under en tid då spe-

⁵⁵ Jfr bland annat Tibergh, *Mellanmansrätt*, s. 133 ff.

ditionsväsendet knappt ens hade börjat utvecklas. Den svenska juridiken kan inte för alltid klamra sig fast vid 1800-talets rättsvetenskap, utan måste få behandla det juridiska materialet på ett sätt som passar samtiden.⁵⁶ På grund av det svenska rättssystemets struktur är detta möjligt, men bara om utrymme ges att förhållandevis fritt och med ledning av den konkreta verklighet som råder idag finna nya perspektiv på juridikens källor. Om detta påstående accepteras, träffar den här behandlade invändningen inte sitt mål: det är förvisso möjligt att betrakta logistikavtalet som en blandning av en mängd olika delåtaganden, men det finns inget tvingande i det, utan det här föreslagna enhetliga perspektivet har sitt berättigande, kanske till och med har större berättigande än att se logistikavtalet som ett blandat avtal. Det enhetliga perspektivet torde nämligen ligga närmare det ekonomiska betraktelsesättet på marknaden, och denna typ av verklighetsförankring måste anses ha ett värde i sig.

Det finns därför starka skäl för att anse att logistikavtalet utgör ett enhetligt avtal som skall bedömas efter enhetliga måttstockar.⁵⁷ Liksom andra managementavtal tar det sin prägel av den konkreta verklighet i vilken logistikern arbetar, men detta innebär inte att det skall bedömas efter olika måttstockar beroende på vilken rättsregel i lag eller prejudikat som tycks ligga närmast den individuella förpliktelsen som framgår av avtalet.

3.5.5 Den tvingande transporträtten och den dispositiva logistikrätten

Som sades ovan under 3.3 är det i detta arbete företrädna perspektivet närmast att klassificera som ett *de lege ferenda*-perspektiv. Detta perspektiv stöds i främsta rummet på den ovan angivna kritiken av det traditionella tillvägagångssättet, i synnerhet av tendensen att söka sig till en metodologiskt inte verkligt övertygande användning av transporträtten. Ett *de lege ferenda*-perspektiv bör dock stödjas av fler argument än att det kan tvistas om metodologin. I detta avsnitt framförs därför även mera renodlat rättspolitiskt betonade resonemang avseende lämpligheten av den traditionella och den i detta arbete förespråkade metodologin.

⁵⁶ Jfr Moberg, *Logistikens tjänsteutveckling*

⁵⁷ Av en liknande åsikt här Maria Knoblock, *Logistikerns ansvar för mervärdestjänster utförda i köparens lokaler*, i Svante O. Johansson (red.), *Transportören, speditören, logistiken och juridiken – ett seminarium*, Svenska sjörättsföreningen, Skrifter 76, Stockholm 2003, s. 73, som dock av praktiska skäl väljer att behandla logistikavtalet som ett blandat avtal.

Mot den enhetliga behandlingen av logistikavtalet skulle följande argument kunna anföras. Hur man än vrider och vänder på perspektiven innebär logistik alltid att gods transporteras från ett ställe till ett annat. Detta innebär med lika stor nödvändighet att någon form av tvingande transporträttslig lagstiftning är tillämplig på åtminstone delar av avtalet. Enhetsperspektivet som här förespråkas strandar i sådant fall på transporträtten. Om denna invändning godtas blir följden att det inte finns någon väg förbi det klassiska speditorsrättsliga arbetssättet, att nämligen se avtalet som en blandning av olika delåtaganden som måste bedömas var för sig.

Det finns dock en rad motargument som stöder perspektivet i detta arbete. För det första är det tämligen uppenbart att logistikern erbjuder något annat än en transport i klassisk bemärkelse. Logistikern erbjuder en helhetslösning på kundens distributionsproblem, och även om transport utgör det slutliga syftet med denna helhetslösning innebär inte detta att hela avtalet eller delar därav måste anses utgöra ett transportavtal. En parallell utgörs här av vissa former av köp: en säljare som säljer en maskin fritt köparens lager anses inte därmed ha slutit ett transportavtal, utan anses fortfarande vara en säljare, ingen fraktförare. Icke desto mindre måste han nog anses ha utlovat en transport på samma sätt som en logistiker, som lovar att se till att maskinen är på rätt plats vid överenskommen tidpunkt.⁵⁸ Logistikern kan förvisso sägas stå närmare transportväsendet än den genomsnittlige säljaren, men det finns inget logiskt tvingande i att anse att transporträtten är tvingande tillämplig på den förra, men inte på den senare. Om ett synsätt som i grunden återspeglar näringsens synsätt tillåts i det ena fallet bör det också kunna tillåtas i det andra fallet.⁵⁹

För det andra är den transporträttsliga lagstiftningen – som visats ovan – utan tvivel tillämplig på avtal om sjötransport, om landsvägstransport, om lufttransport och så vidare. Detta innebär att lagstiftningen är tvingande tillämplig när avtal om just den relevanta typen av transport har träffats; framgår inget av avtalet – uttryckligen eller åtminstone med

⁵⁸ Invändningen att detta synsätt beror på att det anses vara köpet, inte transporten, som står i centrum för ett sådant köp har ingen bäring här: transporten av varan utgör utan tvekan en väsentlig del av köpet, och strängt taget borde säljaren därför behandlas som en (kontraherande) fraktförare. Problemet skulle bli särskilt accentuerat vid CIF- och andra, besläktade former av köp, där säljaren alltså efter avlämnandet skulle få behandlas som en fraktförare. Detta innebär ingen kritik mot köprättens arbetssätt, men om man nu bortser från transportmomentet i fall av köp torde det inte finnas något oöverstigligt hinder i rättskällorna att göra samma sak i logistikfallet.

⁵⁹ Här skall för tydlighetens skull påpekas att allt självfallet beror på frågan hur det enskilda avtalet skall tolkas. Det skall inte uteslutas att det finns parter som avtalar om en samling enskilda och något så när individualiserade tjänster; poängen är att detta åtminstone i typsituationen inte torde vara fallet.

någon tydlighet tolkningsvis – om hur transporten skall genomföras är lagstiftningen dock principiellt bara analogt, men aldrig direkt tillämplig. Analoga tillämpningar är dock aldrig i sig tvingande, utan utgör resultatet av rättstillämparens, inte lagstiftarens val. Man kan då argumentera att logistikern i regel inte utlovar något bestämt avseende transporten, utan att han endast lovar att han skall se till att en transportkedja finns till hands. Även om kunden i efterhand skulle få reda på hur logistikern avvecklar godsflödena, blir inte därigenom det tidigare avtalet ett avtal om en specificerad form av transport. Exakt var gränsen skall dras mellan ett transportavtal som sådant och det mycket mera omfattande logistikavtalet är sedan en fråga om en bedömning i det enskilda fallet. I sina typiska tillämpningar torde det emellertid vara ganska klart att det är skillnad mellan ett åkeri eller rederi, och någon som utlovar organisation och avveckling av en integrerad transportkedja. Denna skillnad motive-
rar, trots eventuella gränsdragningssvårigheter i det enskilda fallet, en principiellt olika behandling av de två avtalstyperna, varvid transporträt-
ten inte bör anses vara tvingande tillämplig såvitt avser logistik.

Argumentationen i denna del går alltså ut på att logistik- och transportavtalen förvisso ekonomiskt är hierarkiskt ordnade, men att detta inte har juridiska följder. En logistiker måste, för att kunna fullgöra sitt uppdrag, sluta transportavtal: han uppträder som transportkund i förhållande till transportören. Det faktum att transportören vet att logistikern inte är, och inte heller kommer att bli, ägare till godset, är irrelevant. Det är lika irrelevant som det faktum att sjötransportören kan tänkas veta att CIF-säljaren inte längre står risken för godset när transporten väl kommit igång. I sitt förhållande till sin egen kund är logistikern emellertid en managementkonsult: han tar över kundens transportavdelning och bör inte anses som en kontraherande fraktförare. Han står ekonomiskt och juridiskt närmare logistikkunden än transportören, och hans frihet att organisera transporterna på det sätt han finner lämpligast innebär att han inte heller bör anses avge ett transportlöfte som är konkret nog för att dra med sig transportlagstiftningens tvingande tillämpning. Man bör alltså se logistikern som logistikkundens, inte som transportörens förlängda arm.

Detta gäller även när logistikern överlämnar en fraktsedel eller ett annat transportdokument till kunden. Enligt § 2 A, 2 st. 1) skall speditören anses vara kontraherande transportör när han utfärdat ett transportdokument i eget namn: denna tankegång kan utifrån den ståndpunkt som företräds i detta arbete knappast överföras till logistiken. Då logistikern utgör kundens transportavdelning, bör transportdokumenten närmast anses utgöra en redovisning av uppdraget att implementera logistikkedjan. Skillnaden mellan speditören och logistikern är i detta avseende att speditören typiskt sett torde anlitas för vissa specificerade uppdrag,

medan logistikern enligt det här företrädde synsättet arbetar under ett outsourcingkontrakt. För speditörens del framstår därför utfärdandet av en fraktsedel som avgivande av ett självständigt transportlöfte, medan det för logistikerns del framstår som en redovisning av vilket gods som transporterats inom logistikkedjan. Även vad gäller transportdokumenten bör hållas i minnet att *ex post facto*-bedömningar inte bör förekomma: medan speditören ofta kan tänkas utfärda en fraktsedel som ett kvitto avseende innehållet i avtalet mellan kunden och speditören, har logistikern typiskt sett ett löpande uppdrag att organisera transportflödet, och transportdokumenten utgör då bevis om vad logistikern gjort, eller med andra ord en form av redovisning.

Det sagda torde också innebära att logistikerns transportdokument inte utgör sådana dokument som enligt art. 30 ICC Uniform Customs and Practice for Documentary Credits (ICC Publication 500) accepteras av banker som ett transportdokument under en remburs. I artikeln krävs att speditören företräder transportören: säkerheten för banken ligger i att speditören åtar sig ett transporträttsligt vård- och dokumentansvar. Logistikern gör inte det: han är inte transportbranschens, utan kundens man, och hans dokument har – eftersom transporträtten inte är tillämplig på honom – inte samma värde i bankens hand som åtminstone några av de FIATA-dokument som speditörerna använder.

Det tredje motargumentet mot en tvingande tillämpning av transporträtten på delar av logistikavtalet är teoretiskt och bygger på Kurt Grönfors' analys av transportlöftets komponenter.⁶⁰ Enligt Grönfors utgörs transportlöftets två typiska element av mottagningserkännandet och utlämningslöftet. Logistiklöftet skiljer sig redan på det teoretiska planet från transportlöftet i det att det inte med nödvändighet innehåller löften eller erkännanden om mottagande och utlämnande. Logistikern kan mycket väl tänkas aldrig erkänna mottagandet av godset: istället lovar han endast att se till att transportkapacitet finns till hands när kunden så fordrar. Denna teoretiska skillnad anger också vissa riktlinjer för bedömningen av den transporträttsliga lagstiftningens tillämpningsområde: föreligger ett mottagningserkännande och ett utlämningslöfte, samtidigt som klarhet härskar över vilket transportmedel som skall användas, anses ett transportavtal föreligga på vilket transportlagstiftningen är tvingande tillämplig. Brister det i något avseende blir den transporträttsliga lagstiftningens direkta tillämpning mera tveksam. Framgår det av avtalet att parternas avsikt är att logistikern skall fungera som kundens transportavdelning framstår det som mycket tveksamt huruvida transporträtten är direkt tillämplig.

⁶⁰ Grönfors, *Successiva transporter*, Kapitel I, särskilt s. 27 ff.

Frågan om transporträttens betydelse för och ställning inom logistikavtalet handlar till syvende og sidst om metodologiska val. Det finns betydande teoretiska invändningar mot att påstå att transporträtten är tvingande tillämplig på logistikavtalet, och det finns därför rum att behandla logistikavtalet enligt allmän kontraktsrätt. Faktum är dock – som påpekats under 3.3 – att åtminstone i dagens läge det knappast kan betvivlas att flertalet jurister och domstolar bedömer transportanknutna tjänster med ledning av den transporträttsliga lagstiftningen. Det kan alltså sägas att situationen *de lege lata* är sådan att – oavsett vilka andra möjligheter som kan tänkas finnas – den transporträttsliga lagstiftningen anses vara tvingande tillämplig på logistikavtal. En ändring av perspektivet skulle innebära att branschen förlorar det lilla mått av rättslig förutsebarhet som med möda byggts upp. Teorier om vilka sätt att se logistikavtalet som är möjliga skulle därför kunna ses som farliga för rättssäkerheten. Transporträttens regler är åtminstone något så när klara: de är till övervägande del lagfästa och det finns en rik praxis avseende transportörens olika skyldigheter.

Inte heller denna invändning mot det här företrädde perspektivet kan dock verkligen leda fram. Varken det juridiska systemet eller logistikbranschen är betjänta av att man med hänvisning till någon dunkel form av förutsebarhet söker sig till transporträtten, än mindre om det sedan påstås att tillämpningen av den transporträttsliga lagstiftningen är tvingande. De flesta, om inte alla, av transporträttens regler är gjorda utan att man haft logistiken i åtanke. Den som använder sig av transporträtten för att lösa problem i alla avtalsförhållanden som omfattar åtminstone någon form av transport, gör ett val. Detta val kan diskuteras och bör inte ges sken av att vara utan alternativ. Den som gör valet bör dessutom vara medveten om att det är ett konservativt val som tenderar att frysa den juridiska utvecklingen. Juridikens relativa konservatism är förvisso åtminstone delvis ett lovt värt utflöde av en vurm för rättssäkerheten – man känner de gamla reglerna och vet hur de fungerar, vilket innebär att man kan anpassa sig till dem – men denna rättssäkerhetssträvan bör inte överdrivas och får inte förhindra en nödvändig anpassning av juridiken till det moderna samhället. Nya utvecklingar på marknaden kräver ofta nya lösningar, och transporträtten avspeglar ett synsätt som åtminstone avseende delar av det moderna näringslivet inte längre ter sig särskilt verklighetsförankrat. Förr eller senare måste nya grepp prövas, även om dessa initialt kan innebära en viss osäkerhet.

Även det här företrädde ställningstagandet beror förstås på metodologiska val, dels valet att ta logistikens funktion på marknaden som utgångspunkt för juridiska ställningstaganden, dels valet att försöka vidga utrymmet för den kontraktsrättsliga friheten så mycket som teoretiskt och

praktiskt är möjligt. Särskilt ställningstagandet att kontraktsrättslig frihet har ett värde i sig, och att den tvingande lagstiftningens tillämpning därför bör begränsas till de fall den utan tvekan är avsedd för, är förvisso välförankrat i rättssystemet, men innebär icke desto mindre ett ställningstagande som inte i sin yttersta förlängning kan motiveras med objektiva argument. Om det här förespråkade ställningstagandet tas som utgångspunkt måste emellertid konstateras att det vid sidan av transporträtten finns ett stort utrymme för kontraktsfrihet.

Det metodologiska val som görs i denna framställning förefaller särskilt lämpligt eftersom logistikbranschens juridiska problem i dagsläget inte kan övervinnas om man bestämmer sig för att vänta på en internationell konvention som vinner tillräcklig anslutning för att verkligen kunna påverka den internationella synen på logistiken. Förevarande analys av transporträttens betydelse för logistikavtalet måste därför anses vara både teoretiskt välförankrad och praktiskt realistisk.

3.5 Framställningens värde *de lege lata*

Om åsikten att transporträtten inte är tvingande tillämplig på logistikavtal inte skulle accepteras, uppkommer frågan vilket värde förevarande arbete har *de lege lata*. En tvingande användning av transporträtten på logistikavtal omöjliggör ett enhetligt juridiskt perspektiv på denna avtalstyp: det som från marknadens synvinkel framstår som ett enhetligt åtagande måste då från juristens synpunkt framstå som ett blandat avtal.

Även om logistikavtalet i så fall ofrånkomligen skulle utgöra ett blandat avtal kan det dock finnas anledning att hålla antalet avtalstyper som ingår i blandningen så lågt som möjligt. Som visats ovan delar den traditionella metoden upp avtalet i ett synnerligen stort antal olika avtalstyper – såsom kommission, deposition, rådgivning med mera – vilket gör bilden av speditören, respektive av logistikern ännu mera splittrad än den skulle behöva vara. Även om transporträtten skulle anses vara tvingande tillämplig på logistikavtal finns därför ett värde i att ansvaret för logistikerns åtaganden i övrigt anses vara enhetligt. I så fall skulle nämligen endast två avtalstyper behöva blandas, inte fler.

I detta ligger att inte heller kommissionslagen och andra mellanmansrättsliga lagar bör anses vara direkt tillämpliga på logistikavtalet. Skulle den lagfästa dispositiva rätten anses reglera hela eller delar av logistikavtalet, skulle detta innebära att över huvud taget inget enhetligt perspektiv är möjligt.

Det är antagligen i och för sig okontroversiellt att de dispositiva lagarna inte behöver tillämpas på frågor som ligger utanför deras direkta

regleringsområde. Enligt vad som i svensk rätt torde vara vedertagen metodologi anses den dispositiva lagstiftningen dock ge uttryck för lagstiftarens principiella ställningstaganden. Dessa ställningstaganden avser i ett snävt perspektiv de juridiska problem som vid en viss kontraktstyp regleras av ett uttryckligt lagstadgande. I ett vidare perspektiv kan den dispositiva rätten användas som grund för analogier, dock att dessa analogier inte behöver följa det relevanta lagrummets ordalydelse strikt, utan att det snarare ofta är den princip som finner uttryck i lagtexten som tillämpas på ett oreglerat fall.⁶¹ Då logistikavtalet utan tvekan utgör vare sig något kommissionsavtal i kommissionslagens mening eller något köpeavtal, och inte heller något annat avtal som i svensk rätt är lagreglerat, tjänar den dispositiva rätten i sin lagfästa form endast som ett underlag för resonemang avseende de generella regler som utgör den allmänna svenska kontraktsrätten. Utanför den tvingande lagstiftningens tillämpningsområde finns således stor frihet för mera principiella resonemang i vilka de allmänna regler som lagstiftningen kan anses ge uttryck för kan anpassas till det som upplevs vara det juridiska behovet på en viss given marknad. Oavsett om transporträtten anses vara tillämplig på logistikavtal eller inte kan alltså de delar av avtalstypen logistik som inte omfattas av den tvingande lagstiftningen ses som ett enhetligt helt som ligger utanför området för de i svensk rätt lagfästa avtalstyperna.

Ramberg efterlyser en internationell konvention som reglerar logistiken.⁶² Avseende frågan vad en sådan konvention bör innehålla nämner han bland annat två punkter som har beröring med detta arbete. En framtida konvention bör:

[a]pply to any contract by a service provider taking goods in charge for delivery to a party as instructed but should not apply to a person having undertaken to perform carriage of the goods by specified mode or modes of transport or having declared that he acts as an agent only

samt

*[c]over all obligations arising from the contract, including labelling, packing, relogging [sic], installation, adaptation, storage, transshipment, and clearance of the goods for export or import as well as collecting documents or money and any additional services.*⁶³

⁶¹ Argumentationen i denna del går alltså ut på att rena lagrumsanalogier är sällsynta i svensk rätt, utan att det snarare handlar om rättsanalogier.

⁶² Ramberg, *Transport Operators in International Trade*, s. 185 ff.

⁶³ Ramberg, *Transport Operators in International Trade*, s. 186; kursiveringar i originalet.

Om kritiken mot den traditionella synen på transporträttens tillämpning godtas, innehåller den följande framställningen lösningar som torde kunna fylla båda de funktioner som Ramberg efterlyser i en framtida konvention. Godtas inte kritiken, bidrar framställningen ändå med ett enhetligt perspektiv avseende de övriga tjänster som logistikern tillhandahåller och på vilka transporträtten inte är tillämplig. I detta fall kan detta arbete – om det bortses från transporträtten – anses innehålla lösningar på de problem som Ramberg pekar på i den andra ovan citerade punkten. I båda fallen torde de nedan följande undersökningarna ha ett värde för rättsvetenskapen.

3.6 Sammanfattning. Utgångspunkten för detta arbetes återstående del

Logistikavtalet ses ekonomiskt som ett sammanhållet managementavtal som följer enhetliga regler. Denna ekonomiska syn kan replikeras inom juridiken om logistikavtalet inte anses vara omfattat av den tvingande transporträttsliga lagstiftningen. Den tvingande tillämpningen av transporträtten kan enligt den i detta arbete förespråkade meningen undvikas om logistikavtalet ses som en form av management- och konsultavtal som inte innehåller ett transportlöfte. Om detta godtas skall logistikavtalet istället bedömas efter allmänna kontraktsrättsliga principer.

Om detta inte godtas är transporträtten tvingande tillämplig även på logistikavtal. I så fall bör åtminstone de delar av avtalet som inte omfattas av transporträtten anses vara enhetligt reglerade.

Den följande behandlingen av logistikavtalet tar sin utgångspunkt uteslutande i att hela avtalet skall anses utgöra en enhetlig avtalstyp. I den mån delar av logistikavtalet skulle behöva anses vara omfattade av den transporträttsliga lagstiftningen beskrivs dock bara de delar av avtalet som ligger utanför transporträtten. Dessa utanför transporträtten liggande delarna av avtalet får då en enhetlig ram som leder till att transporträtten behöver blandas med endast en, inte flera andra juridiska avtalstyper.

4 Uppläggningsen av den fortsatta behandlingen av logistikavtalet. Generella spörsmål

4.1 Inledning

Logistikavtalets själva natur gör det svårt att beskriva dess materiella innehåll som förpliktelser och rättigheter. En uppräknings och detaljerad beskrivning av varje förpliktelse ett logistikavtal kan tänkas innehålla skulle antingen bli så omfattande att den inte kan hanteras inom ramen för en enda framställning, eller så skulle analysen behöva stanna på ett abstrakt plan där begrepp som skälighet och andra relationsbegrepp skulle vara ofta förekommande, eller hänvisning alltför ofta skulle behöva göras till det individuella avtalet.

Detta har sin grund i att logistikavtal varierar från ett individuellt avtal till det andra: somliga avtal innehåller moment av sammanfogning av komponenter genom logistikern, andra innehåller inkassouppdrag till logistikern, ytterligare andra omfattar användande av dataprogramvara som logistikern tillhandahåller. De mest omfattande avtalen kan innehålla samtliga dessa åtaganden. Det finns därför en fara att en beskrivning av de individuella förpliktelser avtalstypen kan tänkas omfatta till slut inte skulle avse mera än klassiska transporträttsliga förpliktelser. Ett sådant angreppssätt skulle hota att förändra framställningens karaktär: istället för att handla om logistikavtalet skulle den handla om det multimodala transportavtalet, ett förvisso besläktat, men icke desto mindre annat avtal inom transporternas område.

Detta arbetes materiella del skall därför ta sin utgångspunkt i sanktionernas snarare än förpliktelsernas system. De stora påföljdskategorierna – skadestånd, prisavdrag, hävning och krav på naturaluppfyllelse – är förvisso enhetliga i den bemärkelsen att de samtliga innehåller kriterier, avvägningar och rekvisit som inom alla avtalstyper måste beaktas när sanktionerna skall tillämpas. Icke desto mindre finns stora variationer: vid rådgivaransvaret talar man numera om ett metod- och informations-

ansvar¹; hävning anses vara en olämplig påföljd för brott mot entreprenadavtal²; omleverans har sitt naturliga tillämpningsområde inom de godscentrerade avtalstyperna, medan det är svårare att göra en åtskillnad mellan avhjälpande och omleverans när det gäller serviceavtal³; och så vidare. Också inom transporträtten har kontraktspåföljderna behövt anpassas till sin miljö: hävningspåföljden präglas av att en del av transporttjänsten kan tänkas redan vara genomförd, och att det är omöjligt att återbörda en tjänst⁴; det är svårt att tänka sig hur reglerna för omleverans i köplagen skulle kunna överföras till transporter⁵; transporträttens skadeståndsansvar är traditionellt mycket strängt, så att det inte är givet att den allmänna inomkontraktuella culpanormen utan vidare gäller även för transporträttsliga avtal⁶.

Framställningens materiella del skall därför som sagt närma sig logistikavtalet från påföljdernas sida. Här kommer att undersökas dels vilka påföljder som över huvud taget är lämpliga för kontraktsbrott vid logistikavtal, dels vilken mera konkret gestalt dessa påföljder får i sitt systematiska sammanhang inom avtalstypen, dels vilka typer av förpliktelser som, när de åsidosätts, typiskt aktualiserar de olika påföljderna. Den som söker ett direkt svar i detta arbete på frågan hur brott mot en viss specifik förpliktelse skall bedömas, kommer därför att söka förgäves: det som erbjuds är en ram, ett schema, som kan användas för att självständigt kategorisera förpliktelser med ledning av schemat. På grundval av kategoriseringen ges sedan en ram för vilka principiella överväganden och riktlinjer som gör sig gällande avseende den relevanta förpliktelser.

I den fortsatta diskussionen kommer med nödvändighet vissa allmänna hänsynstaganden av juridisk natur att aktualiseras. Med sådana hänsynstaganden menas skyddet för en eventuellt svagare part, avtalsförhållandets längd och det därav följande behovet av flexibilitet, avtalets kommersiella natur med mera. I det följande analyseras vilka sådana hänsynstaganden som allmänt gör sig gällande vid logistikavtal. Vidare skall några ord sägas om vilka rättsregler som kan anses systematiskt ligga nära logistikavtalet, eller med andra ord i vilken rättslig miljö logistikavtalet måste inpassas.

¹ Jan Kleineman, *Rådgivares informationsansvar – en probleminventering*, SvJT 1998 s. 185 [nedan Kleineman, *Rådgivare*]

² Hans Henrik Vagner, *Entrepriseret* [nedan Vagner, *Entrepriseret*], 3:e utgåvan under medverkan av Torsten Iversen, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, Köpenhamn 2001, s. 133

³ Jan Hellner, *Speciell avtalsrätt II, Kontraktsrätt. 2 häftet. Allmänna ämnen* [nedan Hellner, *Kontraktsrätt 2*], Tredje upplagan, Juristförlaget, Stockholm 1996, s. 153-155

⁴ Se kapitel 8 nedan.

⁵ Se avsnitt 9.2.1, där denna fråga diskuteras.

⁶ Se diskussionen nedan under 6.4.

4.2 Logistikavtalets grundläggande struktur ur juridisk synvinkel

Ett logistikavtal innebär att ett företags hela transportavdelning läggs ut på någon annan, logistikern, och att denne därefter är ansvarig för att organisera, implementera och förvalta företagets transportflöden. Detta innebär att kundföretaget måste ha en viss storlek: det måste producera tillräckligt med gods för att en transportavdelning skall löna sig – i synnerhet en transportavdelning som lagts ut på någon annan. Kunden är alltså med nödvändighet en stor kommersiell aktör.

Detsamma gäller för logistikern: organisationen, implementeringen och förvaltningen av ett helt företags godsflöde är inget som görs enkelt. Det krävs en viss storlek och kompetens för att kunna behålla överblicken över transportmarknaden och tullagstiftningen, för att kunna förvalta de olika transportdokumenten, för att följa upp problem och flaskhalsar i transportkedjan med mera. Detta gäller i synnerhet om logistikavtalet inte endast gäller nationell distribution inom Sverige, utan även internationella transportflöden och kanske till och med slutdistribution i främmande länder. De företag som har kapacitet att åta sig logistikförpliktelser måste alltså vara av en viss storlek, och de är, liksom kunden, fast etablerade på marknaden och kommersiella aktörer.

Detta innebär att det vid avtalets ingående normalt inte finns någon självklart över- eller underlägsen part. Båda parter måste vara stora, och liksom kunden är intresserad av att kunna lägga ner sin egen transportavdelning (och därigenom spara pengar, nämligen mellanskillnaden mellan kostnaden för logistikavtalet och kostnaden för att ha en egen transportavdelning), är logistikern intresserad av det stora avtal som ett logistikuppdrag innebär. Det finns alltså en kommersiell ekvivalens i avtalsförhållandet, vilket innebär att något eventuellt skydd för en svagare part normalt inte aktualiseras, i vart fall inte genomgående och systematiskt.

Även efter det att avtalet slutits fortsätter parterna normalt att vara jämstarka: kunden kan inte lätt ersätta den transportavdelning som nu ligger hos logistikern med eget folk eller någon annan logistiker, i vart fall inte om han inte vill riskera att störa sina transportflöden. Mycket av logistikerns organisation torde utgöra sådana företagshemligheter som kunden inte utan vidare har rätt att ta del av, och en ny logistiker skulle därför behöva börja om från början och organisera en helt ny transportkedja. Logistikern å sin sida måste i många fall göra investeringar i sin egen organisation och kommer dessutom att binda upp sig mot transportörer, lagerhållare och andra som skall verkställa den av logistikern sammanställda transportkedjan. Logistikern har därför en hel del kapital och kommersiell goodwill bundet i uppdraget, för att inte tala om den

stadiga inkomstkälla som ett logistikuppdrag normalt torde utgöra. Parterna ger sig alltså in i ett ömsesidigt beroendeförhållande när de sluter ett logistikavtal, och anledning saknas därför att på det juridiska planet systematiskt skydda en part från den andra.

Beroendet innebär också att logistikavtal normalt sett är långvariga avtal: det kan förvisso tänkas att något företag lägger ut ett uppdrag avseende ovanligt gods med vilket dess egen transportavdelning inte vet att handskas, men i dessa fall är frågan om uppdraget skall ses som ett logistikavtal. Det normala torde vara att logistikern och hans kund samarbetar över flera år: sanktionerna för avtalsbrott måste alltså ta hänsyn till att parterna är beroende av varandra över en längre period.

Parternas beroende av varandra har också till följd att störningar i deras avtalsförhållande lätt får återverkningar i deras respektive förhållande till tredje man. På ett sätt utgör logistikern en integrerad del av kundens verksamhet, med den skillnaden att kunden saknar många av de arbetsledande befogenheter han skulle ha om han själv skötte förvaltningen av sina godsflöden. Logistikern, å sin sida, är beroende av ett stadigt godsflöde från kunden för att kunna uppfylla sina avtal med tredje man, samt av att kunden ger honom den information som olika myndigheter kan förväntas kräva av logistikern. Detta kräver att konsekvenserna av störningar i förhållandet till tredje man lätt och säkert måste kunna övervältas på den ytterst ansvariga (i bemärkelsen ”förorsakande”) parten. Sanktionssystemet bör alltså präglas av kommersiell stränghet samtidigt som det visar den flexibilitet som behövs när det gäller långvariga avtal.

Den miljö som logistikern rör sig i är transportväsendet: logistikavtalets sanktionssystem bör alltså hämta inspiration och vägledning av transporträttsliga regler. Till dessa regler måste också räknas deposition, eftersom denna vid komplicerade transporter utgör ett naturligt inslag – i form av lagerhållning – i avvecklingen av logistikkedjan. Samtidigt handhar logistikern annans, nämligen kundens, intressen, och han är i den bemärkelsen ett ombud för kunden: logistikavtalet har således också beröringspunkter med det som ofta kallas ”mellanmansrätt”, det vill säga kommissions-, mäklar- och handelsagenturrätten.

Ytterligare en källa till analogier och till argumentationsmönster inom svensk kontraktsrätt är köprätten, eftersom den traditionellt utgjort det huvudsakliga stödet för obligationsrättsliga principer. 1990 års köplag må i många avseenden inte vara lika genomarbetad som 1905 års motsvarighet, men fortfarande framstår köpet som den mest fullständigt reglerade avtalstypen i svensk rätt, och dessutom är lagstiftningen ny och har nära anknytning till internationella trender inom avtalsrätten.⁷ Lagen

⁷ Här syftas på CISG, UNIDROIT-principerna och PECL.

kan därför sägas återspegla den moderna juridiska debatten på området samt lagstiftarens ställningstagande till denna.

Tillsammans utgör dessa allmänna hänsynstaganden och de nämnda lagarna en ram som är fast nog för att kunna läggas på den mångskiftande verkligheten. Inom denna ram skall alltså fångas de sanktioner som framstår som systematiskt koherenta, juridiskt lämpliga och ekonomiskt rimliga lösningar på en genom avtalsbrott uppkommen intressekonflikt mellan logistikern och hans kund.

4.3 Något om objektiva och subjektiva bedömningar inom avtalsrätten

Inom avtalsrätten förekommer – och har nog alltid förekommit – begrepp som beskriver i grunden subjektiva bedömningar: ”skäligt”⁸, ”lämpligt”⁹, ”tro och heder”¹⁰ – fler skulle säkerligen kunna nämnas. Dessa begrepp ingår normalt i såkallade generalklausuler och de ger alltså en anvisning om att den juridiska bedömningen i vissa situationer har en öppet subjektiv komponent. Subjektiva bedömningar utesluter i viss mån objektiva bedömningar i den bemärkelsen att det är omöjligt att ange sådana detaljerade kriterier som skulle leda till att alla tillämpare av den subjektiva regeln skulle se sig tvungna att komma till samma resultat. Subjektiva bedömningar är inte bara situationsberoende – där de flesta omständigheter som kan och bör vägas in inte kan bestämmas i förväg – utan är vad avser juridiska regler också beroende av huruvida tillämparen delar den värdering av typsituationer som ligger till grund för anvisningen om att en subjektiv bedömning skall göras. Delar han inte denna värdering, kommer han ofta att vara benägen att tillämpa regeln restriktivt, medan den som delar regelns värdemässiga grund kommer att vara mera liberal vid dess tillämpning.

Inom ett system av juridiska regler kommer det att finnas många sådana subjektivt betonade regler. Tillsammans anger de en ram inom vilken bedömningen blir mindre fri än om endast en regel skulle vara tillämplig. Generalklausulernas själva funktion är dock att möjliggöra flexibilitet i rättssystemet, i förhoppning om att därigenom uppnå rättvisa. Det kommer därför alltid att finnas utrymme för bedömningar som inte kan förutses. Vad som anses vara rättvist är nämligen beroende av

⁸ 45 § köplagen

⁹ 8 § köplagen

¹⁰ 33 § avtalslagen

många olika faktorer: tiden, det samhälle inom vilket tillämparen rör sig samt – som sagt – dennes personliga preferenser.

Det är alltså ofrånkomligt att avtalsrätten – eventuellt all juridik – åtminstone på sina håll innehåller bedömningar som i grunden är subjektiva. Frågan är därför vems subjektivitet som skall anses vara utslagsgivande: parternas gemensamma nämnare, den ena partens personliga preferenser eller någon tredje parts åsikt?

Det är uppenbart att det inte kan vara den ena partens subjektiva preferenser som faller utslaget, eftersom parterna i modern rätt anses vara lika mycket värda och den ena parten därför inte tillåts genomdriva sitt eget intresse på den andra partens bekostnad. När parterna har en gemensam nämnare som leder till ett klart resultat uppkommer inget problem: inom avtalsfrihetens ram kan parterna avtala som de vill. Juridikens regler blir intressanta endast när konflikten inte kan lösas av parterna själva, när alltså regler som ligger utanför parternas maktsfär måste tas till hjälp för att lösa deras konflikt. Detta innebär att det är en tredje part som har rätten att bestämma vad en generalklausul närmare skall anses innebära i det konkreta fallet.

Denna tredje part är domaren.¹¹ Domaren är förpliktad gentemot det juridiska systemet och dess värderingar: dessa värderingar kan gå stick i stäv med den ena, eller kanske till och med båda parter värderingar, men det spelar ingen roll – värderingarnas frihet från parterna utgör det normativa inslaget i juridiken. Detta gäller även i dispositiva tvistemål, där en parts yrkande enligt principen *iura novit curia* kan underkännas på någon annan rättslig grund än den som motparten uppgivit för sitt bestridande. Som sagt har domaren vid tillämpningen av en generalklausul ett utrymme där han kan utöva sitt fria skön, och det är självfallet inget som hindrar honom från att anpassa regeln efter det som han uppfattar som parternas behov. Det väsentliga är emellertid att det är domaren, inte parterna, som har det sista ordet avseende vad som generalklausulen i ett konkret fall skall anses innebära.

Den akademiska juridikens uppgift härvidlag är att försöka snäva in domarens fria skön så mycket som möjligt genom att klarlägga vilka de abstrakta bedömningskriterierna bör vara samt hur olika kriterier bör viktas mot varandra. Helt kan utrymmet för skön emellertid aldrig elimineras – detta ligger i generalklausulernas själva natur. När alltså även i detta arbete begrepp används som inte låter sig bestämmas i någon större detalj innebär detta en indikation på att parterna, när en konflikt dem emellan uppkommer, måste bestämma sig huruvida de vill göra sitt

¹¹ Han kan förstås också vara en skiljeman eller någon annan tvistelösare, men från dessa fall bortses här.

yttersta för att lösa konflikten utan inblandning utifrån eller om de vill ta risken att utsätta sig för en tredje parts subjektiva bedömningar och därmed för risken att de kanske inte delar dessa bedömningar.

Domarens bedömning kallas i det följande – i brist på bättre alternativ – för ”objektiv”. Detta innebär alltså inte att bedömningarna skulle anses vara objektiva i något slags naturrättslig bemärkelse, utan endast att de är objektiva i den bemärkelsen att de ligger utanför parternas makt-sfär.

5 Resultatförpliktelser och förpliktelser att visa omsorg

5.1 Inledning

Knut Rodhe framhåller i sin bok *Obligationsrätt* att förpliktelserna kan delas in efter sitt innehåll i resultatförpliktelser och förpliktelser att visa omsorg; dessa stora kategorier kan sedan delas in i ytterligare underkategorier, och det finns vissa övergångstyper mellan de två kategorierna, som till exempel förpliktelser att med omsorg eftersträva ett resultat.¹ Rodhes systematisering av förpliktelserna har betydelse för frågan när kontraktsbrott föreligger², men tycks sedan inte åtföljas av några rättsföljder, det vill säga indelningen i olika typer av förpliktelser tycks inte ha något större syfte än att åstadkomma en pedagogisk indelning av förpliktelserna i olika grupper.

Rodhes kategorisering av förpliktelserna bär stora likheter med den franska rättens traditionella indelning av förpliktelserna i *obligations de résultat* och *obligations de moyens*.³ I den franska rätten nödvändiggörs denna indelning av behovet att finna en underliggande systematisk skillnad mellan ansvarsgrunderna i art. 1137 och art. 1147 Code civil⁴; i motsats till Rodhes systematisering av förpliktelserna i olika grupper vilar alltså den franska rättens kategorisering på att rättsföljderna blir olika beroende på om den ifrågavarande förpliknelsen är en *obligation de résultat* eller en *obligation de moyens*.

¹ Knut Rodhe, *Obligationsrätt* [nedan Rodhe, *Obligationsrätt*], Fritzes, Stockholm 1956, s. 20

² Se Rodhe, *Obligationsrätt*, s. 182 ff.; se även Kai Krüger, *Norsk kontraktsrett* [nedan Krüger, *Kontraktsrett*], 2:a upplagan, Alma Mater forlag AS, Bergen 1989, s. 134–36

³ Bernhard Gomard, *Obligationsret. 2. Del* [nedan Gomard, *Obligationsret*], Tredje upplagan, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, Köpenhamn 2003, s. 96 not 52

⁴ Alain Bénabent, *Droit civil. Les obligations* [nedan Bénabent, *Les obligations*], 4:e upplagan, Montchestien, Paris 1994, s. 190; François Terré, Yves Lequette, Philippe Simler, *Droit civil. Les obligations* [nedan Terré, *Les obligations*], Sjunde upplagan, Dalloz, Paris 1999, s. 519 ff.; Jean Carbonnier, *Droit civil. Les obligations* [nedan Carbonnier, *Les obligations*], 22:a upplagan, Presses universitaires de France, Paris 2000, s. 298 ff.

Även i den engelska rätten anses förpliktelseerna kunna sorteras i olika grupper. Utgångspunkten för alla förpliktelser är att ansvaret för kontraktsbrott är strikt, men bedömningen av vad som utgör kontraktsbrott skiljer sig mellan "vanliga" förpliktelser och förpliktelser att använda *reasonable care and skill*.⁵ I teorin består kontraktsbrott vid båda kategorierna i att den utlovade kontraktsprestationen inte åstadkommits: i praktiken är det dock en betydande skillnad mellan att konstatera att en viss vara inte håller den utlovade kvaliteten, eller att varan levererats för sent, och att konstatera att den förpliktade inte visat *reasonable care and skill*. Den senare bedömningen innehåller i motsats till den förra moment som i allt väsentligt påminner om en culpabedömning enligt svensk rätt.⁶

Även avseende den tyska rätten har det uppmärksamats att det nya begreppet *Pflichtverletzung* inte är fullt enhetligt, utan att det finns en skillnad mellan ett löfte om ett visst bestämt resultat och ett löfte om att eftersträva ett resultat med tillbörlig omsorg.⁷ Den tyska obligationsrättens krav på *culpa* som en förutsättning för skadestånd har i detta sammanhang sagts sammanfalla med bedömningen av huruvida gäldenären visat den omsorg som kan krävas av honom enligt avtalet; självständig betydelse har culpakravet endast vid förpliktelser att åstadkomma ett visst specificerat resultat.

Denna komparativa översikt indikerar att det finns reella hänsynstaganden bakom den franska rättens systematiska indelning i resultatförpliktelser och förpliktelser att visa omsorg. Detta leder till att två frågor måste ställas. För det första: om den systematiska skillnaden mellan resultatförpliktelser och förpliktelser att visa omsorg skall kunna sägas vila på reella hänsyn bör ett tecken på detta vara att ansvaret i de olika rättsordningarna för dessa olika typer av förpliktelser uppvisar likheter även vid en närmare granskning. Det måste alltså på ett mera detaljerat plan utrönas hur det förhåller sig med ansvaret för resultatförpliktelser och förpliktelser att visa omsorg i fransk, engelsk och tysk rätt. Om skillnaden visar sig vara baserad på reella hänsyn är, för det andra, frågan huruvida det finns grund och förutsättningar för att göra en liknande systematisk åtskillnad mellan olika förpliktelser även i den svenska rätten.

⁵ Ewan McKendrick, *Contract Law – Text, Cases, and Materials* [nedan McKendrick, *Contract Law*], Andra upplagan, Oxford University Press, Oxford 2005, s. 938; P.S. Atiyah, *An Introduction to the Law of Contract* [nedan Atiyah, *Introduction*], 5:e upplagan, Clarendon Press, Oxford 1995, s. 214 jfr med s. 217

⁶ Se G.H. Treitel, *An Outline of the Law of Contract*, 6:e upplagan, Oxford University Press, Oxford 2004, s. 315, som talar om att ansvaret vid dessa förpliktelser är "based on fault".

⁷ Peter Schlechtriem, *Schuldrecht. Allgemeiner Teil* [nedan Schlechtriem, *Allgemeiner Teil*], 5:e upplagan, Mohr Siebeck, Tübingen 2003, s. 171 f.

Den fortsatta framställningen i detta kapitel kommer därför att inledas med en granskning av de skillnader mellan resultatförpliktelser och förpliktelser att visa omsorg som görs i den franska, engelska och tyska rätten. Resultatet av denna granskning skall sedan jämföras med den svenska rätten. Kapitlet avslutas med en diskussion om vilka bedömningar som bör ligga till grund för en kategorisering av en förpliktelse som resultatförpliktelse eller en förpliktelse att visa omsorg.

5.2 Fransk rätt

5.2.1 Indelningen i olika förpliktelser; kontraktsbrottsbegreppet

Som sades ovan gör den franska rätten en systematisk skillnad mellan *obligations de résultat* och *obligations de moyen*. Skillnaden har sin grund i två artiklar i Code civil som förefaller motsäga varandra; uppdelningen av avtalsförpliktelserna i två olika typer möjliggör en upplösning av den potentiella konflikten mellan de två stadgandena.

Enligt sin ordalydelse stipulerar art. 1137⁸ ett ansvar *quam in rem suam* för den som förvarar en sak. Ansvaret är emellertid objektiverat, så att det som avses är en allmän culpabedömning.⁹ Denna artikel måste kontrasteras mot art. 1147¹⁰, som allmänt stipulerar att gäldenären är skadeståndsansvarig för icke-uppfyllelse av avtalet om han inte kan visa att den uteblivna eller försenade prestationen beror på ett hinder av *force majeure*-karaktär, det vill säga ett hinder som "inte kan tillräknas honom". Art. 1147 verkar således motsäga art. 1137. Lösningen ligger i den systematiska skillnaden mellan *obligations de résultat* och *obligations de moyens*.

Art. 1137 ger uttryck för *obligations de moyens*: vid denna typ av förpliktelser räcker det inte att borgenären visar att det förväntade resultatet inte inträffat, utan han måste dessutom visa att gäldenären inte förfarit

⁸ Art. 1137: L'obligation de veiller à la conservation de la chose, soit que la convention n'ait pour objet que l'utilité de l'une des parts, soit qu'elle ait pour objet leur utilité commune, soumet celui que en est chargé à y apporter tous les soins d'un bon père de famille.

Cette obligation est plus ou moins étendue relativement à certains contrats, dont les effets, à cet égard, sont expliqués sous les titres qui les concernant.

⁹ Guenther Treitel, *Remedies for Breach of Contract* [nedan Treitel, *Remedies*], Clarendon Press, Oxford 1988, s. 11 f.

¹⁰ Art. 1147: Le débiteur est condamné, s'il y a lieu, au paiement de dommages et intérêts, soit à raison de l'inexécution de l'obligation, soit à raison de retard dans l'exécution, toutes les fois qu'il ne justifie pas que l'inexécution provient d'une cause étrangère qui ne peut lui être imputée, encore qu'il n'y ait aucune mauvaise foi de sa part.

med den omsorg som kan krävas av honom.¹¹ Eftersom det inte finns ett utlovat resultat som gäldenären enligt avtalet är förpliktad att åstadkomma, måste bedömningen av kontraktsbrottet få en annan form, eller med andra ord föreligger kontraktsbrott endast när gäldenären inte utvisat den omsorg som han enligt avtalet var tvungen att utvisa. Exempel som förekommer i litteraturen är läkar- eller advokatuppdrag, där uppdragstagarna inte garanterar framgången med operationen eller processen, utan endast lovar att göra sitt bästa för att åstadkomma det önskade resultatet.¹²

Art. 1147 däremot ger uttryck för den regel som gäller avseende *obligations de résultat*: om gäldenären inte har uppnått det avtalsenliga resultatet är han ansvarig för kontraktsbrott, såvida han inte kan visa att hans misslyckande berodde på en *force majeure*-händelse.¹³ Vid *obligations de résultat* är alltså följden av att ett kontraktsbrott föreligger tvåfald: dels omkastas bevisbördan från borgenären till gäldenären, dels räcker det inte med att gäldenären visar att den uteblivna prestationen inte berott på hans *culpa*, utan han måste visa att hans icke-uppfyllelse beror på en händelse av *force majeure*-karaktär. Ett exempel på avtalstyper där den centrala förpliktelsen är en *obligation de résultat* är transportavtalet.¹⁴

Trots att art. 1147 enligt sin ordalydelse endast avser skadeståndspåföljden, systematiseras alla förpliktelser i de två grupperna *obligation de résultat* och *obligation de moyens*.¹⁵ Det talas dessutom om två ytterligare grupper av förpliktelser i fransk rätt, nämligen *obligations de résultat atténuées* och *obligations de garantie*.¹⁶ Den första gruppen representeras av vissa avtalstyper där gäldenären förvisso endast är ansvarig för *culpa* men bevisbördan är omkastad, så att det är gäldenären som måste visa frånvaro av *culpa*, inte borgenären som måste visa att vårdslöshet förelegat. Enligt svensk terminologi skulle det alltså röra sig om ett presumtionsansvar för uppfyllelsen av sådana förpliktelser. En sådan avtalstyp utgörs av uppdragsavtalet, där uppdragstagaren presumeras ha varit vårdslös vid skador på omhänderhavd egendom.¹⁷ Vid *obligations de garantie* inträder ansvar

¹¹ Terré, *Les obligations*, s. 520

¹² Bénabent, *Les obligations*, s. 191

¹³ Bénabent, *Les obligations*, s. 191; Terré, *Les obligations*, s. 520

¹⁴ Terré, *Les obligations*, s. 520

¹⁵ Terré, *Les obligations*, s. 520; Carbonnier, *Les obligations*, s. 298

¹⁶ Bénabent, *Les obligations*, s. 192; jfr även Henri Mazeaud m.fl., *Traité Théorique et Pratique de la Responsabilité Civile Délictuelle et Contractuelle* [nedan Mazeaud, *Traité*], 6:e upplagan, Editions Montchrestien, Paris 1965, s. 114 och Terré, *Les obligations* s. 522 som dock båda endast nämner *obligations de garantie*.

¹⁷ Art. 1789 med anslutande rättspraxis; se A. Tisserand m.fl., *Code Civil* [nedan Tisserand, *Code Civil*], 102:a upplagan, Dalloz, Paris 2003, art. 1789.

automatiskt, utan hänsyn ens till *force majeure*.¹⁸ Dessa två ytterligare grupper är emellertid så speciella att de inte påverkar den grundläggande indelningen i *obligations de résultat* och *obligations de moyens*.¹⁹

Den grundläggande tanken bakom indelningen är att olika förpliktelser har olika innehåll, och vid närmare betraktelse ger indelningen således ett svar på frågan när kontraktsbrott skall anses föreligga samt om vem som har bevisbördan för att avtalet brutits. Vid *obligations de moyens* är alltså kravet på *culpa* inte ett ytterligare villkor för att skadeståndsskyldighet skall inträda, utan det kravet ligger i att själva förpliktelsen tolkas som en förpliktelse att undvika vårdslöshet. Vid *obligations de résultat* innebär däremot förpliktelsen en skyldighet att åstadkomma ett resultat: frågan om huruvida *culpa* föreligger är ointressant för frågan huruvida kontraktsbrott förekommit.²⁰ Föreligger kontraktsbrott är gäldenären ansvarig, såvida han inte kan hänvisa till en händelse av *force majeure*-karaktär. Den franska rätten innehåller således inget självständigt krav på *culpa*, utan culpakravet avseende vissa förpliktelser ligger i själva kontraktsbrottsbegreppet.²¹

5.2.2 Grunden för indelningen

Parterna kan enligt fransk rätt själva klassificera sina förpliktelser såsom *obligations de résultat* eller *obligations de moyens*, men detta sägs vara sällan förekommande.²² Vanligtvis är det en juridisk efterhandsbedömning som avgör vilken kategori av förpliktelse en viss avtalsenlig skyldighet tillhör.²³ Grunden för kategoriseringen ligger i svaret på frågan huruvida gäldenärens prestation påverkas av ett tillfälligheternas spel som han inte kan råda över.²⁴ Om gäldenären lovat ett resultat som det ligger i hans makt att

¹⁸ Bénabent, *Les obligations*, s. 192

¹⁹ Bénabent, *Les obligations*, s. 192

²⁰ Terré, *Les obligations*, s. 519 f.

²¹ Jfr Mazeaud, *Traité*, s. 120 f. De olika typerna av förpliktelser behandlas i fransk rätt ofta i samband med frågan om bevisbördan, jfr Carbonnier, *Les obligations*, s. 298 ff. och Terré, *Les obligations*, s. 520. Bevistemana varierar dock: vid *obligations de moyens* skall borgenären bevisa gäldenärens *culpa*, medan vid *obligations de résultat* gäldenären skall visa att *force majeure* varit anledningen till kontraktsbrottet. Det senare har inget med *culpa* att göra, utan är en mycket smalare exculpationsgrund, Terré, *Les obligations*, s. 522 ff. *Culpa* är därför enligt fransk rätt inget allmänt gällande självständigt rekvisit för skadestånd eller andra påföljder, utan ligger vid *obligations de moyens* i själva kontraktsbrottsbegreppet.

²² Bénabent, *Les obligations*, s. 192

²³ Bénabent, *Les obligations*, s. 193

²⁴ Mazeaud, *Traité*, s. 117 ff., Bénabent, *Les obligations*, s. 192 f.; Terré, *Les obligations*, s. 529

åstadkomma, föreligger en resultatförpliktelse, medan ett resultat vars åstadkommande beror på fler faktorer än endast gäldenärens kunskaper och färdigheter normalt anses utgöra en förpliktelse att visa omsorg. Således har transportören normalt ett ansvar för att åstadkomma ett visst resultat – nämligen att leverera varan på rätt plats och i rätt tid²⁵ – medan läkarens ansträngningar avser en förpliktelse att visa omsorg²⁶. Transportören har makten över att hålla transportmedel i gott skick, över val av rutt samt över hanteringen av godset: är transporten välorganiserat skall ingen skada eller dröjsmål kunna förekomma.²⁷ Läkaren däremot är beroende av patientens leverne, av dennes allmänna konstitution och en rad andra faktorer som han inte kan bedöma eller påverka: läkaren anses därför endast lova att göra så gott han kan.

Rättspraxis avseende vissa speciella förpliktelser kan skifta, och vissa förpliktelser har bytt karaktär över tid²⁸; ett och samma kontrakt kan också innehålla olika typer av förpliktelser. Mandatariens förpliktelse är till exempel en resultatförpliktelse vad avser uppfyllelsen av uppdraget, men endast en förpliktelse att visa omsorg vad avser uppfyllelsens kvalitet.²⁹ Klassifikationen i olika typer av förpliktelser avser således just enskilda förpliktelser, inte hela avtalet, och det är inte alltid helt klart vilken typ av förpliktelse det i ett enskilt fall är fråga om. Mycket tycks bero på hur man analyserar förpliktelsens innehåll. Vid bankfackavtal kan man till exempel anse att bankens förpliktelse endast gäller tillhandahållandet av själva bankfacket. Med avseende på det som kunden lägger in i bankfacket skulle detta innebära att banken endast har en förpliktelse att visa omsorg; är innehållet i bankfacket skadat eller förlorat när kunden vill ta tillbaka det måste omständigheterna visa bankens vårdslöshet. Om man däremot anser att bankfackavtalet även omfattar en förpliktelse för banken att tillåta kunden att ta tillbaka sin egendom i oskadat skick, skulle antagligen därav följa att banken har ett resultatansvar avseende egendomens skick.³⁰

Gränsdragningssvårigheterna har dock inte lett till att systemet övergivits. Som tumregel kan man utgå ifrån att förpliktelser att utlämna en vara eller att underlåta en handling är resultatförpliktelser, medan intel-

²⁵ Mazeaud, *Les obligations*, s. 116

²⁶ Bénabent, *Les obligations*, s. 191

²⁷ Mot denna tankegång Mazeaud, *Traité*, s. 732

²⁸ Bénabent, *Les obligations*, s. 193

²⁹ Enligt Rodhes klassifikation skulle den senare förpliktelsen behöva betecknas som en förpliktelse att med omsorg eftersträva bästa möjliga resultat; jfr Rodhe, *Obligationsrätt*, s. 20

³⁰ Exemplet hämtat från Mazeaud, *Traité*, s. 119

lektuella tjänster utgör förpliktelser att visa omsorg.³¹ Vad gäller andra förpliktelser att göra något skiftar bedömningen av vilken kategori de tillhör.³²

5.3 Engelsk rätt

5.3.1 Indelningen i olika förpliktelser; kontraktsbrottsbegreppet

Utgångspunkten i engelsk rätt är att ansvaret för kontraktuella förpliktelser är strikt.³³ Denna utgångspunkt innebär att den engelska rätten har ett enhetligt kontraktsbrottsbegrepp i den bemärkelsen, att begreppet inte tar hänsyn till anledningen till avtalsbrottet: vårdslöshet eller uppsåt krävs inte. Det erkänns dock även i engelsk rätt att vissa kontraktsförpliktelser endast innebär en förpliktelse att visa omsorg³⁴; kontraktsbrott föreligger i sådana fall endast om gäldenären inte visat den *reasonable care and skill* som enligt avtalet krävs av honom, och i dessa fall bygger ansvaret på *culpa*.³⁵ Liksom i den franska rätten är det således förpliktelsens innehåll som ligger till grund för ett eventuellt krav på vårdslöshet.³⁶ *Culpa* utgör i sig varken något krav för att kontraktsbrott i juridisk bemärkelse skall föreligga eller någon ytterligare förutsättning för att påföljder skall kunna göras gällande.

På samma sätt som den franska erkänner den engelska rätten dessutom att ett och samma avtal kan omfatta olika förpliktelser som bedöms efter olika måttstockar. När till exempel ett avtal om en tjänst innehåller moment av tillhandahållande av material, delas förpliktelserna upp, och tjänsten bedöms efter måttstocken *reasonable care and skill*, medan förpliktelsen att tillhandahålla felfritt material är strikt.³⁷

³¹ Bénabent, *Les obligations*, s. 193; Alain Bénabent, *Droit civil. Les contrats spéciaux* [nedan Bénabent, *Contrats spéciaux*], 2:a upplagan, Montchrestien, Paris 1995, s. 314

³² Bénabent, *Les obligations*, s. 193

³³ McKendrick, *Contract Law*, s. 937; Atiyah, *Introduction*, s. 214; Guenter Treitel, *The Law of Contract* [nedan Treitel, *Contract*], 11:e upplagan, Thomson-Sweet & Maxwell, London 2003, s. 836

³⁴ Treitel, *Contract*, s. 840 f.

³⁵ McKendrick, *Contract Law*, s. 938; Atiyah, *Introduction*, s. 217

³⁶ Se här antydningar i denna riktning hos Treitel, *Remedies*, s. 33 f.

³⁷ Se distinktionen i sec. 4 och sec. 13 i Supply of Goods and Services Act 1982 (om den senare paragrafen se strax nedan). Se också *Young & Marten Ltd. v. McManus Childs Ltd.* [1969] 1 A.C. 454; jfr Treitel, *Contract*, s. 840 f.

5.3.2 Grunden för indelningen

Utgångspunkten för indelningen i ”vanliga” förpliktelser och förpliktelser att visa *reasonable care and skill* är numera sec. 13 Supply of Goods and Services Act.³⁸ Enligt detta stadgande omfattar ett uppdragsavtal som en näringsidkare sluter som ett led i sin verksamhet ett villkor som innebär att tjänsten skall utföras med *reasonable skill care and skill*. Även enligt *common law*³⁹ gäller att naturagäldenärens förpliktelser enligt ett tjänsteavtal endast går ut på att visa aktsamhet; ansvaret för eventuella komponenter som uppdragstagaren använder vid utförande av uppdraget är emellertid enligt huvudregeln strikt.⁴⁰

Engelska jurister saknar sina kontinentaleuropeiska kollegers förkärlek för allmänna principer som sträcker sig över ett helt rättsområde, utan arbetar hellre med en *piecemeal approach*, där problemen löses med avseende på varje enskild avtalstyp.⁴¹ Det finns således inga generella uttalanden om hur avtalstyper i gränslandet mellan tjänsteavtal och godscentrerade avtal skall hanteras: arkitektavtalet – där tjänsten att rita en byggnad leder till denna byggnads fysiska existens – är ett exempel på en avtalstyp där betydande osäkerhet råder.⁴² Vid blandade avtal görs ofta en skarp åtskillnad mellan element av tjänst och element av tillhandahållande av godset.⁴³

Trots dessa svårigheter förefaller dock den grundläggande tanken vara klar: tjänsteåtaganden medför ett ansvar för att *reasonable care and skill* används vid utförande av tjänsten, medan vid godscentrerade avtal ansvaret är strikt avseende godsets egenskaper. Undantag kan förekomma, men dessa är inte av sådan betydelse att den principiella indelningen behöver ifrågasättas.

³⁸ Sec. 13: In a contract for the supply of a service where the supplier is acting in the course of a business, there is an implied term that the supplier will carry out the service with reasonable care and skill.

³⁹ Här används begreppet som ett motsatsbegrepp till *statute law*: med *common law* avses då den domarskapade, med *statute law* den av lagstiftaren skapade rätten. I andra sammanhang kan begreppet *common law* användas som ett motsatsbegrepp till *civil law*, varvid det förra avser den engelska rätten och de andra rättsordningar som bygger på denna, medan med *civil law* avses de av den romerska rätten påverkade kontinentaleuropeiska rättsordningarna. *Common law* kan slutligen också vara ett motsatsbegrepp till *equity*: *common law* avser då den domarskapade rätt som utvecklades i kungens domstolar, medan *equity* avser sådana domarskapade rättsregler som har sin historiska bas i Lord Chancellors rättsskipande verksamhet. Vilken betydelse frasen *common law* har framgår vanligtvis av sammanhanget.

⁴⁰ Treitel, *Contract*, s. 840

⁴¹ Pound, *Common Law*, 186 f.

⁴² Treitel, *Contract*, s. 841 och där citerade rättsfall

⁴³ Treitel, *Contract*, s. 840

5.4 Tysk rätt

I tysk rätt har åtskillnaden mellan olika typer av förpliktelser blivit relevant efter reformen av obligationsrätten 2002. Debatt har därvid uppkommit i samband med diskussionen om begreppet *Pflichtverletzung* i § 280 BGB.⁴⁴ Ordalydelsen i § 280 I BGB utgår från ett enhetligt kontraktsbrottsbegrepp (*Pflichtverletzung*) och ställer som ytterligare förutsättning för gäldenärens skadeståndsskyldighet kravet att gäldenären skall ha givit upphov till kontraktsbrottet (*zu vertreten hat*). Gäldenären anses ha givit upphov till kontraktsbrottet om han enligt §§ 276 till 278 BGB handlat vårdslöst.⁴⁵

Andra meningen i § 280 I BGB visar att kontraktsbrottsbegreppet som sådant inte förutsätter *culpa*: *Pflichtverletzung* består endast i icke-uppfyllelsen av en förpliktelse som omfattas av avtalet. Skadeståndsskyldighet inträder endast när gäldenären dessutom förfarit vårdslöst.⁴⁶ Detta har givit upphov till en debatt om huruvida vid vissa förpliktelser kravet på vårdslöshet förekommer två gånger. Enligt tysk civilrättsdoktrin omfattar ett avtal, förutom *Leistungspflicht*, det vill säga sådana förpliktelser som består i en prestation eller underlåtenhet enligt avtalet, även vissa *Sorgfaltspflichten*, det vill säga förpliktelser att förfara omsorgsfullt i förhållande till medkontrahentens rättssfär.⁴⁷ Dessa *Sorgfaltspflichten* är i sig själva bestämda genom ett krav på aktsamhet, och § 280 I 2 BGB förefaller således dubblera kravet på vårdslöshet från gäldenärens sida vad gäller dessa förpliktelser. *Pflichtverletzung* förutsätter nämligen i dessa fall i sig självt ett åsidosättande av aktsamhetskravet och för skadeståndsskyldighet krävs dessutom att gäldenären handlat vårdslöst.⁴⁸

Schlechtriem har invänt mot denna kritik att *Pflichtverletzung* vid *Sorgfaltspflichten*, men även vid vissa *Leistungspflichten* (såsom vid vissa typer av tjänsteavtal, till exempel läkaravtal), sammanfaller med culpa-bedömningen i andra meningen i § 280 I BGB, att culpakravet alltså inte

⁴⁴ (1) Verletzt der Schuldner eine Pflicht aus dem Schuldverhältnis, so kann der Gläubiger Ersatz des hierdurch entstehenden Schadens verlangen. Dies gilt nicht, wenn der Schuldner die Pflichtverletzung nicht zu vertreten hat.

(2) Schadensersatz wegen Verzögerung der Leistung kann der Gläubiger nur unter der zusätzlichen Voraussetzung des § 286 verlangen.

(3) Schadensersatz statt der Leistung kann der Gläubiger nur unter den zusätzlichen Voraussetzungen des § 281, des § 282 oder des § 283 verlangen.

⁴⁵ Münchner Kommentar, 4:e upplagan, C.H. Beck, München 2003, s. 830

⁴⁶ Dieter Medicus, *Schuldrecht I. Allgemeiner Teil* [nedan Medicus, *Allgemeiner Teil*], 15:e upplagan, Verlag C.H. Beck, München 2004, s. 207

⁴⁷ Medicus, *Allgemeiner Teil*, s. 205

⁴⁸ Jan Schapp, *Empfiehl sich die "Pflichtverletzung" als Generaltatbestand des Leistungsstörungenrechts?*, JZ 2001, s. 583, 585 ff.

är dubblerat. Enligt hans mening gör inte detta systemet svårare att förstå: culpakravet får sin självständiga betydelse där den avtalsenliga prestationen avser ett visst resultat.⁴⁹ I tysk doktrin finns således åtminstone någon författare som gör en skillnad mellan förpliktelser att åstadkomma ett resultat och förpliktelser att visa omsorg: det skadeståndsrättsliga culpakravet har självständig betydelse vid de förra, men inte vid de senare förpliktelserna.

5.5 Reella hänsyn bakom resultatförpliktelser och förpliktelser att visa omsorg

Man torde generellt kunna anta att borgenären normalt förväntar sig att det resultat som föreskrivs i avtalet uppnås. Med andra ord utgör, ur borgenärens synvinkel, alla förpliktelser enligt avtalet resultatförpliktelser. Omvänt torde kunna sägas att ur gäldenärens perspektiv avtalsförpliktelser normalt torde utgöra förpliktelser att visa omsorg: han anser normalt att han lovar att göra så gott han kan, och att han inte åtar sig ansvar för misslyckanden som inte "är hans fel".

Dessa två normalperspektiv måste balanseras mot varandra. På skalan av tänkbara möjligheter utgörs ytterlighetspunkterna av, å ena sidan, ett rent strikt ansvar för uppfyllande av kontraktsförpliktelser och, å andra sidan, ett generellt culpaansvar *quam in rem suam*. Den förstnämnda ytterlighetspunkten är borgenärsvänlig, i det att han får sitt intresse maximalt tillgodosett. Teoretiskt kan en sådan princip motiveras med en strikt tillämpning av principen *pacta sunt servanda*: har ett juridiskt giltigt löfte avgivits, skall det hållas oavsett vilka omständigheter som omöjliggör ett uppfyllande av löftet. Tekniskt räcker det med att det överenskomna resultatet inte har åstadkommits: kontraktsbrottet i sig avgör således frågan om ansvar.

Den andra ytterlighetspunkten är gäldenärsvänlig: så länge han gör så gott han kan och brukar göra avseende sina egna angelägenheter, anses han ha uppfyllt sina åtaganden. Teoretiskt kan en sådan princip motiveras med en naturrättslig-kristet influerad skuldmaxim: gäldenären måste ha förfarit klandervärt för att anses ha begått kontraktsbrott, och den som gör så gott han kan, kan inte klandras. Prövningen kan här inte ske mot någon fast standard, utan gäldenärens förmågor måste ligga till grund för besvarandet av ansvarsfrågan: gör han så gott han kan, har han uppfyllt sina avtalsenliga förpliktelser.

⁴⁹ Schlechtriem, *Allgemeiner Teil*, 171 f.

Ingen modern rättsordning torde företräda någondera ytterlighetspunkt. Även rättsordningar som, liksom den engelska, utgår från ett strikt ansvar för kontraktsförpliktelser erkänner möjligheten att befria gäldenären från sina förpliktelser under vissa omständigheter⁵⁰, och rättsordningar som avseende inomkontraktuellt skadeståndsansvar vilar på en culparegel tillhandahåller andra kontraktspåföljder som inte förutsätter *culpa*⁵¹. Moderna rättsordningar balanserar således parternas typiska intressen på påföljdsplanet.

Det finns dock anledning att fråga om det inte redan på kontraktsbrottsplanet finns möjligheter att göra en avvägning mellan parterna. Det är denna balans som ligger till grund för indelningen av förpliktelserna i resultatförpliktelser och förpliktelser att visa omsorg.

Som visats ovan görs i fransk, engelsk och enligt Schlechtriem även i tysk rätt en skillnad mellan olika typer av förpliktelser beroende på huruvida det för att kontraktsbrott skall anses föreligga krävs att *culpa* förekommit eller inte. Därvid är grunden för indelningen i olika förpliktelser skiftande. Medan analysen i den tyska rätten ännu så länge inte är helt genomarbetad och debatterad, utgår den engelska rätten generellt ifrån att tjänsteavtal som sådana inte ger upphov till mer än en förpliktelse att visa omsorg. Den franska rätten betonar som indelningsgrund den omständigheten att gäldenären inte kan förväntas kontrollera de tillfälligheter som spelar in när det gäller möjligheten att uppnå ett visst resultat.

I båda den franska och den engelska rättens fall förefaller bedömningen vara objektiverad. Vad gäller den franska rättens indelning av förpliktelserna med tillfälligheten som grund för kategoriseringen kan denna knappast antas stå till parternas disposition; när den relevanta förpliktelsens innehåll enligt avtalet väl är definierat genom tolkning är det domstolens sak att avgöra huruvida denna förpliktelse är att anse som en resultatförpliktelse eller en förpliktelse att visa omsorg.⁵² En sådan bedömning låter sig knappast göras utan att det avgörs huruvida den relevanta typen av förpliktelse normalt utgör en förpliktelse att åstadkomma ett resultat, eller endast en förpliktelse att med omsorg eftersträva ett resultat.

Den engelska rättens typisering är klart objektiverad. Tjänsteavtal generellt anses innebära en förpliktelse att visa omsorg, och endast när förpliktelsen avser gods gäller att gäldenären har ett ansvar för att det överenskomna resultatet åstadkoms. Typiseringen motiveras med att den som åtar sig en tjänst normalt inte garanterar något visst resultatet: läka-

⁵⁰ Ett exempel i engelsk rätt är läran om *frustration*.

⁵¹ Till exempel den tyska rättens prisavdrag, jfr § 441 BGB

⁵² Bénabent, *Les obligations*, s. 193

ren är ett exempel, och även vid advokatavtal i samband med en process måste en av parterna förlora.⁵³ Typiseringen är därför ett uttryck för en juridisk erfarenhet.

Tankegångarna i fransk och engelsk rätt kan objektiveras ytterligare på följande sätt. Vid vissa förpliktelser ligger det i den normala gäldenärens makt att åstadkomma det överenskomna resultatet: till exempel vid köpeavtal kan den normala säljaren leverera felfritt gods. Vid dessa typer av förpliktelser förefaller det rättspolitiskt tveksamt att endast ålägga gäldenären ett ansvar för utvisad omsorg, utan det finns skäl att hålla honom ansvarig för att åstadkomma resultatet. Vid andra typer av förpliktelser finns ingen normalstandard för vad som kan åstadkommas: exemplet här är läkaravtalet, där begränsningar i den allmänna mänskliga medicinska kunskapen samt patientens individuella konstitution och leverne är faktorer som medför att resultatet av en behandling inte kan med någon rimlig grad av säkerhet förutsägas. Vid dessa typer av förpliktelser är det därför rättspolitiskt tveksamt och ofta faktiskt omöjligt att definiera ett resultat som den förpliktade skall åstadkomma, och förpliktelsen är därför en förpliktelse att visa omsorg.

Det måste hållas i minnet att denna typisering avser förpliktelseernas innehåll, och att detta innehåll påverkar när kontraktsbrott skall anses föreligga. Vid förpliktelser att visa omsorg föreligger inget kontraktsbrott utan att *culpa* förelegat; vid resultatförpliktelser kan kontraktsbrottet bestämmas objektivt, det vill säga utan att en culpabedömning ingår som ett led i prövningen av huruvida kontraktsbrott föreligger. Ett eventuellt culpakrav som förutsättning för en viss påföljd är i dessa fall en förutsättning som måste prövas utöver bedömningen av kontraktsbrottet. Detta kommer att ha följder i den utsträckning svensk rätt erbjuder påföljder som är eller inte är beroende av att *culpa* föreligger. Handlar det om påföljder som inte förutsätter *culpa*, kommer – i den mån förpliktelsen är en resultatförpliktelse – den relevanta påföljden att kunna göras gällande så snart det överenskomna resultatet inte åstadkommits. Är förpliktelsen däremot endast en förpliktelse att visa omsorg, måste avseende själva kontraktsbrottsfrågan avgöras huruvida gäldenären förfarit vårdslöst. När det konstaterats att han brustit i omsorg kan han anses ha gjort sig skyldig till kontraktsbrott och då kommer påföljden att kunna tillämpas. Vid påföljder där ett krav på *culpa* ställs utöver själva kontraktsbrottet kommer det därför vid förpliktelser att visa omsorg inte att finnas utrymme för en culpabedömning som är fristående från kontraktsbrottsbedömningen, såvida inte krav på särskilt kvalificerad *culpa* gäller för en viss påföljd.

⁵³ Treitel, *Contract*, s. 841

De grunder enligt vilka förpliktelser bör delas in i resultatförpliktelser och förpliktelser att visa omsorg behandlas efter det att det undersökts i vilken utsträckning svensk rätt visar spår av en systematisk skillnad mellan dessa typer av förpliktelser.

5.6 Resultatförpliktelser och förpliktelser att visa omsorg i svensk rätt

5.6.1 Inledning

Det är omöjligt att inom ramen för en avhandling om logistikavtalet analysera hela den svenska kontraktsrätten för att påvisa att skillnaden mellan resultatförpliktelser och förpliktelser att visa omsorg har systematiska konsekvenser. Det som låter sig göras är en analys av vissa kontraktsförpliktelser i syfte att fastställa på vilket sätt skillnaden mellan resultatförpliktelser och förpliktelser att visa omsorg får verkan där. Efter denna diskussion kommer sedan de underliggande systematiska implikationerna av skillnaden mellan dessa två kategorier av förpliktelser att diskuteras.

5.6.2 Preliminära anmärkningar

Det finns ingen anledning att tro att hela avtalstyper i sig utgör resultatförpliktelser eller förpliktelser att visa omsorg. Som påpekats ovan utgår varken den franska eller den engelska rätten ifrån att ett avtal endast kan innehålla en typ av förpliktelse, och det kan lätt tänkas exempel där en gäldenär utlovar, å ena sidan, att åstadkomma ett visst resultat (till exempel att leverera en felfri vara), medan han, å andra sidan, endast utlovar att visa omsorg vad gäller andra aspekter av avtalet (till exempel att varan skall levereras så snart han kan). Det bör därför hållas i minnet vid den fortsatta diskussionen att denna inte avser hela kontrakts typer, utan endast vissa förpliktelser.

Vidare måste uppmärksammas att i detta avsnitt fokus ligger på den systematiska karakteriseringen av förpliktelser. Denna utgör – som all systematik – en abstraktion. Det som alltså i den följande diskussionen är relevant är inte exakt hur den förpliktelse som är aktuell är utformad i sina detaljer, utan endast huruvida förpliktelsen avser ett visst givet resultat eller en omsorgsstandard. Detta bedöms med ledning av hur domstolen argumenterar i det relevanta fallet, alternativt hur den lag som undersöks är utformad, och därvid kommer förstås i förekommande fall att behöva beaktas hur avtalet tolkas. När förpliktelsen karakteriserats kan analyseras i vad mån det faktum att förpliktelsen avser ett resultat eller en

plikt att visa omsorg har ytterligare konsekvenser. Den konsekvens som distinktionen mellan de två förpliktelsekategorierna enligt det ovan sagda antas leda till är att det vid förpliktelser att visa omsorg inte förekommer någon fristående culpabedömning. Vid resultatförpliktelser kommer däremot kontraktsbrott att kunna konstateras utan någon diskussion av gäldenärens eventuella *culpa*; är kontraktsbrott konstaterat kan frågan om *culpa* besvaras som ett självständigt led i prövningen.

I svensk rätt diskuteras *culpa* normalt i anslutning till skadeståndspåföljden, eftersom det traditionellt sägs att utvisad *culpa* är en förutsättning för skadestånd.⁵⁴ De rättsfall som diskuteras här är alltså sådana rättsfall där ett skadeståndskrav var föremål för tvisten. Domstolarnas resonemang i dessa fall visar dock också hur kontraktsbrottsfrågan bedöms och ger därför ett svar på frågan huruvida kontraktsbrott och *culpa* är två olika saker vid alla typer av förpliktelser.

5.6.3 Rådgivningsavtal och andra besläktade avtal

I NJA 1987 s. 692 uttalade Högsta domstolen följande avseende en värderingsmans förpliktelser vid fastighetsvärdering:

Vad gäller spørsmålet om felet är att tillräkna Arne B. som oaktsamhet är följande att beakta. Vid fastighetsvärdering går det knappast att komma fram till ett värde, som blir lika högt oavsett vilken kunnig värderingsman som utför värderingen. Värdering av fast egendom är nämligen i mycket avhängig av värderingsmannens uppfattning om marknaden och om den aktuella fastigheten. Ett avsevärt utrymme måste därför finnas för värderingsmannens egen bedömning. Betydande avvikelse mellan värderingsmannens uppskattning och vad som i efterhand visar sig vara fastighetens faktiska värde måste tillåtas utan att en värderingsman kan anses ha förfarit försumligt. I förevarande fall är det emellertid inte fråga om ett uppskattningsfel utan om en oriktig och vilseledande uppgift beträffande ett faktiskt förhållande, nämligen möjligheten av exploatering för bebyggelse. För en värderingsman är det knappast förenat med någon större omgång att förvissa sig om rätten att bebygga en fastighet. Byggnadsrätten är avgörande för en exploateringsfastighets värde. Arne B. har brustit i sin undersökning av detta förhållande. Som domstolarna funnit har Arne B. därför vid fullgörandet av sitt värderingsuppdrag förfarit vårdslöst.

Av domskälen i detta fall framgår att domstolen gör en tudelad bedömning av värderingsmannens åligganden: hans ansvar avseende själva värderingen är ett ansvar där inget bestämt resultat kan krävas av honom, medan hans ansvar för uppgifter är striktare. De senare skall vara riktiga,

⁵⁴ Se vidare om skadestånd och *culpa* nedan kapitel 6.

medan värderingen i sig får avvika från det faktiska marknadsvärdet. Med den här föreslagna systematiseringen skulle detta innebära att värderingsmannens ansvar för själva värderingen utgör en förpliktelse att visa omsorg, medan hans ansvar för uppgifter är ett resultatansvar. Om denna indelning är riktig, borde det vid den förra förpliktelsen inte förekomma en fristående culpabedömning, men väl vid en bedömning av hans ansvar för uppgifters riktighet.

Ansaret för värderingen bedömdes inte av Högsta domstolen, eftersom det i målet endast var fråga om värderingsmannens ansvar för en oriktig uppgift. Vad gäller bedömningen av ansvaret för denna uppgift förekommer emellertid just en sådan fristående culpabedömning som enligt systematiseringen bör krävas. Det konstateras inledningsvis att uppgiften var oriktig; därmed har slagits fast att kontraktsbrott föreligger. Sedan är fråga om värderingsmannens *culpa*, och här vägs hans möjlighet att skaffa fram information om byggnadsrätten in. Eftersom denna information var lätt att få fram, och eftersom värderingsmannen i fallet ändå inte gav riktiga uppgifter i ifrågavarande hänseende, befanns han ha handlat culpöst och var därför skadeståndsansvarig.

Frågan är då hur det förhåller sig med själva värderingen, det vill säga vilket ansvar som gäller avseende denna. Värderingsmannens verksamhet är inte reglerad i lag och praxis på området tycks saknas. Ett åtagande av detta slag utgör dock ett rådgivningsavtal i vidare bemärkelse, och ledning kan därför sökas i andra fall beträffande rådgivaransvar.

Eftersom Högsta domstolen av naturliga skäl inte resonerar i termer av resultatförpliktelser och förpliktelser att visa omsorg, måste stödet för denna systematiska indelning med nödvändighet vara indirekt. I den mån ansvaret för själva rådgivningsmomentet i avtalet verkligen är ett ansvar för att ha utvisat tillbörlig omsorg, borde prövningen av ansvaret gå till på så sätt att domstolen konstaterar vilken omsorg som borde ha visats, samt att detta inte skett. Bedömningen borde således vara inriktad på att konstatera kontraktsbrott; när kontraktsbrottet väl har konstaterats, saknas utrymme för en ytterligare, fristående culpabedömning.

Bedömningen fick denna form i NJA 1981 s. 1091. Fråga var om ett rättsgångsombuds försummelse att yrka indexuppräknings av ett skadeståndsbelopp fram till dagen för ersättningsfrågans avgörande istället för endast fram till dagen för stämningens delgivande. Högsta domstolen uttalade:

Verksamheten på [den juridiska byrå], där [ombudet] tjänstgjorde som jurist, var till väsentlig del inriktad på service, rådgivning och juridiskt biträde i fastighetsrättsliga ämnen, däribland frågor om tillämpningen av naturvårdslagets bestämmelser. [Ombudet] får därför antagas ha varit väl förtrogen med bl.a. sistnämnda rättsområde, och [genkäranden] har haft

befogade anspråk på att kunna betrakta [ombudet] som specialist på detta område.

Under dessa förhållanden får det förutsättas att [ombudet] var väl insatt också i den nu aktuella frågan om indexuppräknings och att han således hade kännedom om de vid denna tid tillgängliga och i målet åberopade rättskällor som var av betydelse för en bedömning av indexfrågan, d.v.s. främst uttalandena under förarbetena till naturvårdslagen och de uttalandena som gjorts i standardlitteraturen på området.

Det som sker i detta fall är att domstolen definierar uppdragets närmare innebörd, det vill säga de krav som kan ställas på uppdragstagarens kunskap vid ett uppdrag av detta slag. Därmed har inte lagts fast något resultat som uppdragstagaren skall åstadkomma: det är kraven på hans fackmannamässighet, inte kraven på uppdragets eventuella resultat som diskuteras. Det första ledet i prövningen motsvarar således den teori som framförts ovan: prövningen börjar med att den omsorg som kan krävas av rådgivaren definieras.

I domskälen diskuteras sedan att det rådde osäkerhet avseende hur den för ombudets uppdrag relevanta rättsfrågan skulle bedömas och det konstateras att det trots osäkerheten kunde krävas av uppdragstagaren att han framställde ett yrkande om indexuppräknings över en längre tidsperiod än som hade skett. Grunden för detta konstaterande är hänsynen till klientens intresse. Trots att detta kan te sig som ett resultatansvar, är ändå fråga om en fortsatt bedömning av vad omsorgskravet i detalj skulle anses innebära i fallet. Domstolen uttalar inget om det resultat som ombudet skulle ha åstadkommit, utan fastställer endast de handlingar som uppdragstagaren borde ha företagit för att visa den omsorg som kunde krävas av honom. Domstolen fortsätter:

[Den juridiska byrån] har emellertid inte i målet anfört några omständigheter som kan anses ha innefattat godtagbara skäl för [ombudet] att inte framställa ett sådant mera långtgående yrkande.

Detta uttalande innebär inget annat än ett konstaterande att uppdragstagaren inte visat den omsorg som kunde krävas av honom. Även andra ledet i den föreslagna systematiseringen visar sig således i detta fall stämma överens med det som Högsta domstolen gör: efter det att omsorgsförpliktelsen konkretiserats konstateras att uppdragstagaren inte nått upp till den således angivna standarden. Han har därför gjort sig skyldig till kontraktsbrott. Domstolen uttalar sedan i direkt anslutning till detta:

På grund av vad sålunda anförts finner HD i likhet med HovR:n att [ombudet] vid fullgörandet av sitt uppdrag som rättegångsombud visat sådan försummelse att [genkäranden] är berättigad till ersättning för den skada han lidit till följd av [ombudets] försummelse.

Det förekommer alltså ingen fristående culpabedömning: fastställandet av ersättningsskyldigheten ansluter direkt till frågan huruvida kontraktsbrott förelegat. Även teorins tredje led visar sig alltså i detta fall överensstämma med rättspraxis.

Ytterligare ett exempel skall anföras: NJA 1994 s. 598 gällde en skatterådgivare som inte uppmärksammat uppdragsgivaren på att en serie transaktioner i syfte att minska uppdragsgivarens skattebörda löpte risk att underkännas av skattemyndigheten med stöd av 2 § i den då gällande lagen (1980:865) om skatteflykt. Frågan var om denna underlåtenhet kunde ådra rådgivaren skadeståndsansvar. Högsta domstolen uttalade:

Allmänt sett är det påkallat att den som lämnar rådgivning i komplicerade rättsfrågor fäster uppdragsgivarens uppmärksamhet på om prejudikat saknas och om rättsläget av denna eller någon annan anledning kan vara osäkert. Behovet av att sådan information lämnas måste emellertid vara beroende av vem uppdragsgivaren är, vilka kvalifikationer han har och om han redan känner till problematiken.

Genom detta uttalande definierar domstolen den generellt gällande omsorgsplikten⁵⁵, för att sedan betona att denna omsorg kan te sig olika beroende på vem uppdragsgivaren är. Det handlar alltså återigen om att definiera den avtalsenliga prestationen: denna definition ligger före konstaterandet att avtalsbrott föreligger.

Domstolen konstaterar sedan att uppdragsgivaren i förevarande fall redan hade kunskap om innebörden i lagen om skatteflykt, och att han därför inte kunde ha varit omedveten om att de transaktioner han avsåg att företa innebar en viss risk. Den omsorgsstandard som alltså enligt det tidigare sagda generellt kan krävas av uppdragstagare av det aktuella slaget modifieras med hänsyn till parternas kunskap och förutsättningar i det enskilda fallet; det som domstolen gör i detta avsnitt av domskälen är att tolka avtalet och de förpliktelser som detta innehåller med hänsyn till parterna och omständigheterna. Domstolen sammanfattar sin analys sålunda:

Sammantagna är omständigheterna sådana att det inte skäligen kan läggas banken till last som en skadeståndsgrundande oaktsamhet att banken vid sin rådgivning år 1988 underlät att informera [uppdragsgivaren] om att det var osäkert hur de ifrågavarande transaktionerna skatterettsligt kunde komma att bedömas.

Detta konstaterande föregår svaret på frågan om huruvida kontraktsbrott förelegat. I sammanhanget måste uttalandet anses innebära att ett

⁵⁵ Denna torde här avse det som Jan Kleinman kallat för den ”pedagogiska plikten”; jfr Kleinman, *Rådgivare*, s. 188

avtalsbrott inte ansågs ha förekommit. Även i detta fall visar sig således att vid omsorgsförpliktelser fastställandet av kontraktsbrott och konstaterandet att *culpa* förelegat i praxis sammanfaller.

Även en logisk-systematisk analys av omsorgsförpliktelser leder till denna slutsats. Enligt 12 § 1 st. 1 men. fastighetsmäklarlagen (1995: 400) skall fastighetsmäklaren ”utföra sitt uppdrag omsorgsfullt och i allt iakttä god fastighetsmäklarsed”. Enligt 20 § 1 st. samma lag gäller att

[o]m fastighetsmäklaren uppsåtligen eller av oaksamhet åsidosätter sina skyldigheter enligt 11–19 §§, skall han ersätta skada som till följd av detta drabbar köparen eller säljaren.

Skulle en prövning av fastighetsmäklarens eventuella skadeståndsskyldighet följa det schema som normalt sägs gälla vid bedömningen av inomkontraktuell skadeståndsskyldighet – att kontraktsbrott fastställs, det prövas huruvida *culpa* förelegat, och vid jakande svar på båda dessa frågor adekvansen och skadeståndets beräkning bedöms – skulle culpabedömningen behöva företas två gånger. Dels skulle vid frågan huruvida kontraktsbrott förelegat bedömas huruvida fastighetsmäklaren avvikit från den omsorg som enligt 12 § kan krävas av honom. Vid jakande svar på denna fråga skulle sedan behöva prövas huruvida han av vårdslöshet underlåtit att visa den omsorg som rimligtvis kan krävas av honom. Eftersom *culpa* som begrepp är en sammanfattning av det förhållandet att den omsorg som kan krävas av vederbörande uraktlåtit⁵⁶, skulle alltså exakt samma fråga behöva besvaras två gånger. Det förefaller vara omöjligt att tänka sig ett hypotetiskt fall där den omsorg som kan krävas av fastighetsmäklaren uraktlåtit utan att detta varit culpöst: förutsättningarna för att kontraktsbrott skall föreligga tycks sammanfalla med förutsättningarna för skadestånd.

Fastighetsmäklarlagen innehåller dock också exempel på resultatförpliktelser. Enligt 12 § 3 st. skall ”[p]engar och andra tillgångar som mäklaren får hand om för någon annans räkning hållas skilda från egna tillgångar.” Här är det ett visst givet resultat som stipuleras: pengar skall hållas avskilda. Man kan alltså utan omsvep, och utan att behöva definiera någon normal aktsamhetsstandard, konstatera att tillgångar hållits eller inte hållits avskilda, eller med andra ord, det finns en logiskt fristående prövning av huruvida kontraktsbrott föreligger. När väl denna fråga besvarats, blir en därifrån oavhängig fråga huruvida detta kontraktsbrott föranletts av *culpa*. Man har alltså här att göra med två led i prövningen.

⁵⁶ Jan Hellner, Svante Johansson, *Skadeståndsrätt* [nedan Hellner, *Skadeståndsrätt*], Sjätte upplagan, Norstedts juridik, Stockholm 2002, s. 125

Ett exempel på hur märkligt det kan bli när skillnaden mellan resultatförpliktelser och förpliktelser att visa omsorg inte uppmärksammas återfinns i lagen (2003:862) om finansiell rådgivning till konsumenter. Enligt lagens 5 § skall:

[n]äringsidkaren [...] i sin rådgivningsverksamhet iaktta god rådgivningssed och med tillbörlig omsorg ta till vara konsumentens intressen. Näringsidkaren skall anpassa rådgivningen efter konsumentens önskemål och behov samt inte rekommendera andra lösningar än sådana som kan anses lämpliga för konsumenten.

Näringsidkaren skall avråda konsumenten från att vidta åtgärder som inte kan anses lämpliga med hänsyn till konsumentens behov, ekonomiska förhållanden eller andra omständigheter.

Denna bestämmelse är skadeståndssanktionerad. Enligt 6 § gäller att:

Näringsidkare som genom finansiell rådgivning uppsåtligen eller av oaktsamhet orsakar konsumenten ren förmögenhetsskada skall ersätta skadan.

Den innehållsmässiga närheten mellan 5 § där näringsidkarens omsorgsplikt stipuleras och 6 § där de subjektiva rekvisiten för skadeståndsskyldighet anges uppmärksammades i förarbetena. Departementschefen konstaterade att:

[f]rågan om en finansiell rådgivare har agerat vårdslöst måste avgöras vid en helhetsbedömning av samtliga relevanta omständigheter i det enskilda fallet. En naturlig utgångspunkt för bedömningen utgör dock de skyldigheter som följer av 5 § i denna lag. Avvikelse från dessa skyldigheter medför dock inte med automatik att rådgivaren har agerat oaktsamt, även om en presumption härför nog ofta kan anses föreligga. Det kan i det enskilda fallet finnas godtagbara skäl för rådgivaren att inte uppfylla de föreskrivna kraven. Bestämmelsen i 5 § är dock inte ensamt avgörande vid culpabedömningen. Även andra faktorer än de skyldigheter som följer av 5 § kan få betydelse vid culpabedömningen, varför en helhetsbedömning i det enskilda fallet alltid är nödvändigt.⁵⁷

De i 5 § föreskrivna kraven är att näringsidkaren skall ”iaktta god rådgivningssed och med tillbörlig omsorg ta till vara konsumentens intressen” samt att han inte skall råda till åtgärder som är olämpliga. Samtliga dessa förpliktelser har givits en löslik definition, de utgör en omsorgsstandard. I förarbetena uppmärksammas att denna omsorgsstandard måste definieras i varje enskilt fall och att den således inte går att definiera i någon närmare detalj.⁵⁸ Enligt det ovan citerade stycket kan det alltså finnas

⁵⁷ Prop. 2002/03:133 s. 54

⁵⁸ Prop. 2002/03:133 avsnitt 6.2.3

situationer i vilka det definierats en individuell omsorgsstandard med hänsyn till den individuella konsumentens önskemål och behov, och där rådgivaren kan åsidosätta denna omsorgsstandard utan att vara culpös. Det skulle ha varit intressant att se ett exempel på en sådan situation, men det finns inget sådant i propositionen.

Man skulle kunna tänka sig att det som menas är att det kan föreligga situationer i vilka rådgivaren brutit mot riktlinjer och rekommendationer som med stöd av lagen skall utfärdas av konsumentverket.⁵⁹ Det är förvisso riktigt att en culpabedömning skall ta hänsyn till föreskrifter, och att det kan tänkas att även riktlinjer och rekommendationer skall beaktas därvidlag; ett brott mot en föreskrift eller riktlinje allena är emellertid i allmänhet inte tillräckligt för att *culpa* skall anses föreligga.⁶⁰ Detsamma gäller eventuellt förekommande självregleringar. Om omsorgsstandarden enligt 5 § skall närmare definieras med hänsyn till den individuella konsumentens behov, kan en abstrakt utformad självreglering inte utan vidare anses vara avgörande när det i ett individuellt fall skall bedömas huruvida rådgivaren varit vårdslös. Det finns inga objektiva kriterier utanför lagen om finansiell rådgivning som abstrakt skulle kunna definiera den erforderliga omsorgsstandarden. Omsorgsstandarden i 5 § är formulerad på ett oprecist sätt, och domstolarna är därför alltid tvungna att göra en helhetsbedömning som till syvende og sist är skönsmässig.⁶¹

Lagens 6 § saknar därför självständig mening vad avser de civilrättsliga förpliktelser som är stadgade i 5 §, och tvärtemot vad som påstås i propositionen utlöses skadeståndsskyldigheten med automatik när rådgivaren brutit mot en civilrättslig plikt som anses följa av 5 §. Detta grundar sig i att *culpa* inte är annat än ett brott mot den omsorg som kan krävas av den culpöse; definieras en kontraktuell plikt som en plikt att visa omsorg, blir därför ett brott mot den kontraktuella plikten automatiskt skadeståndsgrundande.

⁵⁹ Det kan konstateras att det i lagen inte finns stöd för utfärdande av föreskrifter avseende den civilrättsliga omsorgsplikten, utan endast avseende de näringsrättsliga skyldigheter som också stadgas i lagen; jfr 4 § lagen om finansiell rådgivning till konsumenter. I den till lagen anslutande förordningen (2004:17) om finansiell rådgivning till konsumenter, som endast innehåller en paragraf, föreskrivs att: "Konsumentverket och Finansinspektionen får var för sig meddela föreskrifter om vad näringsidkare som står under respektive myndighets tillsyn skall iakttä vid rådgivning enligt lagen (2003:862) om finansiell rådgivning till konsumenter när det gäller rådgivares kompetens, dokumentation av rådgivning, utlämnande av sådan dokumentation och om undantag från skyldigheten att lämna ut dokumentationen. Konsumentverket och Finansinspektionen skall samråda med varandra innan de meddelar föreskrifterna." Här sägs alltså heller ingenting om de civilrättsliga skyldigheterna som rådgivaren kan tänkas ha.

⁶⁰ Hellner, *Skadeståndsrätt*, s. 125 f.

⁶¹ Hellner, *Skadeståndsrätt*, s. 130

Av de avtalstyper som diskuterats här framgår alltså att även svensk rätt innehåller en skillnad mellan resultatförpliktelser och förpliktelser att visa omsorg. Distinktionen är förvisso ännu inte systematiserad, men den leder icke desto mindre till olika bedömningar; den har alltså juridiska konsekvenser och är således värd att uppmärksamma.

5.6.4 Entreprenadavtal

Civilrättslig lagstiftning om entreprenader mellan näringsidkare saknas.⁶² Enligt det inom entreprenadbranschen utarbetade standardavtalet AB 04 är dock entreprenörens ansvar för både dröjsmål och fel generellt att anse som resultatförpliktelser, för vilka dessutom ett strikt ansvar gäller. Enligt 2 kap. § 1 AB 04 skall entreprenaden utföras i enlighet med lämnade anvisningar, eller eljest i klass med arbetena i övrigt; arbetet skall vara fackmannamässigt. Vad gäller bestämmelsen att arbetet skall utföras i enlighet med lämnade anvisningar eller i klass med arbetena i övrigt ingår inget allmänt krav på omsorg i denna definition av kontraktsprestationen. Förpliknelsen är en resultatförpliktelse. Fackmannamässighet torde ofta vara en objektivt fastställbar standard, efter vilken entreprenören inte endast skall sträva, utan vilken han skall uppnå. Den kan dock också anses utgöra en förpliktelse att visa omsorg, eftersom entreprenören vid oförutsedda situationer måste utöva sitt professionella skön. I denna del är alltså felbestämmelsen i AB 04 att anse som en förpliktelse att visa omsorg. Under garantitiden – som löper under fem år från entreprenadens godkännande, 4 kap. § 7, 3 st. – ansvarar entreprenören enligt 5 kap. § 5 för alla fel. Efter garantitiden svarar han enligt 5 kap. § 6 endast för väsentliga fel.

Även dröjsmålsansvaret enligt AB 04 är ett resultatansvar. Enligt 4 kap. § 2 skall entreprenaden vara färdig enligt tidsplanen (varvid hänsyn tas till eventuella grunder för en förlängning av entreprenadtiden enligt AB 04); denna bedömning görs utan hänsyn till den av entreprenören utvisade omsorgen.

De centrala förpliktelserna i ett entreprenadkontrakt är således till övervägande del att anse som resultatförpliktelser. Över huvud taget präglas AB 04 av att förpliktelserna normalt är resultatförpliktelser.⁶³ Det kan antas att detta förhållande föranleds av att bevisning om kontraktsbrott blir mycket lättare att föra ifall den förpliktelse som påstås ha brutits är

⁶² Lars-Otto Liman, *Entreprenad- och konsulträtt*, Svensk byggtjänst, Stockholm 2002, s. 14

⁶³ Se till exempel 1 kap. § 6 om ansvaret för uppgifter.

en resultatförpliktelse. Istället för att tolka avtalet och försöka utröna vilka förpliktelser som omfattas av det, räcker det att konstatera att ett resultat som utlovats inte uppnåtts för att den kontraktsbrottslidande parten skall kunna göra gällande påföljder.⁶⁴ Indelningen i resultatförpliktelser och förpliktelser att visa omsorg har således sin grund också i kommersiella överväganden.

5.6.5 Betalningsförpliktelser

Betalningsförpliktelser är att anse som resultatförpliktelser: det faktum att betalning inte görs på förfallodagen är tillräckligt för att kontraktsbrott skall föreligga, och en culpabedömning ingår inte som led i prövningen av kontraktsbrottet.⁶⁵ Detta framgår av 3 och 4 §§ räntelagen (1975:635), där det stadgas att vid i förväg bestämd förfallodag dröjsmålsränta börjar löpa från förfallodagen, alternativt, utanför näringsidkarförhållanden, 30 dagar efter anfordran.⁶⁶ Dröjsmålsräntan avser den normala förlust som borgenären kan antas lida av att tvingas vara utan medlen efter förfallodagen; skadestånd utöver dröjsmålsräntan anses i princip utgöra en möjlig påföljd, men här gäller särskilda krav på förutsebarhet av den ytterligare skada borgenären gör gällande.⁶⁷ Då dröjsmålsräntan utgör en påföljd för försummelse av en betalningsförpliktelse, och denna ränta utgår från förfallodagen utan att något krav på *culpa* ställs, alternativt beräknas med utgångspunkt i förfallodagen, måste betalningsförpliktelser anses som resultatförpliktelser. I den mån det för andra påföljder krävs att ytterligare rekvisit är uppfyllda, får dessa rekvisit prövas efter det att kontraktsbrott fastställts.

⁶⁴ Se avseende det i här relevanta avseenden i stort likalydande AB 92 Vagner, *Entreprenseret*, s. 160

⁶⁵ Undantag kan föreligga när den försenade betalningen beror på borgenärens bristande medverkan till uppfyllelsen. I sådant fall är det dock denne som gjort sig skyldig till kontraktsbrott, och detta kontraktsbrott avser inte själva betalningsförpliktelser, utan en medverkansförpliktelse. Dessa situationer inte kan därför inte påverka den allmänna bedömningen. Jfr Kai Krüger, *Pengekrav*, 2:a upplagan, Universitetsforlaget AS, Bergen, Oslo, Stavanger, Trømsø 1984, s. 238

⁶⁶ Jfr här 5 § skuldebrevslagen, som stadgar att skuldebrev vars förfallodag inte är bestämd förfaller till betalning vid anfordran.

⁶⁷ Walin, *Skuldebrev*, s. 58 ff. Se även NJA 1991 s. 217

5.6.6 De systematiska implikationerna av skillnaden mellan resultatförpliktelser och förpliktelser att visa omsorg

Som påpekats av Rodhe är vid förpliktelser att visa omsorg vållandebegreppet centralt för bedömningen av huruvida kontraktsbrott föreligger.⁶⁸ Det har ovan visats att svensk rätt tycks göra en outtalad skillnad mellan förpliktelser att visa omsorg och resultatförpliktelser i det att vid resultatförpliktelser det uteblivna resultatet förefaller vara en nödvändig och tillräcklig betingelse för att kontraktsbrott skall anses föreligga, medan vid förpliktelser att visa omsorg det redan i frågan huruvida kontraktsbrott föreligger förefaller ingå ett led av culpabedömning i prövningen.

Är detta riktigt har det betydelse för den skadeståndsrättsliga culpabedömningen samt eventuella andra culpabedömningar vid prövningen av kontraktuella påföljder: vid förpliktelser att visa omsorg är det inte ens teoretiskt meningsfullt att företa två culpabedömningar – en vid bedömningen av huruvida kontraktsbrott föreligger och en som led i prövningen huruvida rätt till skadestånd föreligger. Frånvaron av *culpa* blir med detta betraktelsesätt en exculpationsgrund endast vid resultatförpliktelser. Omvänt är frågan hur ett kontrollansvar skall tillämpas vid förpliktelser att visa omsorg, där kontraktsbrottet i sig förutsätter *culpa* från gäldenärens sida.⁶⁹ Dessa frågor skall besvaras nedan i kapitlet om kontraktuella påföljder avseende logistikavtalet, men det kan redan här konstateras att en systematisk skillnad mellan resultatförpliktelser och förpliktelser att visa omsorg måste anses bidra till analytisk klarhet.

Resultatförpliktelser och förpliktelser att visa omsorg får för övrigt inte förväxlas med den gamla skillnaden mellan species- och genusförpliktelser. Den senare skillnaden avser prestationers substituerbarhet, medan den förra avser konkretiseringsgraden i gäldenärens förpliktelse. En genusförpliktelse kan således utgöra en resultatförpliktelse – och torde vid de objektcentrerade avtalen såsom köp också normalt göra det – medan en speciesförpliktelse som till exempel ett sakkunnigutlåtande från en viss namngiven expert med avseende på utlåntandets innehåll (till skillnad från förpliktelsen att över huvud taget åstadkomma ett utlåtande) torde utgöra en förpliktelse att visa omsorg.

Klassifikationen av en förpliktelse som resultatförpliktelse tycks också påverka svaret på frågan när vederlaget för prestationen förfaller till betalning.⁷⁰ Om kontraktsbrott föreligger när det utlovade resultatet inte

⁶⁸ Rodhe, *Obligationsrätt*, s. 184

⁶⁹ Jfr en liknande argumentation redan hos Erling Selvig, *The Freight Risk. A Comparative Study* [nedan Selvig, *Freight Risk*], Arkiv for sjørett, Band 7, häfte 1, Rambæks Trykkeri, Oslo 1965, s. 14 f.

⁷⁰ Se närmare nedan 8.3.3.3

uppnås eller inte uppnås i rätt tid, följer därav att prestationen är fullgjord endast när rätt resultat uppnåtts i rätt tid. Vid resultatförpliktelser torde därför vederlaget normalt förfalla till betalning först när det utlovade resultatet uppnåtts. Det bör uppmärksammas att tiden för uppfyllelsen vid resultatförpliktelser inte tycks spela någon roll i vederlagshänseende: så länge avtalet inte är hävt berättigar även fullgörelse efter den ursprungligen överenskomna tidpunkten till vederlag. Detta vederlagskrav kan i förekommande fall behöva helt eller delvis kvittas mot ett skadeståndskrav som motparten har, men detta påverkar inte det faktum att vederlaget i och för sig är intjänat. Vid omsorgsförpliktelser kan däremot gäldenären kräva betalt när han uppfyllt de handlingar som enligt kontraktet kan krävas av honom.⁷¹ Denna fråga skall behandlas närmare nedan i detta arbete.

Som framgår av det faktum att tiden för fullgörelsen normalt inte tycks spela roll för huruvida vederlaget förfaller efter fullgjord prestation bör uppmärksammas att skillnaden mellan resultatförpliktelser och förpliktelser att visa omsorg endast i begränsad utsträckning kan antas påverka tidpunkten då vederlaget förfaller.⁷² För att ta exemplet fastighetsmäklari måste mäklaren förvisso hålla pengar och andra tillgångar som han får omhänder avskilda från egna tillgångar, vilket är att anse som en resultatförpliktelse; å andra sidan är inte mäklarens rätt till ersättning betingad av att tillgångarna hålls avskilda.⁷³ Det är alltså endast vissa prestationer vars fullgörande utgör ett villkor för att ett krav på vederlag skall uppkomma. Frågan om vilka prestationer som kan anses utgöra villkor för uppkomsten av ett vederlagskrav behandlas inte närmare i detta arbete.⁷⁴

⁷¹ Jfr Krüger, *Kontraktsrett*, s. 324, som dock behandlar förevarande fråga från ett riskperspektiv.

⁷² Gomard tycks säga att det finns ett rättsgrund-/rättsföljdförhållande mellan uppnåendet av resultatet och förfallotiden för vederlagskravet, Bernard Gomard, *Obligationsret*, 1. Del, 3:e omarbetade upplagan, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, Köpenhamn 1998, s. 10 och 185 f. Detta uttalande torde vara för onyanserat, jfr Krüger, *Kontraktsrett*, s. 324 f.

⁷³ Se 21 § 2 st. samt 23 § fastighetsmäklarlagen, där det stadgas att mäklaren har rätt till provision endast om avtal om överlåtelse träffats, samt att hans krav på vederlag kan sättas ned om han försummat sina skyldigheter mot säljaren eller köparen (vilket senare förutsätter att han i princip har ett krav på vederlag).

⁷⁴ Se dock allmänt om förfallotiden för vederlagskravet nedan kap. 8.3.3. Generellt kan förmodas att det vid varje avtalstyp finns centrala förpliktelser som karakteriserar respektive gäldenärens prestation och därmed avtalstypen, såsom till exempel säljarens leverans av varan och köparens betalning vid köp. Är denna karakteriserande förpliktelse en resultatförpliktelse (som vid köp), torde vederlaget generellt sett förfalla när det stipulerade centrala resultatet uppnåtts. Frågan kan inte dryftas närmare här.

Skillnaden mellan resultatförpliktelser och förpliktelser att visa omsorg förefaller således vara central för kontraktsrätten: de olika kategorierna leder analysen i olika banor, och den rättsliga bedömningen av olika förpliktelser och eventuella kontraktsbrott bör därför skifta med kategoriseringen av förpliktelser som resultatförpliktelser eller förpliktelser att visa omsorg. Skillnaden mellan dessa två kategorier av förpliktelser kommer därför i det följande att läggas till grund för behandlingen av de påföljder som borgenären kan använda sig av när det förekommer ett kontraktsbrott vid logistikavtal.

5.7 Grunder för indelningen mellan resultatförpliktelser och förpliktelser att visa omsorg

Den centrala ställning som indelningen i resultatförpliktelser och förpliktelser att visa omsorg sålunda intar i denna framställning föranleder frågan efter vilka grunder en förpliktelse skall klassificeras som en förpliktelse att visa omsorg eller som en resultatförpliktelse. Utgångspunkten för sådana bedömningar måste, liksom alltid i kontraktsrätten, vara avtalet. Därvid är inte ensamt avgörande huruvida parterna rubricerat olika förpliktelser som förpliktelser att visa omsorg eller som resultatförpliktelser.⁷⁵ Frågan är snarare hur förpliktelserna objektivt skall karakteriseras. Det behövs alltså ledning för bedömningen av huruvida en viss förpliktelse i avtalet skall anses utgöra en resultatförpliktelse eller en förpliktelse att visa omsorg.

Av de ovan presenterade modellerna i främmande rättsordningar för indelningen i resultatförpliktelser och förpliktelser att visa omsorg är den engelska modellen för oprecis för att vara användbar utan modifieringar: det förefaller för enkelt att generellt säga att alla tjänsteprestationer vilar på en förpliktelse att visa omsorg, medan alla godsbaseade prestationer utgör resultatförpliktelser. Det korrekta i tankegången är dock att avtalsförpliktelser som går ut på prestationen av ett på visst sätt beskrivet objekt normalt utgör resultatförpliktelser. En tandläkare som tillverkar en tandprotes kan knappast anses endast lova att han skall utöva all erforderlig omsorg för att protesen skall passa patienten, utan om protesen inte passar har tandläkaren inte levererat det han utlovat. Han har därmed begått kontraktsbrott, och detta fastställs endast genom att protesens kva-

⁷⁵ Jfr den allmänna avtalstolkningsgrundsatsen att *falsa demonstratio non nocet*; Jan Ramberg, Christina Ramberg, *Allmän avtalsrätt* [nedan Ramberg, *Avtalsrätt*], Sjätte upplagan, Norstedts juridik, Stockholm 2003, s. 179

litet bedöms. Detta innebär att förpliktelsen att framställa en protes som passar patienten utgör en resultatförpliktelse.⁷⁶ Det motsatta torde normalt gälla vid förpliktelser där en bestämd definition av vad som skall åstadkommas inte föreligger. En skatterådgivare lovar normalt att se till att klientens skatt blir den minsta möjliga inom ramen för skattelagstiftningen, men han lovar inte att skatten maximalt skall utgöra en viss summa eller procentandel av klientens inkomst. När skatterådgivarens eventuella ansvar ifrågasätts, måste därför prövas om han iakttagit den omsorg som enligt avtalet kan krävas av honom. Något bestämt resultat med ledning av vilket kontraktsbrottsfrågan skulle kunna avgöras finns inte angivet i avtalet.

I detta perspektiv framstår förpliktelser att visa omsorg som subsidiära till resultatförpliktelser. Det är endast när ett visst resultat som den uppfyllda förpliktelsen skall frambringa inte kan definieras att förpliktelsen kan anses utgöra en förpliktelse att visa omsorg. Avtalstolkaren måste därför utröna huruvida en viss förpliktelse kan sägas leda till ett visst konkretiserat resultat eller inte.

I denna tolkningsprocess torde den franska rättens indelningsgrund – huruvida det ligger inom gäldenärens maktsfär att åstadkomma ett visst resultat eller ej – kunna utgöra ledning, särskilt när tolkningen övergår i utfyllnad. Ett exempel är här det ovan under 5.6.3. citerade rättsfallet NJA 1987 s. 692, där Högsta domstolen avseende själva värderingen av en fastighet uttalade att man knappast kan förvänta sig att olika värderingsmän skall komma fram till samma värde av en fastighet, medan en uppgift som ligger till grund för värderingen och som värderingsmannen inhämtar från tredje man skall vara riktig. Vid värderingen måste med nödvändighet olika preferenser och uppskattningar av potentiella köparens beredskap att betala en viss summa pengar spela en framträdande roll; vid lämnandet av en uppgift gäller det endast att inhämta uppgiften från rätt tredje man och att reproducera den korrekt. Avseende den förstnämnda förpliktelsen skulle kunna sägas att det är fastighetens ”korrekta” värde som värderingsmannen skall sträva efter att komma fram till; eftersom detta värde dock påverkas av en mängd faktorer som en värderingsman inte till fullo kan överblicka, utgör värderingsmannens förpliktelse i denna del endast en förpliktelse att med omsorg försöka få fram ett korrekt värde. Den sistnämnda förpliktelsen – lämnande av korrekta uppgifter – ligger helt i gäldenärens maktsfär att åstadkomma, eftersom han lämnar en uppgift som han inhämtat från tredje man och vars innehåll inte påverkas av värderingsmannen själv; lämnandet av korrekta uppgifter utgör därför en resultatförpliktelse.

⁷⁶ Exemplet är baserat på det engelska fallet *Samuels v. Davis* [1943] KB 526

Indelningen i resultatförpliktelser och förpliktelser att visa omsorg anses i detta arbete alltså ligga i den konkretiseringsgrad med vilken olika förpliktelser är beskrivna i avtalet. Typiskt sett torde kunna sägas att förpliktelser att avlämna en vara eller tjänst, eller att försätta ett fysiskt objekt i ett visst tillstånd, liksom förpliktelser att ha fullgjort prestationen vid en viss tidpunkt utgör resultatförpliktelser, medan förpliktelser att lämna råd eller att göra en uppskattning utgör förpliktelser att visa omsorg. Kategoriseringen av förpliktelser i resultatförpliktelser och förpliktelser att visa omsorg får aldrig bli rigid, utan varje ifrågasatt förpliktelse måste bedömas i det individuella avtalets kontext. Det som sagts ovan utgör därvid riktlinjer, inte klara indelningsgrunder.

I ett system som vilar på riktlinjer, snarare än klara regler, finns naturligtvis faran att en viss osäkerhet kan göra sig gällande: frågan om huruvida en förpliktelse utgör en resultatförpliktelse eller en förpliktelse att visa omsorg kan lätt tänkas bli omstridd och föranleda tvist. Eftersom parterna emellertid har möjlighet att klart definiera förpliktelsernas natur⁷⁷, behöver denna osäkerhet inte vara besvärande, och när den ändå är det torde osäkerheten inte vara större än vid frågan huruvida vissa uttalanden under avtalsförhandlingarna utgör avtalsinnehåll eller ej. Gränsdragningsproblem kan inte elimineras genom definitioner, i vart fall inte om dessa definitioner skall återspegla någon form av verklighet. Det faktum att även ett grundläggande begreppspar som resultatförpliktelse och förpliktelse att visa omsorg kan tänkas leda till gränsdragningsvårigheter är i sig inget argument mot dessa begrepp. Den fortsatta undersökningen kommer därför att bygga på distinktionen mellan resultatförpliktelse och förpliktelse att visa omsorg, varvid förutsätts att den förpliktelse vars åsidosättande skall föranleda användningen av en viss påföljd redan har kategoriserats som resultatförpliktelse eller förpliktelse att visa omsorg.

⁷⁷ Här räcker det förstås inte att bara kalla en förpliktelse för resultatförpliktelse eller förpliktelse att visa omsorg, utan förpliktelsernas reella innehåll måste stämma överens med benämningen för att få avsedd verkan.

6 Skadeståndsansvar

6.1 Inledning

I Speciell avtalsrätt II uttalar Jan Hellner:

Allmänt kan sägas att vid *styrkt vållande* skadestånd nästan alltid utgår, och detta kan såtillvida betecknas som en huvudregel. [...] Vid många kontrakt utgår skadestånd även utan styrkt vållande.¹

Carl Jacob Arnholm uttrycker sig på ett liknande sätt när han förklarar att *culpa* i många, men långtifrån alla fall är att anse som en förutsättning för att skadeståndsansvar skall uppkomma:

Felles for gruppen [av partiella kontraktsbrott – Arnholm förespråkar ett strikt ansvar vid helt uteblivna prestationer; *min anm.*] er vel egentlig bare det negative, at man ikke her har det samme gunnlag for en objektivisering av ansvaret som når det gjelder den normale oppfyllelsesinteresse. Noen generell regel lar sig neppe oppstille.²

Denna uppfattning har även företråtts av andra forskare i Norden.³ Med denna beskrivning av det kontraktuella skadeståndsansvaret blir en första fråga vad den inomkontraktuella culpanormen egentligen innebär. Först när huvudregeln är klar, kan en diskussion föras om undantagen från denna.

¹ Jan Hellner, *Speciell avtalsrätt II, Kontraktsrätt. 2 häftet. Allmänna ämnen* [Hellner, *Kontraktsrätt 2*], Tredje upplagan, Juristförlaget, Stockholm 1996, s. 195; kursiveringen i originalet.

² Carl Jacob Arnholm, *Privatrett III. Almindelig obligasjonsrett* [nedan Arnholm, *Obligationsrett*], Johan Grundt Tanum, Oslo 1974, s. 302; jfr dock Lena Olsen, *Borgenärens val vid kontraktsbrott* [nedan Olsen, *Borgenärens val*], Norstedts juridik, Stockholm 1997, s. 515 f., som behandlar köp- och uppdragsrätten för sig och alltså inte uttalar sig generellt för hela kontraktsrätten.

³ Se till exempel Henry Ussing, *Obligationsretten. Almindelig del* [nedan Ussing, *Obligationsretten*], Fjärde upplagan av A. Vinding Kruse, Juristforbundets forlag, Köpenhamn 1961, s. 110; Gomard, *Obligationsret*, s. 131 f.; Lars Erik Taxell, *Avtalsersättning och culpa* [nedan Taxell, *Avtalsersättning*], TFR 1987 s. 343; Krüger, *Kontraktsrett*, s. 789 ff.; Per Augdahl, *Den norske obligasjonsretts almindelig del* [nedan Augdahl, *Obligasjonsrett*], 5:e upplagan, H. Aschehoug & Co (W. Nygaard), Oslo 1978, s. 221; Rodhe, *Obligationsrett*, s. 528

6.2 Den inomkontraktuella culpanormens innebörd

6.2.1 Inledning. Åsikter i litteraturen

Enligt 1 kap. 1 § skadeståndslagen (1975:207) gäller bestämmelserna i denna lag ”om ej annat är särskilt föreskrivet eller föranledes av avtal eller i övrigt följer av regler om skadestånd i avtalsförhållanden”. I skadeståndslagen är den mest grundläggande förutsättningen för att skadestånd skall utgå att det förelegat vållande, *culpa*, hos den som givit upphov till skadan⁴: då alltså vållande betecknas som den grundläggande förutsättningen för skadestånd både i utomobligatoriska och som huvudregel i avtalsförhållanden, blir frågan huruvida begreppet avser samma juridiska regel i båda fallen. Frågan är med andra ord huruvida begreppet *culpa* betecknar samma sak inom och utom kontrakt.

Lundstedt företrädde uppfattningen att det inte finns någon grundläggande skillnad mellan utomkontraktuell och kontraktuell *culpa*⁵: han ansåg att till grund för culpabegreppet ligger det förhållande att rättsordningen försöker förhindra icke-önskvärda handlingar. Icke-önskvärda handlingar kan förekomma både inom och utom kontrakt, och det finns således ingen juridiskt relevant skillnad mellan de två typerna av culpa-bedömning.⁶

Även Ussing hänvisar till framställningar om utomkontraktuellt skadestånd när han diskuterar culpabegreppets närmare innebörd i kontraktsrätten.⁷ Han tillägger bland annat att ”[h]ovedbetingelsen for ansvar er, at der foreligger en *misligholdelse*, og det må yderligere kræves, at skyldneren har båret sig anderledes ad, end fordringshaveren havde krav på.” Han gör alltså en klar åtskillnad mellan frågan huruvida kontraktsbrott föreligger, och frågan om *culpa*. Senare författare tenderar istället att betona att culparegeln i hög grad påverkas av den kontraktuella kontexten.⁸ Krüger uttalar till exempel:

⁴ Jfr 2 kap. skadeståndslagen och de däri ingående paragraferna.

⁵ A.V. Lundstedt, *Grundlinjer i skadeståndsrätten. Förra delen culpa-regeln*, A.-B- L. Norblads bokhandel, Uppsala 1935, s. 11 till 24

⁶ Jfr också Taxell, *Avtalsersättning*, på s. 345, där han påpekar att ”[d]et har funnit och finns fortfarande en strävan att se kontraktuellt och utomkontraktuellt skadeståndsansvar som en helhet, att försöka bedöma de två grupperna enligt enahanda grundlinjer.”

⁷ Ussing, *Obligationsretten*, s. 110

⁸ Se Gomard, *Obligationsretten*, s. 143; Arnholm, *Obligationsretten*, s. 292, den senare med ytterligare hänvisningar.

Selv om lovgiveren ikke har gitt særregler om skyldansvar, vil begrunnede prestasjonsforventninger kunne lede til culpaansvar allikevel, [...] Culpa-vurderingen vil da knytte seg til kvaliteten i det utførte arbeid eller den erlagde prestasjon, [...]”⁹

Om culpabedømmingen knytter an till frågan om kvaliteten i den erlagda prestationen, tycks därav följa att frågan måste ställas om hur den avtals-enliga kvaliteten bestäms. Krüger själv talar om ”begrunnede prestasjons-forventninger”. Detta uttryckssätt utgör en anknytningspunkt till avtals-tolkningen och avtalsutfyllningen, då kontraktsprestationen ofta inte torde vara bestämd i alla detaljer och alltså måste bestämmas närmare. Krügers resonemang implicerar med andra ord att avtalsprestationen genom tolkning och utfyllning bestäms i detalj, och att culpabedöm-ningen sedan anknyter till den således bestämda kvaliteten som presta-tionen enligt avtalet skall hålla. Om culpakravet i enlighet med den av Ussing anförda meningen är självständigt, följer av detta att domstolen i en tvist om en avtalsprestation först måste fastlägga den kvalitet i pre-stationen som krävs enligt avtalet. Detta sker genom tolkning av avtalet, samt, om så krävs, genom utfyllning av detsamma. Sedan kvaliteten i pre-stationen bestämts måste därefter frågan ställas huruvida den uppnåtts av den svarande parten: har detta inte skett, föreligger kontraktsbrott, och först då uppkommer som en tredje fråga i prövningen huruvida miss-lyckandet är att hänföra till partens *culpa*.¹⁰

I det följande skall undersökas huruvida denna modell återspeglar det som händer i domstolarna. För att en sådan undersökning skall bli me-ningsfull måste den ta sin utgångspunkt i en jämförelse mellan reglerna för avtalstolkning och i synnerhet avtalsutfyllning, och reglerna för hur culpakravet skall preciseras i det konkreta faktiska fallet. Med denna jämförelse som grund skall sedan analyseras vad domstolarna gör i prak-tiken, och huruvida det i den praktiska hanteringen av juridiska regler finns den trestegsmodell som doktrinen implicerar.

⁹ Krüger, *Kontraktsrett*, s. 790 f.

¹⁰ På detta sätt också Taxell, *Avtalsersättning*, som på s. 352 säger att ”[v]ållande hos gäl-denären eller någon för vilken han ansvarar utgör [...] en grund för ersättningskyldighet – utöver avtalsbrottet.”

6.2.2 Culpakravets förhållande till avtalsutfyllning

6.2.2.1 *Avtalstolkning och avtalsutfyllning*

De flesta författare betonar att det finns en skillnad mellan avtalstolkning och avtalsutfyllning. Lehrberg förklarar skillnaden på följande sätt:

Utfyllning är den verksamhet, som måste tillgripas när underlaget för tolkningen inte längre är bärande. Man kan då inte komma till något resultat med hjälp av tolkning på grundval av det uttryckta avtalsinnehållet och parternas respektive uppfattningar om vad deras överenskommelse innebär. I stället får man ta till utfyllning, som grundar sig på andra rättsregler än tolkningen.¹¹

Även Adlercreutz betonar att övervägandena är andra vid utfyllning än vid tolkning:

Det väsentliga är att det här gäller en tillämpning av objektiva – icke nödvändigtvis av partsviljan täckta – normer till skillnad från för avtalsituationen specifika normer (grundade på tolkningsdata).¹²

Skillnaden mellan tolkning och utfyllning ligger således i att tolkningen, som Ramberg och Ramberg uttrycker det, ”direkt eller indirekt kan härledas till avtalspersonerna själva”¹³, medan det avtalsinnehåll som fås fram genom utfyllning förvisso är en del av avtalet, men är hämtat från material som ligger utanför parternas egna förhållanden. Samtidigt betonar flera författare att det i praktiken inte går att dra någon skarp skiljelinje mellan tolkning och utfyllnad.¹⁴

Det är närmast en självklarhet att ett ofullständigt avtal fylls ut med dispositiva regler: när allt kommer omkring är ju de dispositiva reglerna just tänka som normallösningar när parterna inte kommit överens om annat. Till dispositiva regler räknas här både regler i lag, allmänna rättsprinciper och genom prejudikat tillkomna regler.¹⁵ Utfyllning genom

¹¹ Bert Lehrberg, *Avtalstolkning* [nedan Lehrberg, *Avtalstolkning*], Institutet för Bank- och Affärsjuridik, Uppsala 2003, s. 176

¹² Axel Adlercreutz, *Avtalsrätt II* [nedan Adlercreutz, *Avtalsrätt II*], Femte upplagan, Juristförlaget i Lund, Lund 2001, s. 16

¹³ Ramberg, *Avtalsrätt*, s. 183

¹⁴ Se till exempel Adlercreutz. *Avtalsrätt II*, s. 16; Ramberg, *Avtalsrätt*, s. 185; Lennart Vahlén, *Avtal och tolkning*, P.A. Norstedt & söners förlag, Stockholm 1960, s. 196 f.

¹⁵ Den dispositiva rättens avtalsutfyllande funktion visar för övrigt på en närhet mellan de kontinentaleuropeiskt präglade rättsordningarna och *common law*-läran om *implied terms*, här närmast *terms implied by law*. Jfr om *terms implied by law* Kim Lewison, *The Interpretation of Contracts*, Sweet & Maxwell, London 2004, kap. 6. Liknande om närheten mellan *common law* och *civil law* i detta avseende Jori Munukka, *Harmonisation of Contract Law: In Search of a Solution to the Good Faith Problem*, in Peter Wahlgren (utg.), *Perspectives on Jurisprudence. Essays in Honor of Jes Bjarup*, Scandinavian Studies in Law

tvingande alternativt klara dispositiva regler är förhållandevis okomplicerad, och lämnas i det följande därhän.¹⁶ I detta kapitel är sådana situationer relevanta i vilka parterna inte explicit eller underförstått reglerat sina förpliktelser och där dispositiva regler i ovan angiven bemärkelse saknas. I dessa situationer är domstolarna tvungna att tillgripa det som i doktrinen har kallats för ”individuell utfyllning”.¹⁷

Vad den individuella utfyllningen är och hur den skall gå till är ytterst bristfälligt klarlagt i forskningen, och det finns endast mycket generella uttalanden om vilka standarder som bör tillämpas vid denna utfyllningsmetod.¹⁸ Adlercreutz uttalar om den situation där det inte finns något uppenbart tillämpligt rättsligt material:

I många fall saknas sådana regler, och domstolarna måste, ehuru det sällan utsäges, antingen skapa en regel eller söka en mer eller mindre skönsmässig lösning begränsad till det särskilda fallet. Men även när det senare sker och avgörandet är ett resultat av *rättsliga överväganden om den lämpligaste lösningen*, kan i realiteten en regel anses vara skapad och tillämpad.¹⁹

Volume 48, Stockholm Institute for Scandinavian Law, Stockholm 2005, s. 229, avsnitt 4.3, *Implied Terms and Default Law*. Kristian Huser, *Avtaletolkning* [nedan Huser, *Avtaletolkning*], Universitetsforlaget, Bergen 1983, s. 127, betecknar det dock som en ”smaksak” huruvida man vill se den supplerande dispositiva rätten som avtalsinnehåll eller ej.

¹⁶ Det är i detta sammanhang viktigt att uppmärksamma att det måste skiljas mellan bevisbörderegler som leder till att avtalet skall anses ha ett visst innehåll och bevisbörderegler om huruvida kontraktsbrott föreligger eller inte. Bevisbörderegler av det senare slaget utgörs till exempel av det så kallade presumptionsansvaret. Medan det första slaget av bevisbörderegler är materiellt i den bemärkelsen att avtalets dispositiva innehåll fastställs med hjälp av dessa regler, är den senare typen av bevisbörderegler rent processuell: genom dessa regler skapas ingen presumtion om huruvida avtalet verkligen brutits eller ej, utan den processuella risken för en misslyckad bevisföring fördelas. Även den senare typen av bevisbörderegler påverkas dock av generella rättspolitiska överväganden, jfr Karl Olivecrona, *Beviskyldigheten och den materiella rätten*, Almqvist & Wiksells boktryckeri AB, Uppsala 1930. En genom prejudikat tillkommen dispositiv regel som formuleras i termer av en bevisbörderegler framgår till exempel av NJA 2001 s. 177. Tvist uppkom i ett entreprenadavtal om huruvida fast pris eller vederlag på löpande räkning var avtalat mellan parterna. I NJA 1951 s. 1 hade bestämts att den part som påstår att arbetet skulle ske på löpande räkning har bevisbördan för sitt påstående. Högsta domstolen tog intryck av mellankommande rättspraxis och förändrad lagstiftning, och slog fast att numera den part som vid avtal om köp eller om arbetsbeting som analogivis omfattas av köplagens regler påstår att fast pris är avtalat, har bevisbördan för sitt påstående. I praktiken betyder denna bevisbörderegler att en dispositiv regel formulerats: vederlaget för naturaprestationen i de relevanta avtalen beräknas efter löpande räkning, såvida det inte visas att annat är avtalat.

¹⁷ Se till exempel Lehrberg, *Avtaletolkning*, s. 180

¹⁸ Urförligast här Huser, *Avtaletolkning*, kap. 2.7, s. 127 ff.

¹⁹ Adlercreutz, *Avtalsrätt II*, s. 16 f.; kursivering i originalet.

Lehrberg formulerar sig på följande sätt:

När utfyllande regel helt saknas får situationen bedömas mer individuellt. Man brukar säga att domstolen utfyller avtalet efter *skönsmässiga överväganden*. Men man bör även i dessa fall sträva efter att avgöra tvisten enligt principer som är ägnade att läggas till grund för en regel som kan tillämpas i andra liknande fall.²⁰

Ramberg och Ramberg poängterar att det vid utfyllning gäller att ”inrikta uppmärksamheten på *avtalsbelheten* och utgå från att denna beror på ett samspel mellan parternas förklaringar och avsikter samt för avtalstypen gällande normer.”²¹ Det gäller med andra ord att inom den individuella avtalskontexten skapa en i avtalet ingående norm som grundas på principiella överväganden avseende liknande avtalsituationer. De principiella övervägandena påverkas bland annat av dispositiv rätt på närbesläktade områden, rekommendationer och etiska koder, professionella standarder och ”god sed”-bestämmelser med mera. De individuella övervägandena styrs av avtalets helhet och den riskfördelning som framgår av denna. De allmänna och de individuella övervägandena kompletterar alltså varandra.

6.2.2.2 *Det inomkontraktuella culpabegreppet*

Hagstrøm skriver om det kontraktuella culpabegreppet:

Kontraktsculpa har mange fellestrekk med uaktsomhet i den alminnelige erstatningsrett ved at ansvar forutsetter at debitor kunne og skulle ha handlet annerledes enn han har gjort. I begge ansvarsformer er det en *samfunnsmessig og ikke en moralsk dom* som skal felles, jfr eksempelvis Rt. 1994 s. 1430. Dette innebærer at samfunnsmessige vurderingsnormer, uttryckt eksempelvis i lovgivningen eller ved faglige standarder (så som kutymer) kan gi premisser for bedømmelsen.²²

I detta uttalande uttrycks en tematisk närhet till den individuella utfyllningen: de standarder mot vilka eventuell culpa skall mätas hämtas från lagstiftningen och professionella standarder, vilket också är området från vilket materialet för den individuella utfyllningen delvis skall hämtas. En av källorna för argument avseende den individuella utfyllningen används alltså också när frågan om huruvida *culpa* föreligger skall besvaras.

²⁰ Lehrberg, *Avtalstolkning*, s. 179 f.; kursivering i originalet.

²¹ Ramberg, *Avtalsrätt*, s. 183; kursivering i originalet

²² Viggo Hagstrøm, *Obligasjonsrett* [nedan Hagstrøm, *Obligasjonsrett*], i samarbeid med Magnus Aarbakke, Universitetsforlaget, Oslo 2003, s. 452; kursivering i originalet.

Även Hellner och Johansson uttrycker sig avseende det utomkontraktuella culpabegreppet på ett sätt som påminner om de ovan refererade uttalandena avseende den individuella avtalsutfyllningen: "[o]m inte författningar och andra föreskrifter, prejudikat eller sedvana ger tillräcklig ledning, måste domstolen göra en fri bedömning av kraven på handlandet."²³ Denna likhet i sätten att beskriva reglerna för culpabedömningen och för den individuella avtalsutfyllningen torde innebära att resonemangen vid dessa två institut blir snarlika.

Detta intryck förstärks av vissa uttalanden om vad som skall anses utgöra försummelse i specifika kontraktssammanhang. Således uttalar Ramberg avseende kravet på försummelse i 27 § 4 st. köplagen:

Med försummelse förstås inte bara sådant som säljaren gör eller underlåter att göra för att fullgöra sin avtalsförpliktelse (*culpa in contractu*) utan också hans förfarande i samband med själva avtalets ingående (*culpa in contrahendo*).²⁴

Uttalandet tycks innebära att försummelse *in contractu* handlar om ett brott mot avtalsförpliktelser: "sådant som säljaren gör eller underlåter för att fullgöra sina avtalsförpliktelser". Dessa avtalsförpliktelser måste bestämmas, och i detta sammanhang blir den individuella utfyllningen relevant. I den mån avtalsförpliktelserna inte är i detalj beskrivna i avtalet – bland annat torde det inte fastläggas i avtalet vid vilken tidpunkt säljaren skall kontrahera transportören vid ett CIF-köp – måste avtalet fyllas ut i denna del, och den genom utfyllning satta standarden kommer sedan att påverka culpastandarden.

Annorlunda uttryckt betyder det sätt på vilket olika författare framställer culpakravet att begreppen culpa och avtalsutfyllning tycks avse samma eller åtminstone mycket snarlika juridiska operationer. Beroende på sammanhanget – *culpa* eller avtalsutfyllning – ses dessa från två olika synvinklar. När uttalandena läggs ihop tycks framgå att avtalsutfyllning avser fastställandet av avtalshelheten på de punkter där inga direkt eller analogt tillämpliga regler finns. *Culpa* förefaller beteckna en avvikelse från det avtalsinnehåll som fastställs genom avtalsutfyllning. Om detta är riktigt innebär det att avtalsutfyllning och *culpa* i grunden är identiska, och att alltså ett kontraktsbrott som sådant – som fastställs efter det att avtalsutfyllningen företagits – är att likställa med *culpa*.

En prövning av huruvida denna beskrivning av culpabegreppets förhållande till den individuella avtalsutfyllningen har stöd i rättskällorna

²³ Hellner, *Skadeståndsrätt*, s. 130

²⁴ Jan Ramberg, *Köplagen* [nedan Ramberg, *Köplagen*], Under medverkan av Johnny Herre, Fritzes, Stockholm 1995, s. 364

kan lättast göras genom att analysera domstolarnas resonemang i mål beträffande skadestånd på grund av kontraktsbrott. Eftersom resonemanget i domskälen är knutet till fakta i målet och till individuella avtal, blir eventuellt förekommande skiljelinjer mellan avtalsutfyllningen och culpabedömningen nämligen tydligare än i andra rättskällor. I närmast följande avsnitt kommer därför några avgöranden i kontraktuella skadeståndsmål att analyseras med avseende på frågan huruvida det i dessa fall finns, eller inte finns, en skillnad mellan fastställandet av avtalsinnehållet och culpabedömningen.

6.2.2.3 *Rättspraxis*

Målet T 1891-03 i Hovrätten för västra Sverige gällde en tvist om vårdslös överlåtelsebesiktning. Makarna J. hade anlitat en ingenjör för att göra en överlåtelsebesiktning i samband med att makarna förvärvade en villa. Ingenjören upptäckte flera yttre tecken på fukt- och rötskador, utan att dock göra någon närmare undersökning av dessas ursprung, och utan att till makarna lämna sådan upplysning som fick dessa att förstå att en närmare undersökning kunde vara påkallad. Mot makarnas påstående om försumlighet anförde den besiktningsbyrå vid vilken ingenjören var anställd att ingenjören inte haft anledning att misstänka omfattande skador, samt att han inte var förpliktad att informera om risken för fel och brister i fastigheten, eller att rekommendera en mera detaljerad undersökning.

Tingsrätten uttalade i sin av hovrätten fastställda dom:

Besiktningsuppdragets närmare omfattning har inte fastställts i något avtal mellan parterna. Utgångspunkten blir därför att det är fråga om att makarna J[...] som köpare av fastigheten anlitat en sakkunnig i byggnadstekniska frågor för att trygga sig mot misstag i den skyldighet att undersöka byggnadens skick som ålegat dem.

Besiktningsmannen har i detta fall haft en grundläggande skyldighet att professionellt och noggrant okulärt undersöka de delar av byggnaden som varit av byggnadsteknisk betydelse. Uppdraget får även anses innefatta en informationsplikt för besiktningsmannen, som innebär att resultatet av uppdraget skall redovisas för uppdragsgivaren på ett sätt som denne kan tillgodogöra sig och som tillåter honom att dra rimliga och korrekta slutsatser av resultatet. (Jfr NJA 2001 s. 269).

Tingsrätten konstaterar alltså att avtalet inte innehåller närmare bestämmelser om hur kontraktsprestationen skall se ut och tolkar samt utfyller därför avtalet. Det påpekas att besiktningsmannen haft en skyldighet att vara noggrann och professionell i sin okulära besiktning; detta uttalande torde böra förstås som ett uttalande om hur avtalet skall tolkas. Vad gäller uttalandet om skyldigheten att redovisa uppdraget avser detta närmast

utfyllning, i detta fall med tillämpning av en genom prejudikat tillkommen standard.

Avseende ett av felen (förrådstaket låg inte tätt emot husväggen, och regn kom därför in mellan väggen och taket, varigenom väggen fuktskaddes) uttalade tingsrätten att

särskilt i belysning av sina iakttagelser av väggen hade det ålegat [ingenjören] att även utföra en närmare okulär besiktning av förrådstaket. [...] Genom sin nämnda underlåtenhet har [ingenjören] varit försumlig.

Man kan knappast påstå att tingsrätten i detta fall fastlägger en culpa-standard enligt utomobligatoriskt mönster: det handlar inte om en allmän handlingsplikt, inte ens för besiktningsmän i allmänhet, utan det handlar om en åtgärd som för ingenjören hade följt av hans kontraktuella åtagande att genomföra en okulär besiktning. Tingsrätten fyller alltså ut avtalet individuellt. Samtidigt anges genom denna avtalsutfyllning vid vilken punkt försumlighet uppstår: ingenjören hade underlåtit att fullgöra en handlingsplikt som följde av avtalet, och det var denna underlåtenhet som utan vidare konstituerade försumlighet. Försumligheten är alltså enligt denna dom inte en från avtalsinnehållet fristående standard, utan en omedelbar följd av en underlåtenhet att göra det som avtalet kräver. Det är viktigt att uppmärksamma att Hovrätten för västra Sverige fastställde tingsrättens dom, inte endast dess domslut, så att alltså den argumentation som i målet fördes av tingsrätten också kan tillskrivas hovrätten.

I NJA 1932 s. 353 gällde målet frågan om ansvar för två bröder som överlåtit en jordbruksfastighet och åtagit sig att före tillträdesdagen företa höstsådden med råg och vete. Köparen yrkade åläggande av skadeståndsansvar för bröderna, dels för att rågsådden inte alls skett, och dels för att vid vete-sådden använts undermåligt vete.

Högsta domstolen var enig i sitt domslut, men inte i sina domskäl. Både majoriteten och minoriteten anförde dock i stort sett samma motivering för ett underkännande av kärandens anspråk avseende rågsådden:

Vad angår rågsådden, är väl utrett, att densamma verkställts senare än under vanliga förhållanden lämpligen bort ske; men då av utredningen tillika framgår, att förseningen berott av den regniga väderleken, finner jag bröderna icke vara pliktiga att ersätta skada, som må hava uppkommit genom förseningen.²⁵

Minoriteten talade i förevarande avseende om ”dröjsmålet”, snarare än ”förseningen”, vilket enligt vedertagen terminologi torde innebära att i

²⁵ Här citerat efter justitierådet Appelbergs yttrande som majoriteten anslöt sig till.

princip ett kontraktsbrott hade skett. ”Dröjsmål” bör i sammanhanget anses vara en *terminus technicus* som betecknar ett kontraktsbrott; ”förse-ning” däremot avser ett faktiskt förhållande. Det framgick inte av avtalet när sådden skulle ske, men domstolarna tycks ha fyllt ut avtalet med kutym avseende när sådd skulle verkställas. Det som är intressant i utta-landet är att det inte talas om huruvida förseeningen berott på dröjsmål och alltså varit en följd av ett kontraktsbrott, utan att det utan omsvep talas om att bröderna varit ursäktade för att inte ha sått rågen vid den vanliga tidpunkten. Frågan behandlades med andra ord inte som en fråga om huruvida *culpa* förelåg, utan om huruvida det förelåg en ursäkt för att ha avvikit från det normala handlings sättet. Detta förefaller inne-bära att *culpa* skall likställas med en avvikelse från det som rimligen kan krävas av den förpliktade, eller med andra ord med frånvaron av en ursäkt, snarare än att försummelse utgör ett till kontraktsbrottet kom-mande ytterligare positivt krav avseende gäldenärens subjektiva inställ-ning eller hans handlande.

Avseende det anspråk som grundades på att bröderna använt under-måligt vete för sådden uttalade majoriteten:

Beträffande vetesådden å egendomen finner jag styrkt, att vid densamma i stor utsträckning använts underhaltigt utsäde, vadan bröderna, vilka så-lunda icke vederbörligen fullgjort sitt i samband med köpet gjorda åta-gande att verkställa höstsådd, måste anses skyldiga att, en för båda och båda för en, ersätta [käranden] den förlust han härigenom lidit.

Avtalet stadgade inget om vetets kvalitet; domstolen fyllde ut avtalet på denna punkt, antagligen enligt regeln att i brist på kontraktsbestämmelse en prestation av normal kvalitet skall levereras. Det konstateras av majo-riteten att bröderna inte fullgjort det således utfyllda avtalet, och att de därför är ansvariga att ersätta skadan. Inte ett ord nämns om ett ytterli-gare tillkommande culpakrav.

Minoritetens motivering i samma fråga är snarlik majoritetens:

Vad åter angår vetesådden, är styrkt, att genom försummelse av den, som förestått egendomens drift, underhaltigt utsäde i stor utsträckning kommit till användning. För den härigenom uppkomna skadan, skäligen skattad till 850 kr., finner jag bröderna icke kunna undgå ersättningskyldighet.²⁶

Som synes är den enda relevanta skillnaden mellan motiveringarna att minoriteten tillägger att det underhaltiga vetet hade använts av försum-melse: minoriteten framför således implicit att ett fristående culpakrav är uppfyllt. Vari försummelsen består förklaras dock inte närmare. Det

²⁶ Minoritetens yttrande formulerades av justitierådet Bagge.

måste vid en jämförelse av de två domsmotiveringarna antas att majoriteten inte såg något utrymme för ett culpakrav: kontraktsbrottet allena, fastställt efter avtalsutfyllning, räckte för att käranden skulle få framgång med sin talan. I majoritetens dom framstår kontraktsbrottet utan vidare som ansvarsgrundande om det inte finns en giltig ursäkt.

Ytterligare ett mål som talar i samma riktning, det vill säga att avtalsutfyllning och culpabedömningen i grund och botten är samma sak, är RH 2002:20.

Målet gällde bohag som ett par uppdragit åt en lagerhållare att flytta till och förvara i ett magasin. Magasinet och bohaget förstördes genom brand, och det framkom sedermera att lagerhållaren inte varit försäkrad mot branden. I offerten som lagerhållaren lämnat talades om förflyttningen av godset, dock inte uttryckligen om lagerhållningen. Kärandena vände sig mot lagerhållaren under påstående om att frånvaron av försäkringsskydd utgjorde ett sådant avtalsbrott som berättigade dem till ersättning för det förlorade bohaget.

Målet var förvisso ett konsumentmål, men i ljuset av de ovan diskuterade fallen torde den metod som hovrätten använde för att besvara ersättningsfrågan ha relevans även utanför konsumentområdet. Hovrätten uttalade:

Även om offerten enligt sin rubrik endast avser flyttning har det därmed legat nära till hands för makarna D. att uppfatta att deras bohag skulle omfattas av M.A:s försäkring under den tid förvaringen pågick. En konsument torde för övrigt ha befogad anledning att utgå från att en näringsidkare som yrkesmässigt tar emot bohag och liknande gods för förvaring håller magasin och gods försäkrat. Mot bakgrund av kravet på fackmannamässighet och näringsidkarens omsorgsplikt mot sin avtalspart måste det krävas av näringsidkaren att han tydligt informerar konsumenten om vad som gäller i fråga om försäkring av godset under den tid som förvaringsavtalet avser. Brister i detta avseende bör leda till att skador som uppstått till följd av frånvaron av försäkringsskydd läggs näringsidkaren till last som försummelse.

Hovrätten fyller här tydligt ut de allmänna kraven på fackmannamässighet, omsorg och information med hänsyn till den i målet aktuella avtalstypen. Det konstateras kort att brott mot vad som således kan anses åligga näringsidkaren utgör försumlighet: brott mot en förpliktelse enligt avtalet och *culpa* har blivit ett.

Ett mål som dock till synes talar i motsatt riktning är mål NJA 1996 s. 564.

Fråga var här om en travhäst som lämnats till en tränare för förvaring och träning. Hästen lyckades få upp låset till sin box och omkom senare. Efter som händelseförloppet som ledde fram till hästens död var helt klarlagt i

målet, blev frågan om huruvida ett presumtionsansvar förelåg eller inte ointressant. Diskussionen koncentrerades istället på huruvida det således klarlagda händelseförloppet visade att tränaren/förvararen hade gjort sig skyldig till försummelse.

Högsta domstolens majoritet inledde sina domskäl på ett sätt som närmast påminner om en diskussion av det utomkontraktuella culpakravet:

Vid oaksamhetsbedömningen brukar man ta hänsyn till risken för skada, den sannolika skadans storlek samt möjligheten att förekomma skada. Riskbedömningen skall därvid inte inriktas endast på den skada som faktiskt förekommit utan i stället avse risker för skador av samma slag. Inom nordisk doktrin är också den övervägande uppfattningen att culpabedömningen skall inriktas på frågan om skadevällaren framkallat risk för skada av den typ som är aktuell. Besvaras den frågan jakande skall man i nästa led avgöra huruvida den aktuella skadan utgör en adekvat och påräknelig följd av det faroläge som skadevällaren har framkallat.

Tillämpat på den i målet aktuella situationen innebär detta att culpabedömningen skall inriktas på huruvida Ove K genom att underlåta att se till att hästboxen var försedd med ett säkert lås framkallat fara för att det skulle kunna uppkomma en skada av samma slag som den som faktiskt inträffade. [...]

Det konstateras sedan att det var känt i hästränarkretsar att hästar kan ha en ibland förbluffande förmåga att få upp låsanordningar. Majoriteten håller sig dock inte till den prövning som den själv angivit skall genomföras. Istället inleds prövningen med följande uttalande:

Ove K var professionell travtränare och mottog till träning och förvaring hästar av betydande ekonomiskt värde. Han hade lång erfarenhet av sitt yrke. Under sådana omständigheter måste det anses ha varit vårdslöst av Ove K att inte se till att boxdörren var försedd med lås som omöjligt kunde öppnas av hästen (jfr NJA 1995 s. 274). Denna hans försumlighet kan inte påverkas av att ägaren av stallbyggnaden, [...], i ordningställt stall och försett boxdörren med det aktuella låset.

De uttalanden som följer det här refererade behandlar sedan adekvansfrågan. Någon explicit prövning av huruvida fara har framkallats genom tränarens underlåtenhet att förse boxen med en säker låsanordning lyser med sin frånvaro. Det som framhävs är tränarens erfarenhet och det faktum att han yrkesmässigt tränat och förvarat hästar under en lång tid. Detta torde vara samma omständigheter som framhävs vid en individuell avtalsutfyllning. Trots att domen därför endast är klädd i culpabedömningens termer är det i realiteten också en avtalsutfyllning som försiggår.

Det bör också uppmärksammas att den försumlighet som visats av tränaren genom att inte göra det som kunde krävas av en avtalspart i hans

situation inte förtogs av att låsanordningen var installerad av någon annan. Återigen tycks *culpa* likställas med frånvaron av en giltig ursäkt för att ha handlat som man gjorde.

De två skiljaktiga justitieråden betonar till en början den kontraktuella kontexten i större utsträckning än majoriteten:

Aksamhetskravet måste ställas högt på Ove K när det gäller hans sätt att ta vård om [hästen], särskilt mot bakgrund av att hästen representerade ett högt värde och hade anförtrötts honom i hans egenskap av erfaren, professionell tränare.

Minoriteten gör sedan ingen klar åtskillnad mellan kravet på *culpa* och adekvansprövningen, under åberopande av litteratur om utomkontraktuell skadestånd. Argumentationen berör i allt väsentligt förutsebarhetskravet, som vid prövningar av utomobligatoriska anspråk också ingår i culpabegreppet. Minoriteten tar ingen hänsyn till den kontraktuella kontexten i den fortsatta diskussionen av tränarens ansvar. Den fyller således inte ut avtalet, utan håller sig helt till adekvansresonemanget.

För diskussionen i detta kapitel torde detta innebära att NJA 1996 s. 564 förvisso inte utgör ett klart stöd för den framförda teorin om en grundläggande identitet mellan den individuella avtalsutfyllningen och det inomkontraktuella culpabegreppet, men att målet med hänsyn till majoritetens dom i saken ändå inte utgör något exempel som skulle falsifiera teorin. I praktiken torde genom målet ha fastlagts att professionella förvarare av hästar har en skyldighet att se till att boxdörrar förses med lås som hästarna inte kan öppna. Förvaringsavtalet avseende levande hästar har således försetts med en dispositiv regel, i vart fall när det gäller professionella förvarare. Det bör också uppmärksammas att hovrättens dom i RH 2002:20 avkunnades sex år efter NJA 1996 s. 564: den culpabedömningen som majoriteten i NJA 1996 s. 564 talade om har åtminstone inte vunnit anslutning från hovrätternas sida. Det finns dessutom flera fall efter NJA 1996 s. 564 där Högsta domstolen själv underlåtit att följa upp sina försök till en fristående culpabedömning av i grunden utomkontraktuell slag: exempel är här NJA 1996 s. 700, 1999 s. 197 och 2000 s. 213.

6.2.2.4 Sammanfattning och diskussion

Det finns ingen indikation i rättspraxis på en principiell skillnad mellan det som i doktrinen kallas för individuell avtalsutfyllning och culpastandarden. Detta innebär att i den svenska avtalsrätten kontraktsbrott och försumlighet förefaller vara samma sak: vad som ålegat en part enligt avtalet bestäms, där så behövs, genom individuell avtalsutfyllning, och har parten inte fullgjort sina således konkretiserade åtaganden föreligger

försumlighet i kontraktsrättslig bemärkelse. I det följande skall därför *culpa* anses utgöra ett kontraktsbrott: begreppet *culpa* kommer att användas som en beteckning på ett brott mot ett avtals handlingsföreskrifter såsom de fastställts genom individuell utfyllning.

Det kan knappast anses överensstämma med vanligt språkbruk att beteckna ett kontraktsbrott som *culpa*, alltså försumlighet: själva termen "försumlighet" antyder ett moraliskt klander som det här ändå inte är frågan om.²⁷ Man borde därför ändra terminologin och tala om "försumlighet i teknisk bemärkelse" eller helt enkelt om "kontraktsbrott" istället för om "försumlighet" eller "*culpa*". Om individuell avtalsutfyllning och *culpa* är två sidor av samma mynt är det förvirrande, snarare än att det bidrar till ökad klarhet, att ha olika benämningar på dessa två sidorna av myntet. En förändring av terminologin är dock på grund av culpabegreppets långa historia antagligen omöjlig att uppnå. Inte heller i denna framställning kommer därför att användas någon ny terminologi.

I två fall som diskuterats ovan (NJA 1932 s. 353 och NJA 1996 s. 564) framgår implicit att ett kontraktsbrott kan vara ursäktligt. Försumlighet i teknisk mening skulle alltså inte föreligga om kontraktsbrottet varit ursäktligt av någon anledning. Man har i så fall att göra med ett verkligen självständigt led i prövningen: när kontraktsbrottet, och därmed ersättningskyldigheten, principiellt är fastställt, övergår prövningen till att avse huruvida exculpationsgrunder kan tänkas föreligga. Detta intryck förstärks av att i båda de ovan analyserade målen frånvaron av ursäktsgrunder nämns efter det att kontraktsbrottet principiellt fastställts.

Detta leder uppmärksamheten till de principiellt giltiga ursäktsgrunderna och deras förhållande till avtalsutfyllningen.²⁸ Fråga är framför allt om *force majeure* och läran om offergränsen: gäldenärens skyldighet att överkomma hinder mot prestation är enligt dessa läror begränsad. Då den viktiga frågan avseende skadeståndsskyldigheten vid fullbordat kontraktsbrott i de relevanta fallen tycks ha varit huruvida det fanns giltiga ursäkter för detsamma – såsom till exempel regnigt väder vid tiden för den vanliga höstsådden²⁹ – är frågan hur de genom *force majeure*-begreppet och läran om offergränsen satta gränserna för gäldenärens ansträngningar att uppfylla avtalet förhåller sig till de skyldigheter som genom tolkning och utfyllning framgår av individuella avtal.

²⁷ Jämför det ovan under 6.2.2.2 refererade uttalandet av Hagström.

²⁸ Se också Taxell, *Avtalsersättning*, som generellt pläderar för att ersättningsfrågan skall avgöras enligt exculpationskriterier.

²⁹ Jfr det ovan refererade fallet NJA 1932 s. 353

6.3 Avtalsutfyllning och ursäkter för underlåten prestation enligt avtalet

6.3.1 Inledning

Vid bestämmande av den avtalsenliga prestationen skall utgångspunkten tas i parternas avtal; jfr till exempel 17 § 1 st. köplagen. 17 § 2 st. köplagen förutsätter ett visst normalt skick i vilket godset skall befinna sig, såvida inte parterna avtalat annat. Problem uppstår dock när inget alls sagts mellan parterna om godsets kvalitet: i dessa fall kan endast 17 § 2 st. 1 och 4 köplagen användas för att bestämma den, eftersom köparen i så fall inte uppgivit något ändamål med köpet, och säljaren inte heller lagt fram några prov eller modeller. Av de två återstående utfyllningsgrunderna enligt lagen är det bara 17 § 2 st. 1 köplagen som närmare uppehåller sig vid godsets egentliga kvalitet; 17 § 2 st. 4 köplagen rör standarden i den förpackning som kan behövas för att skydda godset.

Att godset skall vara ägnat för det ändamål för vilket varor av samma slag i allmänhet används kan dock i det konkreta fallet vara otillräckligt som utfyllningsstandard. En bil till exempel används allmänt till transport av personer och varor. Det torde i samband med detta även kunna ställas krav på att bilen är trafiksäker och även i övrigt uppfyller de krav som ställs av trafiksäkerhets- och annan lagstiftning. Den högsta godtagbara bensinförbrukningen torde dock inte kunna härledas från köplagens allmänna standard, och en individuell utfyllning av avtalet kan därför i vissa fall ändå vara nödvändig.

Utfyllningen skall i dessa fall enligt samstämmig uppfattning i litteraturen ta hänsyn till avtalshelheten. Således betonar Almén avseende den gamla köplagens felbegrepp att:

[e]tt fel i lagens mening föreligger, så snart godset i något avseende icke är sådant, som köparen haft rätt att fordra. Vilka fordringar som kunna uppställas i fråga om varans kvalitet, är naturligen i första rummet beroende av omständigheterna i det särskilda fallet. Dessa kunna ofta härutinnan giva ledning, även om någon uttrycklig bestämmelse i detta avseende icke träffats. Så t.ex. kan man stundom redan av prisets relativa höjd eller ringhet dra vissa slutsatser härutinnan.³⁰

³⁰ Tore Almén, *Om köp och byte av lös egendom* [nedan Almén, *Köp*], Fjärde delvis omarbetade upplagan ömbesörjd av Rudolf Eklund, P.A. Norstedt och Söners Förlag, Stockholm 1960, s. 602

Avseende nya köplagen skriver Kihlman:

Det är naturligtvis inte bara den direkta beskrivningen av avtalsföremålet som är ägnad att påverka köparens förväntningar om dess beskaffenhet. Åtskilliga andra omständigheter, såväl uttryckta såsom avtalsvillkor som eljest, fyller också en sådan funktion. [...] Priset är ett avtalsvillkor, som – i beroende av om det är förhållandevis högt eller lågt – är ägnat att inge en köpare högre eller lägre ställda förväntningar.³¹

Som synes ansluter Kihlmans formuleringar nära till Alméns, och de kriterier som han framhäver som viktiga vid bestämningen av köparens (befogade) förväntningar är samtliga sådana som nära ansluter till den individuella situationen. Även Ramberg och Ramberg påpekar avseende utfyllning i allmänhet att man

bör [...] inrikta uppmärksamheten på *avtalshelheten* och utgå från att denna beror på ett samspel mellan parternas förklaringar och avsikter samt för avtalstypen gällande normer.³²

Resonemanget förekommer inte endast vid avtalstypen köp, vilket också det senaste citatet visar. Även vid andra avtal bestäms prestationens kvalitet ofta med hänsyn till avtalshelheten, och då i synnerhet med hänsyn till priset.

I fallet RH 1995:82 var fråga om en mäklare som infunnit sig för sent till en visning som han själv arrangerat. Försäljning kom sedermera förvisso till stånd genom mäklarens arbete, men uppdragsgivaren innehöll en del av provisionssumman under åberopande att mäklaren brutit mot sina förpliktelser enligt avtalet. Hovrätten fann att mäklarens försening – 30 min. till en visning som skulle vara en timme – inte utgjorde ett ursäktligt misstag eller ett ringa kontraktsbrott, varvid följande motivering anfördes: ”Höga krav måste ställas på noggrannheten av utförandet av ett uppdrag för vilket en näringsidkare förbehåller sig så relativt sett god ersättning som den fordrade provisionssatsen leder till.” Uppdragsgivarens höga krav, och mäklarens i motsvarande mån betungande förpliktelse, motiverades alltså med en direkt hänvisning till den ersättning som den senare betingat sig.

Av hovrättens resonemang i detta fall synes följa att borgenärens befogade förväntningar till icke obetydlig del styrs av det vederlag som han enligt avtalet har att utge: ju högre pris på naturaprestationen, desto högre krav på gäldenären. Detta väcker tanken att det finns en ekvivalensprincip som ligger till grund för resonemanget: prestation och motprestation

³¹ Jon Kihlman, *Fel. Särskilt vid köp av lös och fast egendom*. MercurIUS, Stockholm 1999, s. 154

³² Ramberg, *Avtalsrätt*, s. 183; kursivering i originalet.

skall befinna sig i ett visst jämviktsläge. Om en sådan ekvivalensprincip finns i svensk rätt, påverkar detta genom den identitet mellan utfyllning och culpastandarden som i denna framställning antas existera även frågan om skadeståndsgrundande kontraktsbrott. Tillspetsat uttryckt skulle den som får lite betalt för sin tjänst eller vara ha större utrymme att vara slarvig utan att behöva ersätta eventuellt uppkommen skada, än den som tar ett högt pris. Denna hypotes skall nu prövas mot domstolarnas argumentation i praxis.

6.3.2 Ekvivalensprincipen i svensk avtalsrätt³³

6.3.2.1 Allmänt

Det är redan som utgångspunkt klart att ekvivalens inte kan vara det enda kriteriet för naturaprestationens bestämmande. I det ovan anförda fallet RH 1995:82 åberopades, förutom det vederlag som hade betingats av mäklaren, även dennes egenskap av näringsidkare. En liknande, tudelad, standard kommer till uttryck i RH 1995:88, där fråga var om ansvar för en värderingsbyrå som i sitt värderingsutlåtande utgått från en felaktigt angiven lägenhetsyta avseende den ifrågavarande bostadsrätten. Hovrätten uttalade:

Det hade varit enkelt nog för bolaget att genom hänvändelse till bostadsrättsföreningen säkerställa uppgiften om bostadsrättens yta. Att så inte skett, liksom uppgifterna från bolaget om att man i allmänhet litat på säljarens muntliga uppgifter om såväl yta som årsavgift till föreningen och eventuellt förestående dyrbara reparationer, kan enligt hovrättens mening inte vara ett fackmannamässigt utförande av ett sakkunniguppdrag man erhållit på kommersiell grund.

I detta fall åberopas som grund för värderingsbyråns ansvar dels dess egenskap av sakkunnig, dels att uppdraget utförts på kommersiell grund, det vill säga att vederlag utgått. I detta ligger dels att det faktum att värderingsbyrån uppträtt som professionell aktör utgjorde ett kriterium för ansvar, men dels också att vederlagsvillkoret i avtalet spelade en roll. Även om rättsfall inte bör tolkas *e contrario* kan undras hur ansvarsfrågan skulle ha bedömts om uppdraget utförts gratis.

RH 1995:88 var ett konsumentmål. Att vederlaget för prestationen emellertid har betydelse för prestationens bestämmande även i fall då fråga är om ett rent kommersiellt förhållande framgår av RH 2001:77. I

³³ Jfr även Rolf Dotevall, *Ekvivalensprincipen och jämkning av långvariga avtal* [nedan Dotevall, *Ekvivalensprincipen*], SvJT 2002 s. 441

målet var fråga om felaktigheten i en tjänst mellan näringsidkare som utförts mot fast pris. Hovrätten uttalade:

Av vad som framkommit i målet finner hovrätten utrett att det aktuella arbetet inte kan anses ha utförts på ett fackmässigt sätt, även med beaktande av att det överenskomna priset satts lägre än normalt, [...]

Av denna formulering framgår att det låga priset påverkade bedömningen av fackmannamässigheten i den utförda tjänsten. En ekvivalensprincip inverkar således på bedömningen av vilken standard på naturaprestationen som är att anse som fackmannamässig.

Resonemanget förekommer även i sin omvända variant, det vill säga att priset bestäms med hänsyn till de förpliktelser som naturagäldenären åtagit sig. Även i dessa fall ligger en ekvivalensstanke till grund för bedömningen. Ett sådant fall var NJA 1973 s. 70. Stockholms stad yrkade efter stämning av dåvarande televerket att verket skulle utge ersättning för den markdisposition som televerket utövade genom att tillåtas dra teleledningar på stadens fastigheter. Verket och dess föregångare hade haft tillåtelse att dra ledningar sedan sena 1800-talet, dock hade ersättningsfrågan med tiden blivit oklar. Parterna var överens om att televerket enligt de ursprungliga avtalen hade en skyldighet att på stadens begäran och utan ersättning flytta ledningarna när så krävdes för gatuläggning eller annat kommunalt arbete. Ersättningskyldigheten i och för sig var inte omstridd mellan parterna, utan fråga var endast om hur mycket som verket skulle betala till staden. Högsta domstolen uttalade att:

[v]id fastställandet av ersättningen bör avsevärd betydelse tillmätas det förhållandet att teleledningarna tjänar ett allmänt ändamål vars tillgodoseende för kommunen själv utgör ett viktigt intresse. Vidare måste stort avseende fästas vid den begränsning i nyttjanderätten som föranleds av den televerket åvilande förpliktelsen att på egen bekostnad flytta och ändra ledningar på kommunens begäran. Tydligt är emellertid att nyttjanderätten, trots denna begränsning, åsamkar kommunen såsom ansvarig för gatuhållningen visst besvär och arbete. Detta intrång bör i skäligen omfattning kompenseras.

Domstolen för i detta uttalande ett närmast renodlat ekvivalensresonemang. Den nytta och den belastning som nyttjanderätten medför på ömse sidor jämförs med varandra, och sedan fastställs med ledning av denna avvägning det vederlag som televerket skall betala till staden. Det är knappast fråga om någon parts befogade förväntningar, utan uttalandet måste förstås som en balansering av båda parternas befogade intressen.

Sammantaget måste detta anses innebära att avtalet enligt svensk rätt och i brist på motstående bestämmelser skall vara balanserat mellan parterna. Är detta riktigt betyder det för utfyllningen att de villkor med vilka avtalet fylls ut måste upprätthålla en skäligen balans mellan de motstående

förpliktelserna och rättigheterna. Om avtalsutfyllningen och *culpa* avser samma sak påverkas culpakravet av denna regel för utfyllning: eftersom *culpa* i sådant fall utgörs av försummelsen att göra det som efter avtalsutfyllning kan krävas av parten, och eftersom avtalsutfyllningen enligt det sagda kan antas i väsentlig mån vara styrd av ett ekvivalenstänkande, skulle *culpa* kunna beskrivas som en parts ensidiga rubbning av den i avtalet nedlagda balansen mellan förmånerna.

Detta föranleder frågan vad som händer när avtalets explicita villkor i sig själva är obalanserade. Det kan ju tänkas att den ena parten tillskansar sig förmåner som står i uppenbart missförhållande till det vederlag som denna part har att utge. Det är sådana situationer som avses med 36 § avtalslagen: denna paragraf utgör därför ytterligare stöd för en allmän ekvivalensprincip i svensk avtalsrätt, och dess betydelse i förevarande sammanhang skall därför nu bli föremål för en närmare undersökning.³⁴

6.3.2.2 36 § avtalslagen, läran om offergränsen och force majeure. *Kontrollansvaret*

Enligt ordalydelsen i 36 § avtalslagen avser förvisso skälighetsprövningen alltid ett individuellt avtalsvillkor, men redan i propositionen framhölls att villkoret måste bedömas med hänsyn till avtalets helhet. Departementschefen uttalade:

Redan här vill jag betona att bedömningen av om ett villkor skall anses oskäligt många gånger blir beroende av hur avtalet är utformat i övrigt. Det kan exempelvis inträffa att ett villkor som uppenbart missgynnar en parten och som normalt bör underkännas kan anses fullt acceptabelt i vissa fall därför att de nackdelar som villkoret innebär för ena parten kompenseras genom fördelar för honom i andra avseenden.³⁵

Det som skymtar i detta uttalande är just det ekvivalenstänkande som ovan påvisats vara en styrande princip i ett antal rättsfall. Det som 36 § avtalslagen är tänkt att säkerställa är en rimlig balans i avtalsförhållandet som helhet: "[s]om utredningen har framhållit bör man vid en jämförelse

³⁴ Också ockerbestämmelsen i 31 § avtalslagen är för övrigt ett uttryck för en ekvivalenstanke: paragrafen tillämpas i situationer då någon utnyttjat någon annans trängda läge för att betinga sig en motprestation som står i "uppenbart missförhållande" till hans egen prestation. Frågan huruvida ett sådant missförhållande föreligger kan inte avgöras utan att prestationerna vägs mot varandra. Paragrafen tar alltså sin utgångspunkt i ett outtalat krav att det skall finnas en viss balans, en viss ekvivalens mellan prestationerna på ömse sidor.

³⁵ Prop. 1975/76:81 s. 118

mellan parternas resp. förmåner och skyldigheter fästa avseende även vid annat än huvudprestationerna.”³⁶

36 § avtalslagen anger dock bara de yttersta gränserna för vad som kan anses vara tillåtet att betinga sig i ett avtalsförhållande. ”En god affär skall fortfarande få vara en god affär, men om balansen rubbats påtagligt, skall det kunna jämkas.”³⁷ Den svenska rättens ekvivalensprincip kan således inte sägas utgöra någon millimeterrättvisa, utan snarare finns en korridor inom vilken det är upp till parterna att se till sina egna intressen. Det är endast när en av parterna lyckats att pressa medkontrahenten så att förhållandet mellan avtalsprestationerna inte längre befinner sig inom korridoren – det vill säga inom det tillåtna området – som 36 § avtalslagen kan användas för att flytta avtalsförhållandet tillbaka in i det tillåtna utrymmet.

I propositionen till 36 § avtalslagen görs också uttalanden om jämkning av priset. Departementschefen uttalade:

Även om priset på exempelvis en vara bör kunna jämkas med stöd av generalklausulen, torde det bli relativt sällsynt att jämkning sker på grundval av en renodlad jämförelse mellan pris och prestation. Hänsyn måste alltid tas till omständigheterna i övrigt. Avsikten är inte att generalklausulen skall fungera som ett medel för en allmän priskontroll. Behovet av att tillämpa generalklausulen för jämkning av priset begränsas i viss mån av att en köpare som anser att priset är oskäligt högt ofta har möjlighet att åberopa andra lagbestämmelser för att få rättelse till stånd, t.ex. konsumentköplagens regler om fel eller brist i godset.³⁸

Detta uttalande kan måhända tyckas säga emot det som i det föregående anförts om priset som ett bestämmande kriterium för hur avtalet skall utfyllas. Därför bör följande anmärkas. För det första behandlar 36 § avtalslagen och reglerna om utfyllning beslätade, men icke desto mindre något olika frågor: medan utfyllning avser förfarandet genom vilket man konkretiserar och lägger till bestämmelser till ett i viss mening oprecist avtal, handlar jämkning enligt 36 § avtalslagen om att underkänna ett villkor som parterna kommit överens om. Tolkning och utfyllning måste med andra ord föregå en skälighetsprövning, eftersom den senare enligt ordalydelsen i 36 § avtalslagen skall avse ett villkor i ett avtal (vars existens och innehåll således först måste ha konstaterats). Det finns självfallet större anledning att vara försiktig när man underkänner ett villkor som ändå kan sägas ha varit uppburet av partsviljan än när det gäller att fylla ut avtalet med ett slags till det individuella avtalet anpassat normal-

³⁶ Prop. 1975/76:81 s. 119

³⁷ Axel Adlercreutz, *Avtalsrätt I*, Tolfte upplagan, Juristförlaget i Lund, Lund 2002, s. 304

³⁸ Prop. 1975/76:81 s. 138

innehåll. Det som påstås i förevarande sammanhang är inte att jämkning och avtalsutfyllning är olika perspektiv på samma sak, utan att båda bör anses vila på ett ekvivalenstänkande som genomsyrar hela den svenska avtalsrätten och som har betydelse för det inomkontraktuella culpa-begreppet. Avtalsutfyllning och jämkning ger enligt detta synsätt uttryck för samma underliggande ställningstagande. Däremot är de inte samma sak.

För det andra utesluter departementschefen inte att priset på en vara kan jämkas: han säger endast att det torde bli relativt sällsynt. Vad som menas med uttalandet – som för övrigt knappast kan anses utgöra en anvisning till rättstillämpningen – är inte lätt att förstå. Det räcker dock i förevarande avseende att fastställa att uttalandet inte utesluter jämförelser mellan pris och prestation som grund för jämkning.

För det tredje hänvisar departementschefen till omständigheterna i övrigt. Detta liknar regeln för avtalsutfyllning i det att denna skall företas med hänsyn till avtalets helhet.

För det fjärde påpekar departementschefen att istället för jämkning andra juridiska regler kan komma ifråga för att komma tillrätta med oskäligt höga priser. Hänvisningen särskilt till konsumentköplagens felbestämmelser pekar på att felbegreppet i sig påverkas av priset. Detta är dock just det som påståtts ovan avseende avtalsutfyllning: naturaprestationens kvalitet skall enligt detta påstående bestämmas med hänsyn till vederlaget, och det faktum att uttalandet förekommer i samband med införandet av 36 § avtalslagen innebär att en gemensam grund väl förefaller finnas för utfyllningsreglerna och jämningsbestämmelsen.

36 § avtalslagen anger alltså enligt den mening som företräds i detta arbete en skälighet som bestäms med ledning av en ekvivalenstanke. Den anger det yttersta som en avtalspart får kräva av en motpart. Går parten över denna gräns, kan motparten med domstols hjälp få kravet jämkat till en nivå som ligger inom ekvivalenskorridoren. Ser man jämningsfrågan från den andra sidan, det vill säga frågar man hur mycket en avtalspart måste vinnlägga sig om att uppfylla avtalet, framgår att det finns en gräns för vilka ansträngingar han måste göra. Bortom rimlighetens gräns behöver han inte gå, och denna gräns anger då med nödvändighet också gränsen för vad som kan anses vara culpöst – det som en part inte behöver göra kan han knappast i efterhand klandras för att inte ha gjort.³⁹

Oavsett vilka anspråk på riktighet den i detta arbete företrädde åsikten

³⁹ Jfr Dotevall, *Ekvivalensprincipen*, s. 457, som förespråkar att oskälighetsbedömningen skall ledas av den ursprungliga balansen i avtalsförhållandet (vilken hans kallar för "subjektiv" balans): även han förespråkar alltså ett starkt samband mellan skäligheten och avtalsinnehållet.

kan göra – att inomkontraktuell culpa inte är annat än ett efter utfyllning fastställt kontraktsbrott – gäller att oskäligt betungande uppfyllelsehandlingar inte kan krävas. Även den traditionella läran, som ser culpakravet som fristående, har ställt upp vissa gränser för vad som kan krävas av en avtalspart. Dessa gränser dras upp av den så kallade läran om offergränsen.⁴⁰

Läran om offergränsen har numera stöd i 23 § 1 st. och 53 § 1 st. köplagen: om fullgörelsen av köpet, eller köparens medverkan vid köpet, skulle kräva uppoffringar som inte är rimliga med hänsyn till motpartens intresse, är gäldenären befriad från sina skyldigheter. Denna befrielse kan enligt 2 st. i respektive paragraf vara tillfällig, det vill säga om inom en rimlig tid antingen den börda som uppfyllelse skulle medföra för gäldenären minskar, eller borgenärens intresse av uppfyllelse ökar så att gäldenärens kostnad åter hamnar i ett rimligt förhållande till motpartens intresse, kan också krav på naturaluppfyllelse åter ställas.⁴¹

I detta resonemang visar sig återigen ekvivalenstanken: den ena partens börda jämförs med den andra partens intresse av uppfyllelse. Bland annat gäller att respektive parts möjlighet att anskaffa till exempel en ersättningsvara – vilket också är en fråga om de kostnader som måste läggas ned på ett sådant täckningsköp – skall vägas in i bedömningen av huruvida naturaprestationen inhiberas.⁴²

Frågan är huruvida läran om offergränsen kan anses ha allmän giltighet, vilket skulle innebära att gäldenären aldrig är vårdslös om han underlåtit att övervinna ett hinder, förutsatt att prestation under övervinnande av hindret skulle ha inneburit uppoffringar för honom som inte står i rimlig proportion till borgenärens intresse av att prestation sker. Läran om offergränsen har sin grund i den traditionella, i romersk rätt grundade omöjlighetsläran.⁴³ Den har sedan länge – under beteckningen ”subjektiv omöjlighet” – ansetts gälla i svensk rätt, och har därvid motiverats av att kostnaderna för prestationen har

stigit så abnormt, att leveransens fullgörande till avtalat pris skulle för säljaren medföra ekonomiska uppoffringar av den storlek att det icke kan med stöd av avtalet rimligen påfordras att de skola bäras av [gäldenären], i varje fall icke av honom ensam.⁴⁴

⁴⁰ En koppling till läran om offergränsen görs också av Dotevall, *Ekvivalensprincipen*, på s. 454.

⁴¹ Ramberg, *Köplagen*, s. 316

⁴² Ramberg, *Köplagen*, s. 315 f.

⁴³ Jacques Ghestin et al., *Traité de Droit Civil. Les effets du contrat* [nedan Ghestin, *Droit Civil*], 2:a upplagan, L.G.D.J., Paris 1994, s. 314

⁴⁴ Almén, *Köp*, s. 289 Läran om offergränsen finns i olika terminologiska varianter. Vissa talar om förändrade förutsättningar: se Augdahl, *Obligationsrätt*, s. 149 ff. Andra talar om

Det som ligger till grund för läran om offergränsen torde därför vara ett försök att förena de krav som rättvisan ställer med den ekonomiska förutsebarheten, eller med andra ord en ekvivalensprincip som innebär att det finns gränser för de uppoffringar som en avtalspart måste göra för att uppfylla sina avtalsförpliktelser.⁴⁵

Läran om offergränsen är en teori som är kännetecknande för de av den tyska rätten och den tyska pandektvetenskapen påverkade rättsordningarna. Den engelska rättens lära om *frustration* har inget med läran om offergränsen att göra, trots att *frustration* i engelsk rätt ger uttryck för en avvägning mellan rättvisa och principen *pacta sunt servanda*.⁴⁶ Enligt läran om *frustration* upphör avtalet automatiskt att gälla när omständigheterna ändras så att den prestation som efter ändringen av omständigheterna skulle behöva utges är ”radically different” än den ursprungligen avsedda prestationen; den förlust eller den uppoffring som gäldenären lider för att genomföra prestationen ensam räcker dock inte för att reglerna om *frustration* skall tillämpas.⁴⁷ Avtalet blir verkningslöst från det ögonblick då *frustration* inträder: alla dispositioner som företagits före denna tidpunkt förblir giltiga.⁴⁸ Denna regel har satts åsido genom Law Reform (Frustrated Contracts) Act 1943, vars närmare innebörd dock ännu så länge är tämligen oklar. Trots att alltså *frustration* påminner om läran om offergränsen, kan *frustration* inte – vare sig på rättsgrunds- eller på rättsföljdsnivå – jämföras med den.

I den franska rätten har det länge framförts en lära om *imprévision*. Trots att lagstiftaren på vissa punkter infört en möjlighet för domstolarna att jämka avtalet i fall där prestationen på grund av ändrade förhållanden skulle stå i ett orimligt förhållande till vederlaget⁴⁹, har de franska domstolarna hittills konsekvent vägrat att acceptera en generell lära om *imprévision*.⁵⁰

ekonomisk omöjlighet: se Ussing, *Obligationsretten*, s. 122 f. I kärnan är det dock samma problem som avses, nämligen att uppfyllelse skulle kräva orimliga ansträngningar av gäldenären. När här beteckningen *läran om offergränsen* väljs har detta sin grund i en vilja att undvika de problematiska begreppen *förutsättning* och *omöjlighet*.

⁴⁵ Denna skillnad mellan rättvisa och förutsebarhet accepteras inte av alla: Dotevall menar att förutsebarhet även omfattar befogade moraliska förväntningar hos parterna på hur en viss situation kommer att bedömas. Med denna definition sträcker sig förutsebarhetsbegreppet långt utöver det klassiska rättssäkerhetsbegreppet som används i detta arbete. Jfr Dotevall, *Ekvivalensprincipen*, s. 444 f.

⁴⁶ Bingham LJ i *J. Lauritzen AS v. Wijsmuller BV* (*The ”Super Servant Two”*) [1990] 1 Lloyd’s Law Rep. 1

⁴⁷ Lord Radcliffe i *Davis Contractors Ltd v. Fareham Urban District Council* [1956] AC 696

⁴⁸ *Fibrosa Spolka Akcyjna v. Fairbairn Lawson Combe Barbour Ltd.* [1943] AC 32

⁴⁹ Ghestin, *Droit Civil*, s. 320 ff.; Bénabent, *Les obligations*, s. 161

⁵⁰ Ghestin, *Droit Civil*, s. 323 ff.; Bénabent, *Les obligations*, s. 160

I tysk rätt utvecklades läran om subjektiv omöjlighet samt den om *Äquivalenzstörung* och *Zweckvereitelung* i anslutning till § 242 BGB.⁵¹ Sedan obligationsrättsreformen 2002 finns en uttrycklig reglering av läran i § 275 BGB, som fortfarande ansluter till den klassiska läran om omöjlighet.

Bestämningar av var offergränsen går är med nödvändighet oprecisa, då – liksom vid skälighetsbedömningar inom ramen för en prövning enligt 36 § avtalslagen – alla omständigheter i det enskilda fallet måste tas i beaktande.⁵² Det ligger utanför detta arbetes ram att närmare bestämma de riktlinjer som bör ligga till grund för bestämningen av offergränsen: det som låter sig sägas är att det inom svensk obligationsrätt finns en gräns bortom vilken gäldenären inte behöver göra ansträngningar för att uppfylla avtalet, även om uppfyllelse teoretiskt skulle vara möjligt.

Läran om offergränsen har uppenbara likheter med läran om *force majeure*: Rodhe diskuterar till exempel läran om offergränsen och *force majeure*-klausuler i ett sammanhang.⁵³ I viss mån förefaller begreppen ”offergräns” och *force majeure* flyta in i varandra. Sälunda skriver Hagström:

For at en inntruffet force majeure-hendelse skal ha betydning i et kontraktsforhold, må begivenheten åpenbart ha påvirket debtors mulighet for å oppfylle kontrakten. Spørsmålet er hvor omfattende oppfyllelsesvanskene må være. Dersom oppfyllelse er blitt *fysisk umulig*, er det klarligvis tilstrekkelig. Tendensen har imidlertid vært å godta også det mindre og å likestille tilfelle der oppfyllelse etter en samlet vurdering er *praktisk umulig*, selv om det er fysisk mulig å oppfylle kontrakten. Dette kom til uttrykk allerede i kjøpsloven (1907) § 24 ved formuleringen at ”muligheten af at opfylde aftalen maa anses udelukket”, og den forståelse av bestemmelsen som ble lagt til grunn i retspraksis. Når loven brukte ordena ”maa anses” i stedet for ”er”, var det meningen at selgeren ikke skulle være forpliktet til å overvinne uforholdsmessig store hindringer, jfr. Rt. 1922 s. 562 det det uttales at ”loven ved det citerte uttrykk fritar en sælger for at paata sig rent urimelige og eksorbitante opofrelser” (s. 564). [...] Hvor ”offergränsen” skulle trekkes, måtte bero på en vurdering av hele kontraktsforholdet, der momenter som kjøpets og varens art, partenes stilling og størrelsen av det absolutte tap var relevante. Offergränsen ville dermed kunne variere for ulike kjøpsforhold [...].

Selv om andre kontraktstyper følger det kjøpretslige grunnmønsteret ved at det ikke kreves at *force majeure*-begivenheten har gjort det fysisk

⁵¹ Karl Larenz, *Lehrbuch des Schuldrechts. Erster Band: Allgemeiner Teil*, 14:e upplagan, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München 1987, s. 320 ff.

⁵² Så redan Rodhe, *Obligationsrätt*, s. 712; se även kontrollansvarsbestämmelsen i Principles of European Contract Law, Art. 8:108, kommentar C(iii)

⁵³ Rodhe, *Obligationsrätt*, s. 711–717

umulig til å oppfylle, kan det være at grensene for dens rettslige betydning trekkes annerledes.⁵⁴

Även om Hagström således nämner offergränsen i samband med läran om *force majeure* kan det tänkas att den senare har en mera självständig roll. Mestad definierar *force majeure*-begreppet på följande sätt:

Med *force majeure*-hendingar meiner eg ein type hendingar som verkar inn utanfrå (dei ligg utanfor forhold partane kan kontrollere), som er sjeldsynte og som *typisk* har omfattande og avgjerande verknader for dei forholda dei råkar.⁵⁵

När denna definition jämförs med läran om offergränsen bör för det första anmärkas att den förefaller göra en skillnad mellan läran om offergränsen och *force majeure*: medan den förra läran betonar gäldenärens svårigheter att uppfylla, betonar den senare enligt Mestads definition karaktären hos den händelse som ger upphov till gäldenärens problem. Som Mestad påpekar blandas vid diskussioner om *force majeure*-begreppet ofta resonemang om den utanför parternas kontroll liggande händelsen å den ena, och den om det hinder mot prestation som händelsen ger upphov till å den andra sidan.⁵⁶

För det andra – och här uppstår en länk till ytterligare en kontraktuell ansvarsform – påminner Mestads definition om kontrollansvarsbestämmelserna i köplagen. Mestad talar om ”forhold partana [ikkje] kan kontrollere”, medan kontrollansvarsbestämmelserna talar om hinder ”utanför [gäldenärens] kontroll”. Dock är Mestads definition rent objektiv: den avser händelser som typiskt sett är sällsynta och har omfattande och avgörande verkan. Definitionen täcker således inte det i kontrollansvarsbestämmelserna upptagna rekviset att svaranden inte skall kunna ha förväntats räkna med *force majeure*-händelsen när avtalet ingicks. Detta innebär inte att Mestad bortser ifrån möjligheten att ett sådant krav allmänt kan ställas även vad gäller *force majeure*. Han hänför emellertid en sådan eventuell vetskap hos svaranden till institutet *culpa in contrahendo*.⁵⁷ Argumentet för denna systematiska distinktion är enligt honom att frågan om händelsens typiskt sett omfattande karaktär i grunden är olik den huruvida svaranden *in casu* kunde förutse händelsen.

⁵⁴ Hagström, *Obligasjonsrett*, s. 269 f.; kursivering i originalet.

⁵⁵ Ola Mestad, *Om force majeure og risikofordeling i kontrakt* [Mestad, *Force majeure*], Universitetsforlaget, Oslo 1991, s. 278. Kursivering i originalet. Mestad diskuterar olika andra författares syn på *force majeure*, vilket här hänvisas till: se a.a. s. 277 ff.

⁵⁶ Mestad, *Force majeure*, s. 289 f.

⁵⁷ Mestad, *Force majeure*, s. 302 ff.

Mestad påpekar dock också att *force majeure*-begreppet endast kan bestämmas i sitt individuella sammanhang, så att begreppet måste tolkas varje gång det används i ett nytt sammanhang.⁵⁸ Detta innebär bland annat att det måste fastställas huruvida ”ein ikke ha venta at slike hendinger ville inntreffe”.⁵⁹ Med detta avses bland annat vad som är vanligt i förhållanden av det ifrågavarande slaget och på de platser där uppfyllelsen skall äga rum. Denna argumentation tycks stjälpas den av Mestad föreslagna skillnaden mellan vilka händelser som typiskt sett utgör *force majeure* och vad svaranden i det individuella fallet bort förutse. Frågan om vad en part bort förutse anknyter i regel till vad en person typiskt sett kan förväntas räkna med i en given situation. Om svaranden i ett enskilt fall kunde räkna med ett krigsutbrott, må det förvisso finnas teoretiskt-systematiska fördelar med att generellt beteckna krig som en *force majeure*-händelse, men denna begreppsdefinition spelar då ingen roll i sammanhanget, eftersom parten enligt Mestad ändå blir ansvarig på grund av *culpa in contrahendo*.

Tanken bakom Mestads definition kan tänkas vara att omständigheter som svaranden inte bort förutse, men som inte heller är av typiskt sett ingripande karaktär skall hållas utanför *force majeure*-begreppet. Definitionen skulle i så fall inte omfatta oförutsedda prisökningar, andra avtal som svaranden lyckats sluta och så vidare. Dels tycks emellertid de nämnda situationerna normalt omfattas av läran om offergränsen (exempelvis täcks exorbitanta prisökningar av denna lära⁶⁰). Dels förefaller det inte finnas något hinder mot att begreppsmässigt definiera *force majeure*-händelser som sådana händelser som ligger utanför partens kontroll, som typiskt sett har ingripande verkningar och som parten inte kunde förväntas räkna med vid avtalsslutet.

När *force majeure* emellertid definieras på detta sätt, framstår begreppet som inget annat än en typbildning inom ramen för läran om offergränsen: sådana händelser som en part vid avtalsslutet kunde förutse torde – trots deras eventuellt ingripande karaktär – normalt omfattas av riskfördelningen i avtalet. Oavsett huruvida i ett konkret fall fråga är om offergränsen eller om *force majeure* måste alltså det som en part kan förutse vid avtalsslutet normalt anses ligga utanför tillämpningsområdet både för läran om offergränsen och för *force majeure*. Härvid kan det hända att preventionen av förutsebara händelser ändå ligger bortom offergränsen, att alltså gäldenären skall befrias från prestationsskyldighe-

⁵⁸ Mestad, *Force majeure*, s. 277

⁵⁹ Mestad, *Force majeure*, s. 278

⁶⁰ Rodhe, *Obligationsrätt*, s. 713 f.; även Almén, *Köp*, s. 289 (som behandlar frågan i anslutning till lokutionen ”må anses utesluten” i 24 § 1905 års köplag).

ten om den förutsebara händelsen materialiseras. Det som i sådana fall i praktiken sker är att vissa risker allokeras hos borgenären, inte gäldenären. Eftersom vare sig offergränsen eller de händelser som utgör *force majeure* låter sig definieras exakt och abstrakt, är det dock en smakfråga huruvida man vill acceptera förutsebara händelser som händelser av *force majeure*-karaktär eller ej.

Både vad gäller offergränsen och vad gäller *force majeure* måste händelsen vara av ingripande karaktär: händelsen skall ju leda till att gäldenärens börda att uppfylla sitt avtal ökas utöver det rimliga. Det torde vidare vara tveksamt huruvida ett hinder inom en parts kontroll som leder till en ökning av dennes börda vid uppfyllelsen av avtalet kan vara ursäktande inom ramen för läran om offergränsen.⁶¹ Det som kvarstår som typiska *force majeure*-händelser tycks vara sådana händelser som ofta räknas upp i kontraktuella *force majeure*-bestämmelser: krig, upplopp, allmänt sammanbrott i kommunikationerna. Dessa händelser leder mycket ofta till en orimlig ökning av gäldenärens börda, men som sagt kan enligt den allmänna läran om *force majeure* ingen uttömmande uppräkningslista av *force majeure*-händelser åstadkommas. De kontraktuella *force majeure*-bestämmelser på vilka Mestad bland annat grundar sitt resonemang åstadkommer därför genom utnyttjande av avtalsfriheten en typifiering som inte kan göras i dispositiv rätt.⁶²

Läran om offergränsen och *force majeure*-begreppet flyter i detta perspektiv ihop till en enhet. I en rättsordning som erkänner ekonomisk *force majeure* torde därför inte finnas någon anledning att ens terminologiskt skilja mellan de två fenomenen. Beskrivningen av vad offergränsen, respektive *force majeure* skall anses innebära sammanfaller med detta synsätt vidare med definitionen av det köprättsliga kontrollansvaret. 27 § 1 st. köplagen stadgar:

Köparen har rätt till ersättning för den skada han lider genom säljarens dröjsmål, om inte säljaren visar att dröjsmålet beror på ett hinder utanför

⁶¹ Se för tveksamhet därvidlag Almén, *Köp*, s. 290, som uttalar: "När det gäller att i ett visst fall avgöra, huruvida den yttersta gränsen för säljarens prestationsskyldighet är uppnådd eller icke, bör sålunda hänsyn tagas icke allenast till det isolerade avtalet, varom tvisten rör sig, utan det synes kunna fordras av säljaren, att han i större eller mindre omfattning framlägger upplysningar om den inverkan den av kriget eller liknande händelse framkallade ekonomiska situationen utövat å den av honom bedrivna rörelsen i dess helhet."

⁶² Förvisso kan en sådan uppräkningslista också leda till att enligt avtalet *force majeure* föreligger trots att den relevanta händelsen kanske inte skulle leda till uppfyllningshinder som skulle vara kvalificerade enligt läran om offergränsen. Icke desto mindre tycks dock här en typbildning ha skett av situationer som leder till orimliga uppoffringar, och denna typbildning underlättar den praktiska hanteringen av avtalet utan behov av att blanda in rättsväsendet.

hans kontroll som han inte skäligen kunde förväntas ha räknat med vid köpet och vars följder han inte heller skäligen kunde ha undvikit eller övervunnit.

Denna definition nämner alla de faktorer som utmärker *force majeure* och offergränsen: det talas om ”ett hinder” – alltså något som står emot prestationen –, om att detta skall vara utanför säljarens kontroll samt om att hindret inte får ha kunnat förutses eller förhindras. Att kontrollansvaret till sin struktur ligger nära *force majeure*-begreppet har också noterats av Tallon, som uttalar att de fyra rekvisiten i CISG:s kontrollansvarsbestämmelse i art. 79 ”constitute the traditional components of *force majeure*”.⁶³ Tallon konstaterar också att frågan om säljarens skyldighet att med skäliga medel övervinna hindret är villkorad av de ekonomiska värdena som står på spel:

Here again, a case-by-case analysis is required. If an object is lost at sea and can be fished out in good condition although at great cost, the final solution will not be the same if the said object is a highly valuable sculpture or merely a machine tool. Thus, everything is a question of measure.⁶⁴

De tre ursäktsgrunderna – att *force majeure* förelegat, att offergränsen nåtts eller att prestationshindret ligger utanför gäldenärens kontroll enligt kontrollansvarsbestämmelser – flyter alltså enligt den här företrädde meningen ihop och blir olika perspektiv på en och samma exculpationsgrund. Bortsett ifrån att läran om *force majeure* enligt denna åsikt kan anses utgöra en typbildning avseende de hinder som gäldenären inte behöver ha kontroll över, tycks därför ingen reell skillnad finnas mellan de tre exculpationsgrunderna.

*

Sammanfattningsvis kan för den fortsatta framställningen sägas om läran om offergränsen och om *force majeure* att det för exculpation måste föreligga ett hinder som säljaren vid avtalsslutet inte hade anledning att räkna med (så att det inte kan anses ingå i den riskfördelning som överenskommits i avtalet), och att hindrets följder inte skäligen kunnat undvikas eller övervinnas, vilket – sett från den andra sidan – innebär att gäldenären anses skyldig att prestera endast till dess hans offergräns är uppnådd. Kontrollansvaret skiljer sig med denna utgångspunkt inte från läran om

⁶³ D. Tallon i C.M. Bianca, M.J. Bonell, *Commentary on the International Sales Law. The 1980 Vienna Sales Convention* [nedan Bonell, *Commentary*], Giuffrè, Milano 1987, s. 578. Jfr också artikel 7.1.7 i UNIDROIT-principerna: artikeln följer den för kontrollansvarsbestämmelser typiska ordalydelsen, men bär rubriken ”Force majeure”.

⁶⁴ Bonell, *Commentary*, s. 581 f.

offergränsen eller från läran om *force majeure* i denna tappning; alla de tre teoretiska konstruktionerna måste anses beteckna samma ekvivalens-tanke, nämligen att det finns en gräns för vilka ansträngningar till uppfyllelse man kan kräva av en avtalspart.

För att bevara distinktionerna skulle följande skillnad kunna göras mellan *force majeure*, läran om offergränsen och kontrollansvaret. *Force majeure* skulle kunna anses bara beteckna händelser av ett visst kvalificerat slag utanför en parts kontroll; offergränsen skulle i så fall beteckna gränsen för de upppoffringar som parten måste göra för att övervinna ett sådant hinder. Kontrollansvaret skulle vara en syntes av båda lärorna, i det att denna ansvarsform kräver att en *force majeure*-händelse leder till att gäldenärens offergräns nås.⁶⁵ Vid diskussioner om kontrollansvarets detaljer må sådana distinktioner kunna vara på sin plats, men vid dessa diskussioner koncentreras uppmärksamheten vanligtvis på hindersbegreppet. Hindersbegreppet enligt kontrollansvarsbestämmelserna dubblas dock bara genom ett synonymt *force majeure*-begrepp – eller nästan synonymt, eftersom det inte tycks vara givet att ett hinder utanför en parts kontroll måste komma utifrån hans maktssfär, vilket däremot en *force majeure*-händelse enligt klassisk lära måste göra.⁶⁶ Med tanke på den syntes som det moderna kontrollansvaret tycks ha åstadkommit i fråga om terminologin på detta område är det att föredra att hålla sig till den moderna ansvarsformen och att överge de gamla distinktionerna.

Ytterligare ett uttryck för samma ekvivalenstänkande återfinns i 36 § avtalslagen – fullgörelseskyldigheten är inte obegränsad. Med detta resultat som grund blir frågan vad som skall anses utgöra skillnaden mellan ett culpaansvar och de exculpationsgrunder som nämnts i detta avsnitt.

6.3.3 Förhållandet mellan culpa och exculpationsgrunderna

Culpa är enligt den åsikt som företräds i denna framställning inget annat än den individuella avtalsutfyllningen sedd från ett annat perspektiv. Detta antas gälla över hela det kontraktsrättsliga fältet: även där kontraktsprestationerna är tämligen exakt bestämda måste anges närmare på vilket sätt den förpliktade skall uppfylla prestationerna. Om fråga till exempel är om inhämtande av en uppgift måste analyseras på vilket sätt den förpliktade skall inhämta den relevanta uppgiften: det kan frågas vem

⁶⁵ Denna terminologi liknar den som Mestad förespråkar.

⁶⁶ Till exempel är det en öppen fråga huruvida vilda strejker på ett företag skall betraktas som inom eller utom kontroll; se Ramberg, *Köplagen*, s. 348 f. med ytterligare hänvisningar. Ramberg tycks tendera mot samma syntes av *force majeure*-begreppet, läran om offergränsen och kontrollansvarsbestämmelsen som den som föreslås här, dock utan att klart uttrycka denna åsikt; jfr Ramberg, *Köplagen*, s. 347 till 351.

han måste vända sig till, i vilken utsträckning han skall insistera på att få ut den uppgift vars utlämnande han åtagit sig att åstadkomma, vilken förpliktelse han har att pröva uppgiftens riktighet och så vidare. Dessa frågor besvaras, som diskuterats ovan, med hänsyn till avtalshelheten, där bland annat sådana frågor som uppdragstagarens kvalifikationer, hans marknadsföring, det vederlag han betingat sig och allmänna överväganden såsom konsumenthänsyn normalt beaktas. Om den förpliktade inte handlat på det sätt som den individuella avtalsutfyllningen anger, bör han anses ha varit culpös, och är därmed skadeståndsskyldig.

Eftersom culpabedömningen enligt denna åsikt således sker inom ramen för det konkret existerande avtalsförhållandet, kan de förpliktelser som åligger gäldenären ha olika tyngd. Den som marknadsför sig själv som expert och betingar sig högt vederlag bedöms normalt strängare än den som under påpekande av sin bristande erfarenhet åtar sig samma uppgift till ett billigt pris. Det finns alltså ingen i förväg given gräns för hur långt gäldenären kan vara förpliktad – de förpliktelser som åvilar honom efter avtalsutfyllnad kan vara väl så tunga.

Ett exempel från engelsk rättspraxis kan illustrera det sagda. I *Tsakiroglou & Co. v. Noble Thorl GmbH* [1962] A.C. 93 hade nötter sålts från Sudan till Hamburg. Genom stängningen av Suezkanalen blev det omöjligt för säljarna att skeppa godset på den ursprungligen avsedda rutten genom kanalen, och de underlät därför att skeppa godset alls: säljarna åberopade *frustration* som ursäkt för sin bristande fullgörelse. Domstolen fann att avtalet inte var *frustrated*, då prestationen inte var *radically different* från vad som hade förutsatts vid avtalsslutet, och säljarna ansågs därför skyldiga att frakta godset den mycket längre vägen runt Godahoppsudden.

Det är i dessa lägen som enligt uppfattningen i detta arbete i svensk rätt läran om offergränsen, alternativt *force majeure* eller kontrollansvaret, griper in: när den efter en individuell avtalsutfyllning fastställda förpliktelsen genom förändrade omständigheter blir så belastande att det måste anses oskäligt att kräva uppfyllelse av den förpliktade, befriar de nämnda rättsprinciperna honom från denna börda. En liknande funktion har 36 § avtalslagen, eftersom genom en tillämpning av denna paragraf det kan förhindras att parterna genom uttrycklig överenskommelse i avtalet belastar en av dem bortom det rimligas gräns.

Detta innebär att det enligt den här förespråkade teorin finns två olika standarder: den ena utgörs av den vanliga avtalstolkningen och -utfyllnaden. Genom denna standard fastställs vad som med hänsyn till avtalets vederlagsbestämmelse, marknadsföringen och dylikt utgör gäldenärens förpliktelse. Denna förpliktelse ligger i mittpunkten av skälighetskorridoren: vid förändrade förhållanden kan parterna åläggas att ta på sig något större bördor än som ursprunglingen framgick av avtalet. Förplik-

telsen rör sig således mot korridorens ytteridor: bördan på en part kan bli avsevärt mycket tyngre än som framgår av avtalsutfyllnaden avseende de ursprungligen förutsedda fallen. Förr eller senare nås emellertid ytter- sidan och bördan blir oskäligt tung: offergränsen nås och gäldenären be- frias från sin förpliktelse.

Denna modell för förhållandet mellan *culpa* och exculpationsgrun- derna förklarar också förhållandet mellan kontroll- och culpaansvaret i köplagen. Köparen har enligt 27 § 4 st. (respektive, *mutatis mutandis*, enligt 40 § 3 st.) köplagen alltid rätt till ersättning i de fall då säljaren för- farit culpöst, det vill säga när säljaren inte gjort det som enligt avtalet efter avtalsutfyllning ålegat honom. Enligt 1 st. i båda paragraferna har köparen emellertid också rätt till ersättning – dock begränsad till de direkta för- lusterna, jfr 27 § 3 st. och 40 § 2 st. köplagen – när säljaren i och för sig gjort det som enligt avtalet under normala omständigheter ankommer på honom, men han genom att sträcka sig längre, genom att gå utöver det som enligt vanlig avtalsutfyllning strikt kan krävas av honom och närma sig offergränsen, hade kunnat uppnå rätttidig eller felfri leverans. Man kan också uttrycka saken så att säljaren enligt köplagen alltid är förpliktad att göra uppfyllelseansträngningar som tangerar en förhållandevis objektivt bestämd offergräns, men att han endast ansvarar för köparens direkta för- luster när han inte uppnår offergränsen. När han emellertid inte ens gör det som enligt avtalet efter en vanlig avtalsutfyllning åvilar honom, häftar han för hela köparens förlust. Strängheten i det köprättsliga ansvaret lig- ger således enligt denna uppfattning i att säljaren alltid måste göra sitt enligt rättsordningen yttersta – intill det orimligas gräns – för att uppfylla sina förpliktelser, annars blir han – om än begränsat – skadeståndsansva- rig.⁶⁷ Denna modell skall i det följande läggas till grund för en analys av de transporträttsliga ansvarsgrunderna. Därefter undersöks ansvarsgrun- derna vid andra för logistikavtalet relevanta besläktade avtalstyper. Dis- kussionen om det specifikt logistikrättsliga ansvaret kan föras efter dessa analyser.

⁶⁷ Enligt 57 § 1 st. köplagen gäller ett liknande ansvar för köparens betalning, dock att därvid hinder utanför köparens kontroll inte generellt verkar befriande, utan endast hin- der som beror på vissa typer av händelser som räknas upp i lagen. Det kan diskuteras huruvida köparens ansvar verkligen är ännu strängare än säljarens, då "annat liknande hinder" torde fånga upp flertalet av sådana hinder som också befriar säljaren, medan "hinder utanför [säljarens] kontroll" inte nödvändigtvis omfattar många fler hinder än de som nämns i 57 § 1 st. köplagen. En diskussion av denna fråga skulle dock i förevarande sammanhang föra för långt.

6.4 Det transporträttsliga ansvaret

6.4.1 Inledning

Det är något oegentligt att tala om ”det transporträttsliga ansvaret”: de olika unimodala konventionerna har olika ansvarssystem, och trots att dessa system liknar varandra är de tillräckligt olika för att inte kunna behandlas i ett sammanhang. De europeiska konventionerna angående landsvägs- och järnvägstransporter – CMR och CIM – innehåller dessutom ett intrikat system av olika presumtioner och en skiftande fördelning av bevisskyldigheten, vilket generellt gör det svårt att jämföra de transporträttsliga konventionerna med varandra, åtminstone i den mån syftet är att vara rättvisande i detalj.

I förevarande avsnitt är syftet dock inte att vara rättvisande i detalj; målet är inte att åstadkomma en syntes av de transporträttsliga ansvarssystemen som sedan skulle kunna ligga till grund för ett logistikrättsligt system, utan tanken är att genom en allmän karakterisering av de transporträttsliga ansvarssystemen kunna ange generella värderingar som kan läggas till grund för logistikrätten. Därför skall den följande genomgången av de olika transporträttsliga konventionerna inte avse enskildheterna i ansvarssystemen, utan undersökningen begränsas till att avse de grundläggande ansvarsgrunderna. De bevisbörderegler och presumtioner som några av konventionerna stadgar kommer därför att lämnas därhän. Det transporträttsliga ansvarets stränghet är sedan ett av de element som måste vägas in vid en bedömning av de krav som i skadeståndsrättsligt hänseende kan ställas på parterna i ett logistikavtal.

6.4.2 De unimodala ansvarsgrunderna

6.4.2.1 Landsvägstransporter

På landsvägstransporternas område finns två lagar som reglerar fraktavtalet, nämligen dels lagen (1974:610) om inrikes vägtransport, dels lagen (1969:12) med anledning av Sveriges tillträde till konventionen den 19 maj 1956 om fraktavtalet vid internationell godsbefordran på väg. Den senare lagen inkorporerar den europeiska *Convention sur les transports de marchandises par route* i svensk rätt. För enkelhetens skull kommer den nationella lagen här att förkortas VTL, och den internationella konventionen CMR.

VTL och CMR är inte helt parallella: trots att lagen skrivits med konventionen som förebild föreligger vissa avvikelser.⁶⁸ Vad gäller den cen-

⁶⁸ Prop 1974:33 s. 31 f.

trala ansvarsgrunden i 28 § VTL, respektive art. 17(2) CMR är texterna dock likartade, och någon åtskillnad mellan dem kommer därför inte att göras i förevarande sammanhang.

Enligt 28 § VTL skall fraktföraren vara fri från ansvar när skadan eller dröjsmålet förorsakats av "förhållande som fraktföraren ej kunnat undvika och vars följder han ej kunnat förebygga". Paragrafen har som sagt sin förebild i art. 17 (2) CMR, och enligt förarbetena skall vid tolkningen av 28 § VTL hänsyn tas till den internationella tolkningen av CMR.⁶⁹ Tolkningen av både paragrafen och artikeln är omstridd.

Två tolkningsalternativ framstår som ledande i diskussionen. Enligt det första, som i Sverige företrädades av den utredning som förberedde VTL, skall undantaget anses avse händelser av *force majeure*-karaktär. Som stöd för denna uppfattning kan åberopas att ordalydelsen i art. 17(2) CMR är hämtad från 1952 års internationella järnvägskonvention CIM: det året ersatte förevarande formulering den tidigare formuleringen i CIM om *force majeure*, varvid ingen materiell ändring i bestämmelsen var avsedd, utan endast ett önskemål om terminologisk neutralitet var vägledande.⁷⁰

Argumenten mot att tillägga 28 § 4 mom. VTL karaktären av *force majeure*-bestämmelse vilar framför allt på att det inte finns någon internationell enighet om ett sådant undantags innebörd, och att anledning därför saknas att ålägga transportören ett så strängt ansvar som ett *force majeure*-ansvar enligt klassisk uppfattning skulle innebära.⁷¹ Departementschefen tog i propositionen inte ställning i frågan, utan uttalade endast att ansvaret enligt 28 § 4 mom. VTL torde ligga mellan det vanliga exculpationsansvaret och ett strikt ansvar med undantag för *force majeure*. Han överlät åt rättspraxis att bestämma begreppets närmare innebörd med hänsyn även till utländsk rättspraxis.⁷²

Såväl engelska som tyska domstolar har funnit att ansvaret enligt art. 17(2) CMR inte bör förstås som ett strikt ansvar med undantag för *force majeure*. I det ledande engelska fallet *J.J. Silver Ltd. v. Islander Trucking Ltd.* [1985] 2 Lloyd's Rep. 243 fann Mustill J. att, om den som formulerade konventionen hade velat ansluta till *force majeure*-begreppet, kunde han uttryckligen ha gjort så.⁷³ Tyska BGH stödde sig på samma

⁶⁹ Prop. 1974:33 s. 107

⁷⁰ Prop. 1974:33 s. 106

⁷¹ Jfr prop. 1974:33 s. 106 f.

⁷² Prop. 1974:33 s. 107

⁷³ *J.J. Silver Ltd. v. Islander Trucking Ltd.* [1985] 2 Lloyd's Rep. 243 följdes i *G. L. Cicaliello S.R.L. v. Anglo European Shipping Services* [1994] 1 Lloyd's Rep. 678, och kan således anses utgöra fast engelsk rättspraxis.

argument.⁷⁴ Både Mustill J. och BGH påpekade vidare att art. 17(3) – som stadgar att fraktföraren aldrig kan bli fri från ansvar om skadan beror på någon defekt i lastbilen – skulle förlora sin mening om art. 17 (2) tolkades som ett strikt ansvar med undantag endast för *force majeure*.

Problemet tycks i mångt och mycket ligga i att *force majeure*-begreppet i sin klassiska utformning kräver att den skadebringande händelsen är utifrån kommande och oförutsebar. Om art. 17 (2) stadgade ett strikt ansvar med undantag för *force majeure*, skulle ingen anledning finnas att särskilt stadga att defekter i lastbilen aldrig kan leda till ansvarsfrihet, eftersom sådana defekter aldrig är utifrån kommande och åtminstone som abstrakt företeelse inte heller oförutsebara. Detta må vara riktigt om man, liksom den klassiska terminologin, med *force majeure* endast avser händelser av ett visst kvalificerat slag. Om emellertid *force majeure* förstås som liktydig med att det föreligger ett hinder vars övervinnande skulle kräva uppoffringar utöver offergränsen, försvinner motsägelsen. Ur detta perspektiv innebär art. 17(3) att defekter i lastbilen aldrig kan vara ursäktande, inte ens om de beror på faktorer vars förekommande eller övervinnande skulle ha krävt uppoffringar bortom offergränsen.

På detta sätt formuleras den tillämpliga standarden enligt art. 17(2) CMR också i internationellt ledande praxis. Skadan får inte ha kunnat undvikas "even with the utmost care", respektive med "der äußersten, nach den Umständen möglichen Sorgfalt".⁷⁵ Med den terminologi som här används är alltså enligt engelsk och tysk rätt transportören enligt tvingande regler förpliktad att med största möjliga omsorg förebygga skada. Frågan är dock vad det skall anses betyda.

Koller har kritiserat domstolarnas uttryckssätt som en "Leerformel", en tom fras.⁷⁶ Detta är riktigt såtillvida att det är relativt enkelt att fastställa vilken som är den normala standarden för vad transportören skall göra – det vill säga att fylla ut avtalet individuellt, framför allt med hänsyn till branschpraxis – men "utmost care" eller "äußerste Sorgfalt" leder tankarna till något som inte kan definieras exakt utöver den normala standarden. På detta sätt uttrycker också domstolarna och andra akademiska författare transportörens förpliktelse: han skall anstränga sig mera än vad som skulle krävas normalt.⁷⁷ Enligt Mustill J. skall han vidta alla åtgärder som är "short of the absurd", en bedömning i vilken även Koller instämmer.⁷⁸ "Short of the absurd" måste dock anses beskriva samma sak som

⁷⁴ NJW 1975 s. 1597

⁷⁵ Jfr de förut citerade engelska och tyska rättsfallen.

⁷⁶ Koller, *Transportrecht*, s. 1031

⁷⁷ Detta förutsätter då implicit att andra transportörer normalt får vara slarviga, vilket i och för sig är ett märkligt sätt att uttrycka saken.

⁷⁸ Koller, *Transportrecht*, s. 1033 f.

offergränsen: där det absurda, orimliga, oskäligen börjar tar gäldenärens förpliktelser slut. Vad som är nästan, men inte riktigt, absurt är en bedömningsfråga som lämnar mycket utrymme för skön i det enskilda fallet, som vanligt vid frågor som avser offergränsen. I praktiken har domstolarnas bedömningar lett till att det är ytterst sällan som ett återopande av art. 17(2) CMR leder till framgång för fraktföraren.⁷⁹

Den standard som domstolarna verkar åsyfta är att den skadebringande händelsen skall ha varit transportören övermäktig. Detta innebär att den visst kan vara förutsebar: man måste till exempel räkna med att det förekommer beväpnade rån på italienska rastplatser.⁸⁰ Icke desto mindre kan man inte kräva att fraktföraren skall låta godset transporteras i pansarbilar och låta bilen ledsagas av beväpnade vakter.⁸¹ Exakt var gränsen för det övermäktiga går torde vara svårt att bestämma, men domsmotiveringarna i frågan, och de däri ofta förekommande hänsynstagandena till ekonomisk praktikabilitet, leder tankarna till läran om offergränsen i sin klassiska utformning, eller till det *force majeure*-begrepp som bestämts ovan.

Sammantaget innebär detta att ursäktsgrunderna i art. 17 (2) CMR måste anses innebära att till transportörens förpliktelser enligt vägtransportavtalet hör att vidta alla upptänkliga försiktighetsåtgärder inom offergränsen. I motsats till den vanliga culpastandarden är alltså vägtransportören enligt lagstiftningens grundläggande ansvarssystem förpliktad att vinnlägga sig till det yttersta om transportens rätta genomförande.⁸² Vägtransportören bär, om denna tolkning är riktig, på ett principiellt plan i stort sett samma ansvar som säljaren enligt köplagen, nämligen ett kontrollansvar.⁸³ Liksom säljarens ansvar enligt kontrollbestämmelserna i köplagen är begränsat till köparens direkta förlust är också vägtransportörens ansvar begränsat, vilket utgör ytterligare en parallell mellan det köprätts-

⁷⁹ Malcolm A. Clarke, *International Carriage of Goods by Road: CMR*, 4th Edition, Sweet & Maxwell, London 2003, s. 212

⁸⁰ Det var ett sådant fall som *J.J. Silver v. Islander Trucking* handlade om.

⁸¹ Exemplet är Mustill J.'s; det bör kanske tilläggas att detta nog endast gäller ifall det inte rör sig om en värdetransport.

⁸² Koller, *Transportrecht*, s. 1031 f., antyder rättsekonomiska resonemang avseende riskallokering inom kontraktet. Man skulle kunna tänka sig att det faktum att transportören åtnjuter en legal ansvarsbegränsning, samt att den överskjutande skadan normalt täcks av en varuförsäkringsgivare, leder till att domstolarna inte ser någon större anledning till att "skona" fraktföraren – förlusten bärs ju slutligen ändå av varuförsäkringen.

⁸³ Man kan med hänsyn till art. 17(3) diskutera huruvida ansvarsstandarderna i detalj är desamma, då det hinder som vägtransportören måste övervinna inte nödvändigtvis måste vara utanför hans principiella kontrollsfär. Med tanke på det köprättsliga hinderbegreppets oklarhet och de få ursäktgrunder som godtagits i vägtransporträttslig praxis torde skillnaderna dock inte vara alltför stora.

liga och det vägtransporträttsliga ansvarssystemet. Ansvarsbegränsningarnas betydelse för ansvarsgrundens stränghet skall dock diskuteras längre fram i detta arbete.

6.4.2.2 Järnvägstransporter

Järnvägstransporträtten uppvisar betydande likheter med landsvägstransporträtten och framställningen i förevarande avsnitt kan därför i mångt och mycket följa framställningen avseende landsvägstransporträtten ovan. Även på järnvägstransportområdet gäller i Sverige två lagar, dels järnvägstrafiklagen (1985:192; JTL), dels lagen (1985:193) om internationell järnvägstrafik. Den senare lagen inkorporerar den internationella *Convention relative aux transports internationaux ferroviaires* (COTIF) i svensk rätt. Enligt 3 § lagen om internationell järnvägstrafik gäller, vad avser internationell godsbefordran på järnväg, bihang B till COTIF i dess franska lydelse som svensk lag. Bihang B har den officiella titeln *Règles uniformes concernant le contrat de transport international ferroviaire des marchandises* och förkortas vanligtvis CIM. Denna förkortning skall också användas här.

COTIF och med denna CIM har ändrats genom ett protokoll undertecknat i Vilnius 1999. Detta protokoll har emellertid ännu inte trätt i kraft⁸⁴ och bibehåller dessutom i ansvarshänseende det redan befintliga systemet (bortsett från några språkliga justeringar).⁸⁵ I det följande bortses därför från detta protokoll.

Liksom i vägtransporträtten är den svenska nationella lagen skriven med den internationella konventionen som förebild. Behandlingen av både lagen och konventionen kommer därför i det följande att ske utan att någon genomgående åtskillnad görs mellan dem.

Den centrala ansvarsbestämmelsen i svensk nationell rätt finns i 3 kap. 23 § 4 mom. JTL, som lyder som följer:

Järnvägen är fri från ansvarighet enligt 22 § första stycket, om järnvägen visar att förlusten, minskningen, skadan eller dröjsmålet har orsakats av [...]

4. någon omständighet som inte kan hänföras till befordringen och som

⁸⁴ Enligt ett meddelande från den mellanstatliga organisationen för den internationella järnvägstrafiken OTIF daterat den 20 januari 2005 förväntas protokollet träda ikraft vid mitten av år 2005. Detta är för sent för att protokollet skall kunna tas hänsyn till i detta arbete.

⁸⁵ Att dessa språkliga förändringar inte är avsedda att leda till en principiell förändring av ansvarssystemet framgår av punkt 29 i General Notes i den Explanatory Report som publicerats tillsammans med protokollet.

järnvägen inte hade kunnat undgå eller förebygga följderna av även om den hade vidtagit alla åtgärder som rimligen hade kunnat krävas av den.

Denna formulering ansluter nära till stadgandet i art. 36 § 2 CIM:

Le chemin de fer est déchargé de cette responsabilité si la perte, l'avarie ou le dépassement du délai de livraison a eu pour cause [...] des circonstances que le chemin de fer ne pouvait pas éviter et aux conséquences desquelles il ne pouvait pas obvier.

Skillnaden i formuleringen mellan den svenska och den internationella bestämmelsen beror på att det mot 28 § 2 st. VTL svarande undantaget (jfr art. 17(3) CMR) i JTL skulle inkorporeras i den centrala ansvarsfrihetsregeln.⁸⁶ Det finns alltså ingen skillnad i sak mellan de två järnvägsrättsliga bestämmelserna.

Om förhållandet mellan den svenska nationella lagen och konventionen, liksom mellan järnvägstransporträtten och landsvägstransporträtten uttalade departementschefen följande:

Det är enligt min mening angeläget att i största möjliga utsträckning ha enhetliga regler för inrikes och internationell trafik. [...] Med hänsyn till det nära samband som råder mellan landsvägstransporter och järnvägs-transporter anser jag det vara en fördel, om rättsreglerna för dessa två transportslag inte skiljer sig åt i onödan. Dessa två önskemål går givetvis inte alltid att förena.⁸⁷

Frågan är därför på vilket sätt ansvarsfrihetsgrunden i 3 kap. 23 § 4 mom. JTL skall förstås: har den en egen, självständig betydelse, eller avser den samma förhållanden som 28 § VTL? Redan vid tiden när JTL diskuterades hade vissa författare föreslagit att ansvarsfrihetsbestämmelsen i CMR (och därmed vägtransportlagen) skulle kunna anses omfatta även andra händelser än sådana som enligt klassisk terminologi avses med *force majeure*-begreppet. Departementschefen yttrade härom:

Det torde inte finnas någon anledning att gå ifrån den uppfattning som är fast etablerad inom järnvägsfrakträtten att järnvägen bör svara också för sådana rena olyckshändelser som inte kan betraktas som fall av *force majeure*, bl.a. på grund av att de inte är tillräckligt ovanliga och omfattande. I sak är således någon avvikelse från järnvägstrafikstadgans reglering inte påkallad. Med hänsyn till de uttalanden som har förekommit om innebörden av den likalydande ansvarsfrihetsgrunden i vägtransportlagen kan den formulering som nu används i järnvägstrafikstadgan för att ge ansvarsfrihet för *force majeure* uppenbarligen inte fylla detta ändamål i fortsättningen. I

⁸⁶ Prop. 1983/84:117 s. 169 f.

⁸⁷ Prop. 1983/84:117 s. 44

den förevarande paragrafen har den fjärde ansvarsfrihetsgrunden i stället avfattats efter förebild av den regel om ansvarsfrihet för *force majeure* som finns i 3 § andra stycket 1976 års lag [lag (1976:58) om järnvägs ansvarighet vid befordran av resande, *min anm.*] och som motsvaras av 2 kap. 1 § andra stycket i den föreslagna lagen.⁸⁸

Ansvarsundantaget är alltså strängare än ett vanligt culpaansvar men täcker också händelser som inte omfattas av det klassiska *force majeure*-begreppet. Denna åsikt delas avseende CIM även av internationella författare som också diskuterar vilka händelser som skall anses vara omöjliga för järnvägen att förebygga eller övervinna. Således skriver Kurt Spera:

Infolge jener der Unabwendbarkeit innewohnenden gewissen Relativität kann in vielen Fällen nur aufgrund einer eingehenden Prüfung der Umstände des Einzelfalles entschieden werden, ob ein Ereignis als unabwendbar oder lediglich als niederer Zufall zu betrachten ist (z.B. kann ein übermäßig starker Schneefall für eine kleine Eisenbahngesellschaft eventuell unabwendbar sein, während dies für eine größere Unternehmung, die mit geeigneten Schneeräummaschinen ausgerüstet ist, ein leicht abwendbarer, demnach gewöhnlicher Zufall sein kann). Bei der Entscheidung umfangreicher Problematik ist zwangsläufig dem richterlichen Ermessen ein erheblicher Spielraum gelassen.⁸⁹

Exemplet med ymnigt snöfall och dess relativa inverkan på järnvägens ansvar beroende på huruvida företaget är stort eller litet visar att Spera inte anspelar endast på det klassiska *force majeure*-begreppet. Även René Rodière och Barthélémy Mercadal avvisar tanken på att transportörens ansvar bara skulle falla bort i fall då kontraktsbrottet föranletts av en händelse av klassisk *force majeure*-karaktär.

Ces diverses causes se ramènent à l'idée plus générale de «cause étrangère» que ne peut «être imputée» au débiteur, de l'article 1147 du Code civil. Les unes et les autres donnent la certitude que le débiteur n'a pas commis de faute. La force majeure, qui en est l'illustration la plus ferme, suppose l'imprévisibilité et l'insurmontabilité (qu'il faut entendre à l'échelle humaine, faute de quoi elles ne se rencontreraient jamais). La conjonction de ces deux traits devrait exclure toute possibilité de faute de la part du débiteur. Mais la faute du chargeur, celle du destinataire, le vice propre de la chose également acculent à l'idée que le voiturier n'a pas commis de faute. Il y a une grande unité dans toute cette construction et la dualité soutenue par certains auteurs, notamment en France par Josserand, entre le cas fortuit et la force

⁸⁸ Prop. 1983/84:117 s. 169

⁸⁹ Kurt Spera, *Internationales Eisenbahnfrachtrecht – Die Einheitlichen Rechtsvorschriften für den Vertrag über die internationale Eisenbahnbeförderung. Kommentar*, GOF-Verlag, Wien 1991, kommentar till art. 36, marginalnummer 15 *in fine*

majeure ne répond pas à notre droit positif. Selon cette doctrine, l'événement imprévisible et insurmontable ne libérerait pas le débiteur quand il est intérieur à son entreprise. C'est ajouter aux exigences de la loi et la jurisprudence n'a pas suivi cette théorie.⁹⁰

Rättspraxis avseende ansvarsundantaget vid godsbefordran på järnväg står inte att finna i Sverige. Eftersom den nationella rätten dock skall tolkas i överensstämmelse med sin internationella motsvarighet är frågan om det ovan sagda innebär någon skillnad mellan järnvägstransporträtten och landsvägstransporträtten.

Så torde inte vara fallet. Liksom när det gäller VTL och CMR betonas inom järnvägstransporträtten oförutsebarheten och oöverbinneligheten som kriterier för situationer i vilka järnvägen inte är ansvarig för skador uppkomna genom kontraktsbrott. De uttalanden som avseende landsvägstransporträtten gjorts att transportören inte är ansvarig för skador som han inte hade kunnat förekomma med "utmost care" eller "äußerster Sorgfalt" torde utan vidare kunna överföras till järnvägstransporträtten. Detta leder till slutsatsen att det grundläggande ansvaret som transportörerna både på väg och på järnväg bär måste anses utgöra ett kontrollansvar, alltså ett ansvar för att ha vidtagit alla åtgärder inom offergränsen som skulle ha kunnat möjliggöra felfri och rättidig prestation.

6.4.2.3 *Lufttransporträtt*

Sverige har genom lag 2002:1130 anpassat 9 kap. luftfartslagen till Montrealkonventionen från 1999. Eftersom Sverige också ratificerat denna konvention innehåller den internationella och den nationella lufttransporträtten samma reglering. Enligt 9 kap. 2 och 3 §§ luftfartslagen är det Montrealkonventionen som i alla här väsentliga avseenden gäller för lufttransporter.

Avseende ansvar för godsskada stipulerar art. 18 1 st. Montrealkonventionen helt enkelt att:

The carrier is liable for damage sustained in the event of the destruction or loss of or damage to, cargo upon condition only that the event which caused the damage so sustained took place during the carriage by air.

⁹⁰ René Rodière, Barthélémy Mercadal, *Droit des transports terrestres et aériens* [nedan Rodière, *Droit des transports*], Femte upplagan, Dalloz, Paris 1990, s. 267 f. Författarna yttrar sig här förvisso endast allmänt om transportörens ansvarighet, men senare i samma verk säger de uttryckligen om ansvarssystemet i art. 36 § 2 CIM jämfört med de allmänna transporträttsliga principerna: "Ce sont là les causes normales de libération du transporteur." (a.a., s. 280)

Det finns sedan i artikelns andra stycke vissa uppräknade undantag från detta ansvar, men dessa undantag förändrar inte det i grunden strikta ansvar som stadgas i första stycket. Lufttransportörens ansvar för gods-skador är alltså strikt.

Avseende dröjsmålsskador stadgar art. 19 Montrealkonventionen:

The carrier is liable for damage occasioned by delay in the carriage by air of passengers, baggage or cargo. Nevertheless, the carrier shall not be liable for damage occasioned by delay if it proves that it and its servants and agents took all measures that could reasonably be required to avoid the damage or that it was impossible for it or them to take such measures.

Montrealkonventionen kräver alltså med avseende på dröjsmål endast att transportören visar att han vidtagit alla åtgärder som "could reasonably be required". Detta utgör en kodifiering av tidigare praxis avseende den då gällande Warszawakonventionen som i art. 20 stadgade:

The carrier is not liable if he proves that he and his agents have taken all necessary measures to avoid the damage or that it was impossible for him or them to take such measures.

Frågan var hur strikt art. 20 Warszawakonventionen skulle tolkas till lufttransportörens nackdel. Här visar sig att den stränghet som antyds genom formuleringen "all necessary measures" inte fick nedslag i praktiken.

"All necessary measures" innebar inte något annat än att lufttransportören var ansvarig för vanlig *culpa*, det vill säga – om den i detta arbete förespråkade teorin läggs till grund – för att ha vidtagit de åtgärder som efter avtalsutfyllning kan krävas av honom. Således skriver Rodière och Mercadal avseende Warszawakonventionen:

Il résulte de ce texte que le transporteur aérien n'est pas tenu d'une obligation aussi forte que celle qui pèse sur les transporteurs terrestres. Il est bien responsable *a priori* parce qu'un dommage est survenu à la marchandise, mais il n'a pas besoin, pour se libérer, de prouver que ce dommage a eu telle cause précise qui ne lui est imputable. Il lui faut seulement établir qu'il a pris toutes les mesures nécessaires pour éviter le dommage ou qu'il lui était impossible de les prendre.⁹¹

På samma sätt uttalar Ingo Koller:

Obwohl vereinzelt gefordert wurde, an den Entlastungsbeweis besonders strenge Anforderungen zu stellen, steht die ganz h.M. [herrschende Meinung, *min anm.*] auf dem Standpunkt, daß der Luftfrachtführer immer

⁹¹ Rodière, *Droit des transports*, s. 301

dann alle erforderlichen Maßnahmen getroffen habe, wenn ihm das Unterlassen zusätzlicher schadensverhütender Maßnahmen nicht als objektives Verschulden vorgeworfen werden könne.⁹²

Detsamma gällde enligt amerikansk federal rätt, där formuleringen i art. 20 sades ”to mean ‘reasonable measures’ available to the carrier which would prevent the loss”.⁹³

I engelsk rätt tycks åsikterna ha tenderat mera mot ett strängare ansvar. Således skriver Malcolm A. Clarke att ”all necessary measures” bör tolkas på samma sätt som den grundläggande ansvarsbestämmelsen i CMR, nämligen som ett ansvar för att ha visat ”utmost care”.⁹⁴ Även domstolarna tycks ha delat denna åsikt: i *Swiss Bank Corp. v. Brinks-MAT Ltd* [1986] 2 Lloyd’s Rep. 79 uttalade Bingham J. att fraktföraren

can escape liability altogether by proving that it was impossible for him to take measures to avoid the damage. The alternative means of escape, that he took all (reasonable) necessary measures to avoid the damage, in my view requires him to prove more than that he was not negligent.

I ljuset av att en övervägande del av internationell praxis företrädde uppfattningen att lufttransportörens ansvar inte var strängare än ett vanligt culpaansvar, kan engelsk praxis dock i detta avseende inte tillmätas någon avgörande betydelse.

Det sagda leder till att det finns två olika ansvarsformer vad gäller gods-transporter i luften: för fysiska skador gäller ett strikt ansvar, medan avseende dröjsmålsskador det stadgas ett vanligt culpaansvar med omkastad bevisbörda. Lufttransporträtten är således i ansvarshänseende både strängare och mildare än landsvägs- och järnvägstransporträtten: medan lufttransportören i princip alltid svarar för fysiska skador på godset, svarar han endast för *culpa* vad avser dröjsmål. Diskussionen om hur detta påverkar den allmänna karakteriseringen av det transporträttsliga ansvaret skall föras när det sjötransporträttsliga ansvaret undersökts.

6.4.2.4 Sjötransporträtt

Sedan sjörechtsreformen år 1994 har rättsläget på det sjötransporträttsliga området blivit något oöverskådligt. I Sverige gäller sjölagen (1994:1009), vars 13 kap. reglerar styckegodstransport. Detta kapitel och det däri stadgade ansvarssystemet är det för detta arbete relevanta, då bestämmelserna

⁹² Koller, *Transportrecht*, s. 1266 f.

⁹³ *Armour Pharmaceutical Co. v. Jet Air (Hong Kong) Limited d/b/a Jet Air*, ETL 1992 s. 411, på s. 416.

⁹⁴ Malcolm A. Clarke, *Contracts of Carriage by Air*, LLP, London, Hong Kong 2002, s. 132 ff, särskilt s. 135 f

om certepartier i 14 kap. sjölagen avser avtal som i grunden rör hyra av fartyg. Eftersom logistikerna normalt inte äger sina transportmedel⁹⁵ måste bestämmelserna i 14 kap. anses avse en typ av avtal som ligger för långt ifrån logistikavtalet för att kunna utgöra stöd för allmänna överväganden avseende logistik.

13 kap. sjölagen är i stora delar tvingande, jfr 13 kap. 4 §. Samtidigt är lagens tillämpningsområde synnerligen vidsträckt: 13 kap. sjölagen skall enligt 13 kap. 2 § 1 och 2 st. tillämpas på så gott som alla transporter som rör Skandinavien och Finland. Undantag görs här bara för inrikes fart i Danmark, Finland och Norge, se 13 kap. 2 § 1 st. 2 men. sjölagen. Tillämpligheten av 13 kap. sjölagen kan enligt nämnda paragrafs 3 st. avtalas bort endast "[o]m varken den avtalade lastningshamnen eller den avtalade eller faktiska lossningshamnen ligger" i Skandinavien eller Finland. I dessa fall får överenskommas att avtalet skall vara underkastat lagstiftningen i en annan bestämd konventionsstat.

Med konventionsstat förstås enligt 13 kap. 1 § en stat som är bunden av 1924 års internationella konvention rörande konossement med de ändringar som skett genom 1968 och 1979 års tilläggsprotokoll. Dessa regler kallas enligt lagstiftningen och i internationell praxis för Haag-Visby-reglerna. Trots att dessa regler numera endast sällan torde bli tillämpliga i Sverige, har de alltså relevans för detta arbete.

Transportören kan enligt nationell svensk rätt göras ansvarig för sakskada och för dröjsmål, 13 kap. 25–28 §§ sjölagen (som alla är tvingande enligt 13 kap. 4 § sjölagen). Den allmänna utgångspunkten för sakskada är att transportören bär ett culpaansvar med omkastad bevisbörda: enligt 13 kap. 25 § 1 st. är han ansvarig för skada på eller förlust av godset såvida han inte visar att denna varken föranletts av transportören eller av hans anställdas fel eller försummelse.

Bestämmelsen om dröjsmål i 13 kap. 28 § sjölagen är mera komplicerad. Enligt paragrafens andra stycke finns två typsituationer, dels sådana där en leveranstid är avtalad, dels sådana där någon leveranstid inte är avtalad. I det förra fallet föreligger dröjsmål när transportören inte lämnat ut godset vid den avtalade tidpunkten, och han är då ansvarig enligt 13 kap. 25–27 §§ (13 kap. 28 § 1 st.). Här är alltså fråga om en resultatförpliktelse som sanktioneras av ett vanligt ansvar för *culpa*.

Om någon leveranstid inte är avtalad skall godset lämnas ut vid den tidpunkt då det är rimligt att begära leverans av en omsorgsfull transportör. Denna bedömning är i grunden en skälighetsbedömning, och enligt propositionen skall ett obetydligt överskridande av den sålunda bestämda

⁹⁵ Jfr kapitel 3

leveranstidpunkten inte räknas som dröjsmål.⁹⁶ Denna formulering i propositionen ansluter nära till Grönfors' formulering av samma regel i undersökningen *Tidsfaktorn* vid transportavtal⁹⁷; med ledning av Grönfors' analys kan därför konstateras att det vid en skälighetsbedömning av transportfristen inte är fråga om att ange någon fast tidpunkt, utan snarare en marginal inom vilken leverans skall ske från transportörens sida. Fråga är alltså om ett vanligt culpaansvar. Transportören skall, som det också formuleras i 13 kap. 12 § sjölagen, utföra transporten med tillbörlig skyndsamhet. Uppmärksamheten riktas alltså i dessa fall redan från början på frågan huruvida transportören gjort det som enligt avtalet kan förväntas av honom för att i tid få godset till destinationsorten. Tyngdpunkten ligger alltså på en individuell utfyllning av avtalet, och eftersom förpliktelsen är en förpliktelse att visa omsorg måste ansvaret anses vara ett för *culpa*.

Vid bedömningen av huruvida transportören fullgjort sina skyldigheter enligt avtalet måste 13 kap. 26 och 27 §§ sjölagen uppmärksammas. Enligt 26 § gäller att transportören aldrig svarar för fel eller försummelse i navigeringen eller handhavandet av fartyget hos den som utför arbete i fartygets tjänst, samt att transportören inte heller svarar för brand som inte orsakats av honom själv. Befrielseerna gäller under förutsättning att transportören sett till att fartyget var sjövärdigt vid resans början. Sjövärdighetsrekvisitetet gäller endast med avseende på de i paragrafen stadgade befrielsegrunderna, och har således ingen inverkan på den generella ansvarsgrunden i 25 §. Härav följer att transportörens förpliktelser enligt avtalet – förutsatt att transportören visat tillbörlig omsorg med att göra fartyget sjövärdigt före resans början – aldrig omfattar säker navigering eller handhavande av fartyget under resan eller förhindrande av brand.⁹⁸ Häri ligger att vid avtalsutfyllningen hänsyn inte skall tas till navigeringen, handhavandet av fartyget eller brand.

⁹⁶ Prop. 1993/94:195 s. 240

⁹⁷ Kurt Grönfors, *Tidsfaktorn vid transportavtal* [nedan Grönfors, *Tidsfaktorn*], Sjörättsföreningen i Göteborg, Akademiförlaget, Göteborg 1974, särskilt kap. V.

⁹⁸ Detta uttrycks med avseende på navigeringen och handhavandet av fartyget ofta på så sätt att transportören sägs vara utan ansvar även om fel eller försummelse i detta avseende förelegat på hans sida; jfr lagtexten och Kurt Grönfors, *Allmän transporträtt*, 5:e upplagan, P.A. Norstedt & Söners förlag, Stockholm 1977, s. 79. Detta är ett märkligt sätt att uttrycka sig: om transportören inte är ansvarig för skador som åstadkommits genom navigering eller handhavandet av fartyget finns ju i och för sig ingen *kontraktuell* plikt som han skulle kunna bryta emot i detta avseende, och som skulle kunna utgöra den standard mot vilken culpabedömningen måste företas. Begreppet "fel eller försummelse" måste därför antas avse sjövägsreglerna eller någon annan extern standard, vars tillämplighet på transportörens kontraktuella förpliktelser inte är *a priori* given. Resonemanget tycks vila på en instinktiv känsla av "man inte får göra så" i vissa situationer, utan att det klargörs *varför* man *juridiskt sett* inte skulle få göra på det ena eller andra sättet.

En annan begränsning av culpabedömningen följer av 27 §. Vid transport av levande djur svarar transportören inte för skador som beror på de särskilda risker som är förenade med sådana transporter. Avtalet omfattar alltså inte någon skyldighet att förekomma sådana skador som bestämmelsen avser.

Det kan konstateras att enligt svensk nationell rätt ansvaret som åvilar sjötransportören är betydligt lindrigare än det som åvilar de andra transportörerna. Det är inte endast så att sjötransportören är den enda typ av transportör som över hela fältet endast bär ett culpaansvar, utan culpa-bedömningen är dessutom begränsad på flera sätt.

Detsamma gäller, vad avser ansvar för fysiska skador, enligt Haag-Visby-reglerna. Sjölagen replikerar i detta avseende reglernas ansvarssystem, med undantag för den så kallade katalogen i art. IV(2) Haag-Visby-reglerna. Enligt denna gäller att:

Neither the carrier nor the ship shall be responsible for loss or damage arising or resulting from:

- (a) Act, neglect, or default of the master, mariner, pilot, or the servants of the carrier in the navigation or in the management of the ship.
- (b) Fire, unless caused by the actual fault or privity of the carrier.
- (c) Perils, dangers and accidents of the sea or other navigable waters.
- (d) Act of God.
- (e) Act of war.
- (f) Act of public enemies.
- (g) Arrest or restraint of princes, rulers or people, or seizure under legal process.
- (h) Quarantine restrictions.
- (i) Act or omission of the shipper or owner of the goods, his agent or representative.
- (j) Strikes or lockouts or stoppage or restraint of labour from whatever cause, whether partial or general
- (k) Riots and civil commotions.
- (l) Saving or attempting to save life or property at sea.
- (m) Wastage in bulk or weight or any other loss or damage arising from inherent defect, quality or vice of the goods.
- (n) Insufficiency of packing.
- (o) Insufficiency or inadequacy of marks.
- (p) Latent defects not discoverable by due diligence.
- (q) Any other cause arising without the actual fault or privity of the carrier, or without the fault or neglect of the agents or servants of the carrier, but the burden of proof shall be on the person claiming the benefit of this exception to show that neither the actual fault or privity of the carrier nor the fault or neglect of the agents or servants of the carrier contributed to the loss or damage.

Haag-Visby-reglerna är inte tillämpliga på transport av levande djur, art. I(c).

År 1967 konstaterade Sjur Brækhus vid en analys av katalogen att undantagen (c) till (p) måste anses vara exemplifieringar av undantaget (q), och att de alltså egentligen inte har någon självständig betydelse.⁹⁹ Denna uppfattning fann anslutning i förarbetena till sjölagen¹⁰⁰ och ligger bakom den redaktionella skillnaden mellan Haag-Visby-reglerna och sjölagen.¹⁰¹ Någon materiell skillnad är därför inte avsedd.

Haag-Visby-reglerna saknar dock bestämmelser om dröjsmål, så att i detta avseende oinskränkt avtalsfrihet råder i fart som inte faller under 13 kap. sjölagen. Det kan antas att denna frihet utnyttjas. Reglerna innehåller således det på transportområdet mot transportören mildaste systemet: enligt dem är han avseende sakskador endast ansvarig för *culpa*, och han får friskriva sig från ansvar från dröjsmål.

Sammantaget innebär detta att det generellt gäller ett culpaansvar för sjötransportören; härvid undantas navigeringen, handhavandet av fartyget och brand ombord från transportörens avtalsenliga plikter, liksom även de särskilda risker som är förknippade med transport av levande djur. Vad gäller dröjsmål är transportören enligt Haag-Visby-reglerna vidare fri att bestämma sitt ansvar genom avtal.

6.4.2.5 *Den omvända bevisbördans betydelse*

Genomgången ovan har visat att i de fall då ett vanligt culpaansvar stadgas i den transporträttsliga lagstiftningen detta är förknippat med att bevisbördan är omkastad. Enligt svensk rätt betyder detta – med utgångspunkt i det innehåll som det inomkontraktuella culpabegreppet enligt framställningen ovan bör anses ha – att där transportören inte kan visa att han vidtagit alla de åtgärder som enligt avtalet kunde krävas av honom, och att kontraktsbrott ändå inte kunde undvikas, han skall anses ha gjort sig skyldig till kontraktsbrott.¹⁰² Med detta perspektiv innebär

⁹⁹ Sjur Brækhus, *The Hague Rules Catalogue* i Kurt Grönfors (Ed.), *Six Lectures on the Hague Rules*, Akademiförlaget Gumperts, Göteborg 1967, s. 11 ff.

¹⁰⁰ SOU 1990:13, *Översyn av sjölagen 2. Godsbefordran till sjöss*, s. 148

¹⁰¹ Det kan diskuteras huruvida katalogen i praktiken fyller en viktig funktion i det att den underlättar förhandlingar mellan parterna efter det att ett krav framställts mot transportören: genom att bara hänvisa till att skadan föranletts av storm skulle förhandlingarna tänkas vara slut, eftersom skadelidanden genast skulle acceptera att detta föll under undantag (c). Då i sådana fall culpabedömningen endast torde förskjutas till att avse huruvida transportören kunnat förutse stormen och dess styrka kan katalogens praktiska nytta dock betvivlas.

¹⁰² Se till exempel 13 kap. 25 § 1 st. sjölagen.

presumtionsansvaret att transportören måste ge sin syn på hur avtalet skall fyllas ut, visa att han gjort allt som enligt denna avtalsutfyllning kan anses ankomma på honom och övertyga domstolen om att det inte finns skäl att fylla ut avtalet med någon ytterligare förpliktelse. Transportören måste alltså i själva verket föra två typer av argumentation samtidigt, nämligen dels en rent rättslig argumentation avseende hur avtalet bör fyllas ut, dels en faktisk argumentation, det vill säga bevisning om att han företagit de åtgärder som enligt det utfyllda avtalet kan krävas av honom. Det är i så fall kopplingen mellan dessa två typer av argumentation som normalt vållar problem: transportören har all anledning – bland annat av kostnadsskäl – att knyta sin faktiska bevisföring till de förpliktelser som han enligt den rättsliga argumentationen anser sig ha. Om käranden eller domstolen lägger till ytterligare någon förpliktelse genom avtalsutfyllnad, har transportören normalt inte haft anledning att föra bevisning om att även denna åtgärd vidtagits, och han kommer då att bli skadeståndsskyldig. Den omvända bevisbördans stränghet ligger med detta perspektiv just i förknippandet av två typer av argumentation: när bevisbördan är rättvänd kan transportören koncentrera sig på att argumentera att kärandens utfyllning av avtalet är felaktig, att visa att han uppfyllt de förpliktelser som enligt kärandens rättsliga argumentation åvilat honom, eller på att bevisa att även ett uppfyllande av dessa förpliktelser inte skulle ha förhindrat den uppkomna skadan eller dröjsmålet.

Den omvända bevisbördan bör därför inte anses innebära någon materiell skärpning av de upppoffringar som transportören anses vara skyldig att göra för att uppfylla sina förpliktelser, utan endast att han försätts i en position där risken för att inte vara heltäckande i sin rättsliga och faktiska argumentation ligger på honom. Hans börda att bestämma processens ram enligt 17 kap. 3 § rättegångsbalken på ett sådant sätt att han kan undgå skadeståndsskyldighet är alltså tung. Eftersom det även i fall då orsaken till kontraktsbrottet är klarlagd ofta med någon fantasi är möjligt att finna en åtgärd som transportören enligt avtalet borde ha vidtagit, innebär det i detta arbete förespråkade synsättet att domstolens utrymme för att utöva sitt fria skön är tämligen stort. Generell betydelse har den omvända bevisbördan dock endast i de fall då orsaken till avtalsbrottet inte är klar.¹⁰³ Det torde vara i det närmaste omöjligt att gardera sig mot alla upptränkliga förklaringar till hur skadan eller dröjsmålet uppstått,

¹⁰³ Jfr NJA 1996 s. 564 där HD:s majoritet avseende presumtionsansvaret vid förvaringsavtal uttalar: ”Eftersom händelseförloppet i det aktuella målet kunnat klarläggas, saknas anledning att ta ställning till om Ove K är underkastad presumtionsansvar beträffande skadan på hästen, som inträffade när hästen var i Ove K:s vård. Frågan är istället om det klargjorda händelseförloppet innebär att Ove K varit oaktam.”

och transportören kan därför lätt finna sig i en position där han inte kan visa att han uppfyllt sina avtalsenliga förpliktelser. Den omvända bevisbördan måste alltså i praktiken anses utgöra en *in dubio*-regel: transportören är ansvarig om han inte kan visa hur skadan uppstått eller att det inte legat inom ramen för hans avtalsenliga förpliktelser att förekomma skadan.

Sammanfattningsvis betyder det sagda att, när fråga som i denna framställning är om vilken nivå transportörens förpliktelser ligger på, huruvida de närmar sig offergränsen eller om de ligger inom ramen för den vanliga avtalsutfyllningen, den omvända bevisbördan kan lämnas därhän. Förpliktelsernas tyngd är densamma, oavsett om bevisbördan är rättvänd eller omkastad, bara att risken för misstag i argumentationen vid den omvända bevisbördan helt lagts på transportören.

6.4.2.6 *Besittningens betydelse*

Logistikern utlovar inte att själv transportera godset. Han lovar heller inte att godset skall transporteras på visst sätt¹⁰⁴, utan han åtar sig att organisera den logistiska kedjan från varans avsändnings- till dess bestämmelseort. Eftersom logistikerna normalt inte äger sina transportmedel, utgör logistikföretagen administratörer vars huvuduppgift ligger i förvaltningen och kontrollen av varuflödet. Logistikern har därför i många fall lika lite möjlighet som kunden att kontrollera hur godset hanteras i varje givet ögonblick, utan han måste lita till sina medkontrahenter. Givet denna faktiska situation uppkommer frågan i vad mån det stränga transporträttsliga ansvaret är kopplat till besittningen, det vill säga till det faktum att gäldenären vid renodlade unimodala transporter kan krävas ha kontroll över hanteringen av godset. Det förefaller *a priori* inte helt omotiverat att anse att endast den som har möjlighet att utöva faktisk kontroll över denna hantering bör bära ett strängt ansvar, då någon som saknar de kontrollmöjligheter besittningen ger inte kan förväntas kunna förebygga skador som kan uppstå genom vårdslös hantering av godset.

Till att börja med kan konstateras att detta resonemang saknar förankring i den transporträttsliga lagstiftningen. 13 kap. 35 §1 och 2 st. sjölagen stadgar:

Utförs transporten helt eller delvis av en undertransportör, förblir transportören ansvarig enligt bestämmelserna i detta kapitel som om han själv hade utfört hela transporten.

¹⁰⁴ Som påpekats i kapitel 3 av detta arbete skulle ett sådant löfte kunna vara explicit eller underförstått.

Om det uttryckligen har avtalats att en bestämd del av transporten skall utföras av en namngiven undertransportör, får transportören förebehålla sig frihet från ansvar för skada som orsakas av en händelse vilken inträffar medan godset är i undertransportörens vård. Transportören skall visa att skadan har orsakats av en sådan händelse.

Liknande bestämmelser finns i 6 § VTL, art. 4 Montrealkonventionen samt i 1 kap. 4 § JTL. Genom att göra den kontraherande fraktföraren ansvarig för undertransportörens handlingar har det stränga ansvaret kopplats loss från besittningen som förutsättning för ett sådant ansvar.

Som argumenterats i kapitel 3 av detta arbete bör logistikavtalet i grunden anses vara ett förvaltningsavtal med starka inslag av transport. Logistikern måste därför enligt denna mening som rättslig figur anses stå någonstans emellan en kontraherande fraktförare och en speditör enligt klassisk modell. Speditören har i litteraturen traditionellt ansetts endast bära ett ansvar för *culpa in eligendo*, det vill säga ett ansvar för att han med omsorg väljer rätt fraktförare eller lagerhållare för uppdragsgivarens behov. Även speditorsavtalet har starka transporträttsliga inslag, och frågan är därför huruvida logistikern – om nu besittningen inte är en tvingande förutsättning för det stränga transporträttsliga ansvaret – skall jämföras med en speditör eller en med kontraherande fraktförare.

Logistikern åtar sig typiskt sett något mera än speditören: medan den senare lovar att sluta ett avtal å uppdragsgivarens vägnar, åtar sig logistikern inte bara att sluta och redovisa ett avtal med tredje part, utan han lovar att se till att godsflödet fungerar, att varor kommer fram till rätt plats i rätt tid och i oskadat skick. Det transporträttsliga inslaget är därför starkare inom logistiken än inom spedition, och på så sätt har logistikern vissa gemensamma drag med en kontraherande fraktförare. Trots att han under transporten inte har besittning till uppdragsgivarens varor finns därför anledning att ålägga logistikern ett ansvar som liknar det stränga transporträttsliga ansvaret.

Samtidigt bör uppmärksammas att den kontraherande fraktförarens möjlighet att friskriva sig från undertransportörens handlingar i princip leder till att han i sådana fall är ansvarig endast för att med omsorg ha valt ut rätt undertransportör.¹⁰⁵ Det kan således tänkas att även en kontraherande fraktförare endast bär ett ansvar för *culpa in eligendo*.

Til syvende og sidst kan någon allmänt giltigt slutsats om ansvarets

¹⁰⁵ Detta gäller naturligtvis endast när det är den kontraherande fraktförarens uppgift att finna rätt transportör. Handlar det istället om en såkallad *named contractor*, det vill säga en undertransportör som huvudmannen pekat ut, har fraktföraren självfallet vid en lämplig utformning av avtalet inget ansvar alls för den kvalitet som dennes arbete håller.

stränghet inte dras av det förhållande att en part uppträder som kontraherande fraktförare, speditör eller logistiker: det som krävs är en noggrann analys av avtalet. Precis som en kontraherande fraktförare kan minska sitt ansvar till att endast gälla *culpa in eligendo* kan en speditör under vissa omständigheter anses vara fraktförare.¹⁰⁶ Det krävs en ingående analys av avtalet för att fastställa huruvida en part utlovat en unimodal transport som han låter genomföra av en kontraktsmedhjälpare, lovat att endast finna rätt avtalsmotpart och sluta avtal för uppdragsgivarens räkning, eller lovat att sammansätta, förvalta och kontrollera ett godsflöde. Den rättsliga kategoriseringen av ansvaret måste sedan följa resultatet av denna analys, varvid i samtliga tre fall varierande former av ansvar kan tänkas. Det resultat som är viktigt att notera är att ett strängt ansvar kan te sig motiverat oavsett om logistikern har besittning till godset eller inte.

6.4.2.7 *De legala ansvarsbegränsningarnas betydelse*

Det köprättsliga kontrollansvaret gäller endast för direkta förluster.¹⁰⁷ Med direkta förluster – som definieras i 67 § köplagen – avsåg departementschefen sådana ”förluster som till sin typ och omfattning är vanliga och förutsebara vid det aktuella avtalsbrottet”.¹⁰⁸ Motiveringen till att det stränga kontrollansvaret endast skulle avse direkta förluster löd:

Det är av naturliga skäl så, att den skadeståndsskyldige parten som regel har lättare att förutse och kalkylera med sådana skador som är en typisk följd av avtalsbrottet än med sådana skador som är betingade av motpartens individuella förhållanden. Den skadelidande torde som regel ha lättare att både hindra och begränsa sådana skador som vid ett eventuellt avtalsbrott inträffar som en följd av hans speciella förhållanden. Mot denna bakgrund är det inte orimligt att den skadeståndsskyldige åläggs ett strängare ansvar för skador som är en typisk och förutsebar följd av avtalsbrottet än för sådana skador som är mer oberäknliga.¹⁰⁹

Denna motivering innehåller en viss typ av ekvivalenstänkande: den som bär ett tungt ansvar skall endast behöva bli ansvarig i begränsad omfattning. Motsatsvis följer att den som har en lätt börda att bära bör bli ansvarig i större omfattning. Den adekvata kausaliteten anses inte vara nog för att begränsa den skadeståndsskyldiges ansvar.¹¹⁰ Till grund för köplagens

¹⁰⁶ Jfr till exempel § 2 A. NSAB

¹⁰⁷ 27 § 3 st., 40 § 2 st. och 57 § 3 st. köplagen

¹⁰⁸ Prop. 1988/89:76 s. 48

¹⁰⁹ Prop. 1988/89:76 s. 47

¹¹⁰ Prop. 1988/89:76 s. 46 f.; se även Ramberg, *Köplagen*, s. 644

lösning tycks dock framför allt ligga en önskan att anpassa den dispositiva regeln till kontraktspraxis.¹¹¹

En liknande koppling mellan begränsat ansvar och tung ansvarsbörda har gjorts inom transporträtten. Således sade Bingham J. i det redan ovan citerade fallet *Swiss Bank Corp. v. Brinks-MAT* [1986] 2 Lloyd's Rep. 79 att fraktföraren:

can escape liability altogether by proving that it was impossible for him to take measures to avoid the damage. The alternative means of escape, that he took all (reasonably) necessary measures to avoid the damage, in my view requires him to prove more than that he was not negligent. That is the price he pays for the limitation of liability.

I den mån de transporträttsliga systemen därför stadgar ett strängt ansvar kan diskuteras huruvida denna stränghet är beroende av den ansvarsbegränsning som förekommer i alla transporträttsliga lagar. Frågan är därför om det stränga ansvaret över huvud taget bör förekomma även på områden där en ansvarsbegränsning normalt inte finns.

Argumentationen att det stränga ansvaret är beroende av en åtföljande ansvarsbegränsning har en viss rättspolitiskt övertygande kraft: den som lätt – och, får man anta, därför ofta – blir ansvarig om han inte gör sitt yttersta för att uppfylla sina avtalsförpliktelser, alldeles oavsett vilket vederlag han betingar sig, löper ständigt risk att slås ut av stora skadeståndskrav. Det enda alternativet han har för att skydda sig mot denna risk – om han inte kan genomdriva en kontraktuell ansvarsbegränsning – är att höja sina vederlagskrav; inom transportbranschen skulle detta innebära att transporter skulle behöva vara dyrare än vad de är idag om inte ansvarsbegränsningen fanns. Ansvarsbegränsningen tjänar alltså till att skydda transportindustrin från stora skadeståndskrav, varvid det yttersta syftet får antas vara att hålla de samhällsekonomiska kostnaderna för transporter låga.¹¹² Låga transportkostnader måste i sin tur betecknas som en förutsättning för en globaliserad ekonomi.

Mot detta resonemang står att ansvarsbegränsningen i realiteten endast tjänar till att dölja en del av transportkostnaden. Den del av kostnaden som inte kan täckas genom ett krav mot transportören täcks normalt av en varuförsäkringsgivare.¹¹³ Samtidigt omfattar priset för en transport också kostnaden för transportörens ansvarsförsäkring. Det förhåller sig alltså i normalfallet så att godset är försäkrat två gånger: en gång av trans-

¹¹¹ Prop. 1988/89:76 s. 46 f., där det på s. 47 sägs: "Det är då inte rimligt att den dispositiva rätten, dvs. köplagen, leder till ett resultat som i alltför hög grad avviker från kontraktspraxis."

¹¹² Jfr Schelin, *Ersättning*, s. 16

¹¹³ Jfr till exempel Incoterms CIF, där försäkringskostnaden betalas av säljaren.

portören med avseende på hans ansvar och en gång av kunden med avseende på mellanskillnaden mellan transportörens ansvarsbegränsning och godsets faktiska värde. Det är en empiriskt öppen fråga huruvida den sammanlagda kostnaden av transport och varuförsäkring i ett system med ansvarsbegränsning verkligen är lägre än ett system där transportören bär ett ansvar för hela skaderisken.¹¹⁴ En stor transportkund kan säkerligen ofta utnyttja sin ekonomiska tyngd för att få ner försäkringspremien, men detta gäller långt ifrån alla som anlitar transporttjänster.

Även om logistikkunder normalt är stora företag måste det därför betecknas som rättspolitiskt inte självklart att det stränga ansvaret inom transporträtten bör vara kopplat till en ansvarsbegränsning. Kopplingen förefaller ingalunda odiskutabel. Frågan om ansvarets stränghet skall diskuteras närmare nedan i samband med det specifikt logistikrättsliga ansvaret: på detta ställe skall bara slås fast att det krävs ytterligare argument för att det logistikrättsliga ansvaret skall tendera åt ett strängare eller åt ett mildare håll.

6.5 Andra avtalstyper

6.5.1 Inledning. Avgränsning av relevanta avtalstyper

Som redan påpekats ett flertal gånger i denna framställning kan de konkreta uppgifter en logistiker åtar sig variera från avtal till avtal. Det är alltså inte möjligt att genomföra en heltäckande undersökning av olika avtalstyper med anspråk på att täcka in alla avtalsförpliktelser som kan tänkas åvila logistikern: ett urval måste göras.

En approximering av hela logistikavtalet torde kunna åstadkommas genom att undersöka tre avtalstyper, nämligen (1) depositions- eller lagerhållningsavtalet; (2) rådgivningsavtalet, häri inbegripet ombudsavtalet och (3) arbetsbetsavtalet. Valet av dessa tre avtalstyper bör motiveras närmare.

Lagerhållning ingår ofta i logistikuppdrag. Den logistikvetenskapliga litteraturen betonar dels att lagerhållning aldrig kan avskaffas helt, dels att lager är en väsentlig del av många försörjningssystem.¹¹⁵ En undersökning av det logistikrättsliga ansvaret som inte tar hänsyn till detta inslag av deposition i avtalet skulle därför riskera att bli orealistisk.

¹¹⁴ Schelin, *Ersättning*, s. 31 f. framför abstrakta och teoretiska argument för att det skulle vara ekonomiskt mera rationellt att fördela ansvaret på olika försäkringsgivare. Någon empirisk ekonomisk studie hänvisar han dock inte heller till.

¹¹⁵ Se Waters, *Logistics*, s. 253 och 283

Logistikavtalet i den mening som i detta arbete läggs i begreppet är ett avtal om att sammansätta, förvalta och kontrollera ett godsflöde: i denna process är det nödvändigt att ständigt rådgöra med uppdragsgivaren om varthän godsflödet skall styras samt om vilka ekonomiska ansträngningar som lämpligen bör göras för att få godsflödet att fungera tillfredsställande. Logistikern är härvid en expert som har sakkunskap om transportbranschen och som kan överblicka vilka ambitioner som inom den givna ekonomiska ramen är realistiska. Han liknar därför i detta avseende en konsult eller en advokat som ger råd till sina klienter om hur ett visst önskat mål på ett visst område lämpligen kan uppnås. I sin egenskap av uppdragsgivarens transportavdelning måste logistikern dessutom företräda sin huvudman inför ett antal myndigheter och tredje parter: tulluppgifter och anmälan om transport av farligt gods måste lämnas, uppgifter måste inhämtas från kunder och leverantörer. I denna funktion som företrädare kan logistikern därför sägas vara uppdragsgivarens ombud, och funktionen måste anses vara så framträdande att även den påverkar utformningen av det allmänna logistikrättsliga ansvaret. Funktionen som ombud torde dock normalt sammanfalla med funktionen som rådgivare: ett ombud är normalt en person som på grund av särskild sakkunskap anlitas av uppdragsgivaren för att föra dennes talan inför tredje part. Någon systematisk skillnad torde inte alltid kunna göras mellan rådgivar- och ombudsmannaskapet. Dessa två avtalstyper skall därför i det följande behandlas i ett sammanhang.

Logistikern åtar sig vidare ofta olika arbetsbeting som led i sin verksamhet. Detta kan ta sig uttryck dels i att logistikern tar fram IT-lösningar för samkörningen av sitt eget och uppdragsgivarens system, dels i att logistikern under transporten också ombesörjer sammanfogningen av olika komponenter som hämtats från olika produktionsställen. Allmänt tillämpliga dispositiva regler om arbetsbeting är därför av betydelse vad gäller utformningen av det generella logistikansvaret.

I det följande kommer därför dessa tre avtalstypers grundläggande ansvarssystem att analyseras. Efter denna analys är grunden lagd för den konkreta utvecklingen av det specifikt logistikrättsliga ansvaret.

6.5.2 Ansvarssystemen

6.5.2.1 Deposition

Avtal om deposition, eller förvaring, regleras endast i ytterst begränsad utsträckning i svensk lagstiftning. Utgångspunkten för förvararens ansvar är 12 kap. 2 § handelsbalken:

Inlagsfä, och förtrott gods, bör man vårda som sitt eget. Missfares, eller förkommer det, av hans vangömmo, eller vållande; gälde fullt åter. Sker det av våda; vare saklös.

Som de flesta originalbestämmelser i 1734 års lag är även denna paragraf svår att tolka. Den moderna läsaren upptäcker tre olika formuleringar om standarden på förvararens avtalsförpliktelse: dels sägs att han skall vårda godset "som sitt eget", dels att den fulla skadeståndsskyldigheten är beroende av hans "vangömmo, eller vållande". Vidare sägs att förvararen inte är ansvarig för "våda".

Enligt vad som torde vara vedertagen terminologi betecknar "som sitt eget" den typ av aktsamhetskrav som i den romerska rätten betecknas som *diligentia quam in suis*, det vill säga det mått av uppmärksamhet som uppdragstagaren normalt ägnar sina egna tillhörigheter. "Vangömmo, eller vållande" torde numera sammanfalla i begreppet *culpa*, och med utgångspunkt i den tidigare framställningen i detta arbete är här alltså fråga om vad som enligt avtalet kan krävas av uppdragstagaren, varvid hänsyn tas även till motpartens befogade förväntningar, vederlaget och så vidare. Att uppdragstagaren inte är ansvarig för "våda" innebär att han inte behöver svara för slumpmässiga händelser. Det bör uppmärksammas att vad som är slumpmässiga händelser bör avgöras med hänsyn till det som depositarien åtagit sig i avtalet: endast händelser som kommer utifrån den sfär som han enligt avtalet skall kontrollera och som heller inte kan förutses torde kunna betecknas som slumpmässiga. Enligt ett modernt synsätt tycks således "vangömmo, eller vållande" och "våda" sammanfalla i den bemärkelsen att de utgör var sin sida av samma mynt.

Den fråga som kvarstår är hur förhållandet mellan anvisningen om att vårda godset "som sitt eget" och culpastandarden skall betecknas. Läggs det tidigare definierade inomkontraktuella culpabegreppet till grund för analysen är frågan med andra ord om 12 kap. 2 § handelsbalken stadgar att det vid den individuella avtalsutfyllningen är uppdragstagarens normala förfarande med sina egna saker som skall vara utgångspunkt för bedömningen – så att *culpa* endast skulle föreligga när han inte ägnar det deponerade godset ens den uppmärksamhet som han vanligtvis använder på sina egna tillhörigheter – eller om culpastandarden är den som i detta arbete anses vara den för svensk rätt normala, det vill säga att den individuella avtalsutfyllningen bär starka drag av objektiva bedömningar.

Förvaring enligt allmänna dispositiva regler är ett föga behandlat ämne i svensk doktrin. Den exakta innebörd som stadgandet i 12 kap. 2 § handelsbalken ursprungligen kan ha haft är svår att fastställa. Det kan dock konstateras att såväl den meningen att paragrafen ålägger förvararen en *diligentia quam in suis*, som åsikten att den stadgar den van-

liga culpastandarden företrädde i doktrinen ännu i början av 1900-talet.¹¹⁶ Frågan är därför hur förvaringsansvaret behandlas i praxis.

I NJA 1978 s. 618 gällde frågan en hotellgästs kvarglömda väska som hotellet efter ett telefonsamtal från gästen tagit om hand. Väskan försvann vid ett inbrott i det låsta utrymmet bakom receptionen. Högsta domstolen uttalade om hotellets ansvar som depositarie:

Genom att hotellet omhändertagit väskan och vid telefonsamtalet åtagit sig att förvara den har hotellet blivit ansvarigt för väskan såsom för deponerat gods. Detta innebär ej, att hotellets ansvar skulle vara oberoende av vållande. Enbart det förhållandet att väskan ej kunnat återställas, kan sålunda ej grunda ersättnings skyldighet för hotellet. För att hotellet skall gå fritt från ansvar måste emellertid av utredningen framgå, att försummelse med avseende på förvaringen av väskan inte ligger hotellet till last.

Det bör uppmärksammas att Högsta domstolen diskuterar huruvida ansvaret är rent strikt, eller om det skall anses utgöra ett ansvar för vanlig *culpa*; det lindrigare ansvaret för *diligentia quam in suis* diskuteras inte ens. Depositionsansvaret bör därför anses vara ett ansvar för vanlig *culpa*, och den i 1734 års lag använda formuleringen "vårda som sitt eget" anses vara överspelad genom rättspraxis. Detta framgår också tydligt av NJA 1996 s. 564, där Högsta domstolen uttalar:

Vid förvaring och vissa andra avtalstyper gäller som princip ett skärpt ansvar för den som enligt avtal har hand om annans egendom när skada drabbar egendomen under det att den är i förvararens vård, s.k. presumtionsansvar (se bl.a. NJA 1983 s. 617). Den som omfattas av presumtionsansvar måste sålunda ersätta skada på egendomen, om han inte förmår visa, att skadan inträffat utan hans försummelse. Det är alltså fråga om en regel om placering av bevisbördan.

Förvararens culpaansvar är, som Högsta domstolen påpekar, på den processrättsliga sidan utformat som ett presumtionsansvar¹¹⁷, men detta antas som påpekats tidigare inte ha någon betydelse för culpaansvarets materiella innehåll. En förvarare är alltså ansvarig för vanlig *culpa*, det vill säga enligt den här företrädde uppfattningen för att ha fullgjort sina genom individuell avtalsutfyllning fastställda avtalsförpliktelser.

Detta resultat stämmer i materiellt hänseende också väl överens med utländsk rätt. Till och med den engelska rättens *bailment* – en blandning av

¹¹⁶ Carl G. E. Björling, *Om betydelsen af lagspråkets uttryck "vårda som sitt eget"*, NJA II 1900 nr. 5; mot honom Berndt Hasselrot, *Hvad innebær lagens uttryck "vårda som sitt eget"*, NJA II 1900 nr. 10

¹¹⁷ Det framgår också – utan att Högsta domstolen åberopar stadgandet – av 12 kap. 3 § handelsbalken.

avtalsrätt, utomobligatoriskt skadeståndsrätt och sakrätt¹¹⁸ – kräver inte mer än att förvararen måste ta ”reasonable care of the chattel”.¹¹⁹ Detsamma gäller enligt tysk rätt.¹²⁰

Culpaansvaret gäller också enligt NSAB, vars § 27, 3 p. 2 st. stadgar att speditören vid renodlade lagringsuppdrag svarar för ”fel eller försummelse”. Culpaansvaret har således stöd i både lagstiftning, praxis och standardavtalspraxis.

6.5.2.2 Rådgivning och ombudsmannaskap

Något allmänt lagstadgande om rådgivningsansvar saknas i svensk rätt. Som påpekats av Kleineman är det till och med svårt att exakt ange vad som menas med rådgivning. Han själv har valt att definiera rådgivning genom att definiera rådgivaransvaret:

Det vanligaste fallet av rådgivaransvar är nog de fall då någon blivit oaktsamt vilseledd av den förmedlade informationen och den vanligaste skadan är en ren förmögenhetsskada. Det hindrar inte att t.ex. fel vid upprättande av ett testamente kan betraktas som ett fall av rådgivaransvar trots att ingen i egentlig bemärkelse skadats genom att förlita sig på dess innehåll.¹²¹

Av denna definition torde följande slutsats kunna dras: ett råd utmärker sig normalt genom informationsförmedling – som avspeglas i den så kallade pedagogiska plikten¹²² – och omfattar normalt även en anvisning om hur uppdragsgivaren skall gå tillväga för att uppnå ett visst önskat resultat. Rådgivning kan således ingå som led i andra avtal såsom till exempel ett köpeavtal när säljaren ger köparen råd om vilken vara han skall köpa för att kunna uppnå ett visst angivet ändamål. I fall som det nu nämnda köprättsliga fallet omfattas rådgivningsansvaret av felreglerna.¹²³ Ett renodlat rådgivningsavtal kan alltså endast anses föreligga när informationsförmedlingen och eventuellt anvisningen om förfaringssättet utgör kärnan i naturaprestationen.

Även om det inte finns något allmänt stadgande om rådgivningsavtal är för vissa typer av rådgivningsavtal ansvaret stadgat i lag. Här avses fastighetsmäklarlagen (1995:400), lagen (1989:508) om försäkringsmäklare

¹¹⁸ Chitty on Contracts, Bd 2, *Specific Contracts* [nedan *Chitty on Contracts*], 29:e upplagan, Sweet & Maxwell, London 2004, s. 175

¹¹⁹ *Chitty on Contracts*, s. 180

¹²⁰ Hartmut Oetker, Felix Maultzsch, *Vertragliche Schuldverhältnisse* [nedan Oetker, *Schuldverhältnisse*], Springer, Heidelberg 2002, s. 593

¹²¹ Kleineman, *Rådgivare*, s. 186

¹²² Kleineman, *Rådgivare*, s. 188

¹²³ Jfr 17 § köplagen

och lagen (2003:862) om finansiell rådgivning till konsumenter. Dessa lagar stadgar samtliga ett allmänt culpaansvar för rådgivarna.¹²⁴ Av detta förefaller allmänt sett följa att ”rådgivaransvaret [normalt torde] förutsätta att rådgivaren gjort sig skyldig till ett vårdslöst beteende”.¹²⁵

Som framgår av Kleinemans artikel om rådgivaransvar är strängheten i detta ansvar för övrigt beroende på huruvida uppdragstagaren erbjudit sina tjänster i egenskap av specialist, vilken förkunskap uppdragsgivaren enligt vad rådgivaren vet har och så vidare.¹²⁶ Rådgivaransvaret tycks alltså vara det som i denna framställning anses vara det normala kontraktuella ansvaret för att ha företagit de handlingar som enligt avtalet, efter individuell utfyllning, kan krävas av uppdragstagaren.

Liksom vid rådgivaravtal är det även avseende ombudsavtal svårt att finna en exakt definition av vad som avses. Sysslomanna- och ombudsmannaskap torde vara två från varandra skilda rättsfigurer, men därom råder ingen enighet i svensk rätt.¹²⁷ Som ombud anses i detta arbete den som företräder annan inför tredje part, oavsett om ombudet innehar fullmakt i avtalslagens mening eller ej. Rådgivar- och ombudsmannaskap överlappar därför i ekonomisk mening i själva verket varandra – en rådgivare, såsom till exempel en advokat, agerar inte sällan ombud. Någon systematisk juridisk åtskillnad kan därför inte heller göras. Till skillnad från rådgivaravtalet är emellertid ombudsmannaskapet åtminstone rudimentärt reglerat i svensk lagstiftning.

Det grundläggande stadgandet om ombuds ansvar återfinns i 18 kap. 4 § handelsbalken:

Haver någon fått fullmakt, att för annan göra och låta, och tager den skada därav som fullmakt gav; skyll sig själv, som sig ej bättre föresåg. Är ombudsman av försummelse, eller svek, vållande till skadan; plikte då han, som sagt är.

I detta lagrum stadgas tydligt ett vållande-, det vill säga culpaansvar. Sammanfattningsvis kan alltså sägas att rådgivaransvaret – oavsett om det finns inslag av ombudsmannaskap i uppdraget eller ej – utgör ett ansvar

¹²⁴ Se 20 § fastighetsmäklarlagen, 13 och 14 §§ lagen om försäkringsmäklare samt 6 § lagen om finansiell rådgivning till konsumenter.

¹²⁵ Kleineman, *Rådgivare*, s. 187

¹²⁶ Kleineman, *Rådgivare*; jfr avseende exemplen NJA 1981 s. 1091 (ansvar för en specialist i frågor som rörde naturvårdslagen) och NJA 1994 s. 598. (ansvar för en banks rådgivning avseende bestämmelserna i lagen (1980:865) om skatteflykt).

¹²⁷ Se diskussionen mellan Göransson och Heidbrink å den ena, och Hellner å den andra sidan i Mattias Göransson, *Specialpreskription – 18 kap. 9 § handelsbalken*, JT 2000-01 nr 1 s. 147; Jan Hellner, *Preskription enligt HB 18:9*, JT 2000-01 nr 3 s. 731 och Jakob Heidbrink, *Preskription enligt 18 kap. 9 § handelsbalken – ett bidrag till diskussionen om kravet på uppdragstagarens egendomsförvaltning*, JT 2001-02 nr 1 s. 196

för utvisad *culpa*, och att det i det avseendet liknar depositionsansvaret. Skillnaden i ansvar mellan dessa institut – rådgivar- och ombudsmannaavtalet å den ena, depositionsavtalet å den andra sidan – ligger i övrigt på det processuella planet. Annat än vid deposition finns ingen anledning att tro att rådgivaren eller ombudet processuellt måste hantera en omkastad bevisbörda.

6.5.2.3 Arbetsbeting

Arbetsbetinget som sådant – oavsett om man med det uttrycket avser materiella eller immateriella tjänster som skall leda till en viss slutprodukt – är, vad gäller den kommersiella sfären¹²⁸, inte lagreglerat i svensk rätt. Det är till och med tveksamt vilka andra avtalstyper som analogivis skall användas för att fastställa de för arbetsbetsingsavtalet gällande allmänna rättsgrundsatserna. I förevarande sammanhang avses med begreppet arbetsbetsingsavtal ett avtal om en tjänst som skall åstadkomma ett visst specificerat resultat. Det handlar således om tillverkning i ordets vidaste bemärkelse: tillverkningen kan avse ett fysiskt föremål – såsom av en specialbeställd maskin¹²⁹ – eller en anordning som inte nödvändigtvis kan betecknas som fysisk, såsom ett dataprogram som skapas efter kundens specifikationer.

Denna definition leder till att vissa avtalstyper kan identifieras som ligger nära arbetsbetsingsavtalet och som kan utgöra grunden för analogier. Det torde vara självklart att vissa av konsumenttjänstlagens bestämmelser kan utgöra förebild för regler om det allmänna arbetsbetsingsavtalet; det gäller förstås att stor försiktighet måste iakttas när analogier görs från konsumentskyddande lagstiftning till kommersiella avtal.¹³⁰

En annan avtalstyp som ligger nära arbetsbetsingsavtalet är rådgivningsavtalet: skillnaden mellan detta och arbetsbetsingsavtalet ligger i att vid rådgivningen aktiviteten som sådan – rådgivande eller företrädande av huvudmannen inför annan – utgör avtalets naturaprestation, medan det vid arbetsbetsingsavtalet dessutom krävs att ett visst specificerat resultat skall uppnås.¹³¹ På den motsatta sidan gränsar arbetsbetsingsavtalet mot

¹²⁸ För vissa typer av arbetsbeting på konsumentområdet gäller konsumenttjänstlagen (1985:716).

¹²⁹ Förutsatt förstås att denna tillverkningstjänst inte enligt 2 § köplagen *e contrario* omfattas av de köprättsliga reglerna.

¹³⁰ Även Hellner manar till en viss försiktighet; Hellner, *Kontrakträtt* 1 s. 85 f.

¹³¹ Avgränsningen är alltså densamma som mellan det tyska *Dienstvertrag* (som i vissa avseenden motsvarar rådgivningsavtalet) och *Werkvertrag* (som då alltså motsvarar arbetsbetsingsavtalet). Jfr § 611 st. 1 BGB och § 311 s. 2 BGB samt Oetker, *Schulverhältnisse*, s. 365 f.

avtalstypen köp, i synnerhet köpet i varianten tillverkningsköp. På denna sida framgår gränsdragningen av lagstiftningen.

I 2 § 1 st. köplagen stadgas:

Lagen gäller beställning av en vara som skall tillverkas utom när beställaren skall tillhandahålla en väsentlig del av materialet. Lagen gäller inte avtal om uppförande av byggnad eller annan fast anläggning på mark eller i vatten.

Stadgandet motsvarar i huvudsak 2 § i 1905 års lag.¹³² När beställaren skall tillhandahålla en väsentlig del av materialet är momentet av överlåtelse – som är det för köpet karakteristiska i jämförelse med avtalstypen tjänst¹³³ – inte så framträdande att köplagen skall anses vara tillämplig.¹³⁴ Eftersom tillverkningsköp och arbetsbeting därför systematiskt ligger mycket nära varandra, är frågan hur arbetsbetsavtal som inte faller in under köplagen skall bedömas. Närmare bestämt blir frågan i vilken utsträckning analogier kan göras från köplagen.

I propositionen till 1990 års lag sägs att:

[ä]ven om i många avseenden samma rättsgrundsatser gäller i fråga om båda avtalstyperna [köp och arbetsbeting, *min anm.*], kan det bli nödvändigt att avgöra huruvida det i ett särskilt fall föreligger ett köp eller en tjänst.¹³⁵

Denna formulering ansluter nära till formuleringen hos Almén att:

[ä]ven om i mångt och mycket samma rättsgrundsatser gälla om båda dessa slags avtal, blir det ingalunda opraktiskt att avgöra, huruvida i ett särskilt fall föreligger köp eller icke.¹³⁶

Dessa uttalanden måste anses utgöra en något splittrad anvisning: å ena sidan är köplagen inte tillämplig på arbetsbeting, men å andra sidan anses i mångt och mycket samma rättsgrundsatser gälla. Uttalandena måste uppfattas så att köplagen i stor utsträckning lämpar sig för analogier till arbetsbetsavtalet, men att en viss försiktighet bör iaktas. Med tanke på den systematiska skillnaden mellan köp och arbetsbeting – att nämligen vid arbetsbeting momentet av överlåtelse är mindre framträdande – torde det framför allt vara köplagens bestämmelser om riskövergång och andra med äganderätten närbesläktade frågor som inte lämpar sig för analogier. Vad avser de mera renodlade obligationsrättsliga bestämmelserna torde det sällan finnas något hinder mot en analogi.¹³⁷

¹³² Prop. 1988/89:76 s. 62

¹³³ Begreppet tjänst utgör i denna framställning ett begrepp som omfattar både rådgivning och arbetsbeting.

¹³⁴ Så redan med avseende på 2 § i 1905 års köplag Almén, *Köp*, s. 56

¹³⁵ Prop. 1988/89:76 s. 62

¹³⁶ Almén, *Köp*, s. 53

¹³⁷ Jfr till exempel NJA 2001 s. 177

Frågan är dock om det inte finns fler avtalstyper som lämpar sig som grund för analogier till arbetsbetygsavtalet. I rättspraxis förekommer så gott som inga allmänna uttalanden om arbetsbeting.

I svensk doktrin har arbetsbetygsavtalet främst undersökts av Wikander.¹³⁸ Han grundar de allmänna regler som enligt hans mening gäller i svensk rätt avseende arbetsbetygsavtalet framför allt dels på depositionsavtalet, dels på transportavtalet.¹³⁹ Detta har den för denna framställning intressanta effekten att ansvarsgrunderna förtätas: de här undersökta avtalen ligger systematiskt så nära varandra att ansvarsgrunderna återkommer och får en likartad utformning.

I modern doktrin har Hellner övergivit den traditionella terminologin och talar om olika tjänster eller uppdrag.¹⁴⁰ Han skiljer härvid principiellt mellan uppdrag som avser fysiska föremål och sådana som avser immateriella tjänster¹⁴¹; skillnaden förefaller i mångt och mycket motsvara det som här betecknats som arbetsbeting – dock att i förevarande sammanhang begreppet arbetsbetygsavtalet också omfattar avtal om åstadkommande av andra resultat än sådana som avser fysiska föremål – och rådgivningsavtal. Hellner motiverar inte sin uppdelning närmare, annat än att redan den traditionella terminologin skiljer mellan materiella och ideella arbetsbeting.¹⁴² I ett arbete som det förevarande är dock det viktiga att framhäva de gemensamma dragen, och ett försök skall därför göras att se arbetsbetygsavtalet som en helhet, alltså utan att skillnad görs mellan materiella och immateriella uppdrag. Det viktiga är att arbetsbetygsavtalet stipulerar ett visst resultat som naturagäldenären åtar sig att åstadkomma.

Med denna utgångspunkt kan nu arbetsbetygsavtalets allmänna grund för ansvar undersökas närmare. Enligt köplagen gäller allmänt ett kontrollansvar för direkta och ett culpaansvar för indirekta förluster. Konsumenttjänstlagens ansvarssystem är något mera komplicerat: enligt lagens 31 § gäller ett kontrollansvar för fel i eller dröjsmål med tjänsten.¹⁴³ För skada på konsumentens egendom i näringsidkarens besittning som inte

¹³⁸ Se Hugo Wikander, *Bidrag till arbetsbetygsavtalet enligt svensk rätt*, A.-B. Akademiska bokhandeln, Uppsala 1913 samt dens., *Från 1720 års skråordning till 1929 års luftbefordringskonvention* [nedan Wikander, *Skråordning*], i *Minnesskrift ägnad 1734 års lag av jurister i Sverige och Finland*, Isaac Marcus Boktryckeri-aktiebolag, Stockholm 1934, s. 709

¹³⁹ Se i synnerhet Wikander, *Skråordning*, s. 709 ff.

¹⁴⁰ Hellner, *Kontraktsrätt I*, s. 84

¹⁴¹ Hellner, *Kontraktsrätt I*, s. 211

¹⁴² Hellner, *Kontraktsrätt I*, s. 84

¹⁴³ 31 § 3 st. 2 men. stadgar ett garantiansvar för näringsidkarens särskilda utfästelser. Detta torde dock följa av allmänna regler och är således inte särskilt för konsumenttjänstlagen utmärkande.

omfattas av 31 § gäller enligt 32 § det vanliga depositionsansvaret, det vill säga ett vanligt culpaansvar som processuellt förstärks genom att bevisbördan ligger på näringsidkaren.

Vid köp och konsumenttjänst står en fysisk vara i centrum för naturaprestationen. Det finns alltså fog för att påstå att det vid avtal om arbete på eller överlåtelse av gods gäller ett kontrollansvar för fel och dröjsmål. I den mån tjänsten dock avser varans bevarande, och inte dess förfärdigande eller dess överlåtelse i visst bestämt skick, gäller ett vanligt culpaansvar som på den processuella sidan är utformat som ett presumtionsansvar. Samma blandning av ansvarsformer bör då också anses gälla för arbetsbetinget, som ju just avser åstadkommandet av ett resultat. I den mån arbetsbetingesavtalet blandas med förvaringsavtal gäller enligt denna uppfattning för det senare ett vanligt culpaansvar.

Frågan är om denna analogi från avtalstyper som avser fysiska varor kan överföras till avtal som avser exempelvis framtagning av dataprogramvara. Det torde knappast finnas något argument emot att utsträcka kontrollansvaret även till dessa områden: vid fysiska varor liksom vid avtal om dataprogramvara gäller det för uppdragstagaren att åstadkomma det resultat som framgår av specifikationerna i avtalet, och detta skall göras inom den tid som avtalet bestämmer. Det kan knappast påstås finnas en mera principiell skillnad mellan att bygga en komplicerad maskin efter specifikationer och att ta fram ett dataprogram efter specifikationer. När det gäller det resultat som enligt avtalet skall åstadkommas och den tid inom vilken resultatet skall åstadkommas bör därför ett kontrollansvar anses gälla i svensk rätt, medan förvaringen av uppdragsgivarens egendom omfattas av depositionsansvaret.

Detta resultat förstärks om man, liksom Wikander, gör analogier från transporträtten: landsvägs- och järnvägstransporträtten anses i detta arbete i likhet med köp- och konsumenttjänsträtten stadga ett kontrollansvar, och lufttransporträtten stipulerar numera enligt Montrealkonventionen – och således även enligt svensk nationell rätt – till och med ett strikt ansvar. Endast det sjörättsliga ansvaret utgör ett traditionellt culpaansvar med omvänd bevisbörda. Med tanke särskilt på sjörettens traditionella partikularism¹⁴⁴ förstärks vid en sammanvägd bedömning argumenten ytterligare för att det dispositiva ansvaret i ett arbetsbetingesavtal skall anses vara ett kontrollansvar.

*

¹⁴⁴ Om sjörätten särprägel talar Sjur Brækhus, *Sjørettens område og særpreg* [nedan Brækhus, *Særpreg*], Marlus nr 2 (1975)

Med denna genomgång av de ansvarsgrunder som gäller för olika logistikavtalet närliggande kontraktstyper som bas kan diskussionen i det följande föras in på det egentliga logistikrättsliga området.

6.6 Den logistikrättsliga ansvarsgrunden

6.6.1 Inledning

När här nedan det logistikrättsliga ansvaret skall diskuteras måste först logistikavtalets principiella funktionssätt analyseras, det vill säga det måste mera detaljerat klargöras vilka generella drag som logistikavtalet utvisar.¹⁴⁵ Logistikavtalets generella drag ger en antydning om vilka särskilda hänsyn som måste tas vid utformningen av den logistikrättsliga ansvarsgrunden; med generella hänsyn menas därvid av rättsordningen erkända skyddsvärda förhållanden såsom till exempel den typiskt sett svagare partens intresse att skyddas mot den starkare partens försök att utnyttja sin ställning. När dessa hänsyn väl är fastställda kan analyseras vilka ansvarsformer i den befintliga lagstiftningen och annan rättslig reglering av olika kontraktstyper som vilar på värderingsgrunder som närmast stämmer överens med logistikavtalet.

6.6.2 Logistikavtalets generella drag och därpå vilande rättsliga hänsynstaganden

Logistikavtalet är ett kommersiellt avtal: det är normalt endast ett producerande företag med komplicerade transportbehov som gör en ekonomisk vinst på att lägga ut hela organisationen av dessa transportbehov på ett utomstående företag. Det finns därför i princip inga konsumenthänsyn i avtalet.

Inte heller kan man säga att det normalt finns en typiskt sett svagare part i avtalsförhållandet. I initialskedet, det vill säga när förhandlingar förs om huruvida ett avtal kan komma till stånd, står ett producerande företag som har en fungerande transportförvaltning på den ena, och ett transportföretag som är avancerat nog för att kunna erbjuda komplicerade logistik tjänster på den andra sidan. Trots att båda parterna har ett stort intresse av att få avtalet slutet – det producerande företaget eftersom det hoppas att kunna sänka sina fasta kostnader, logistikföretaget eftersom ett logistikavtal garanterar en stor avsättning av företagets tjänster – finns ingen uppenbart starkare part som skulle ha en så stor ekonomisk

¹⁴⁵ Avsnitt 6.6.2 utgör därför dels en påminnelse om, dels en fördjupning av avsnitt 4.2.

övervikt att den andra parten måste finna sig i oförmånliga villkor. Man kan eventuellt tala om ett generellt övertag i kunskap till logistikföretagets fördel, men detta kunskapsövertag torde inte vara av det slaget att man inom den kommersiella sfären generellt skulle kunna säga att logistikern har en starkare ställning än kunden.

När avtalet väl är slutet är båda parterna beroende av varandra: kunden har i och med avtalet – eventuellt efter en viss intrimningsperiod – lagt ut organisationen av sina transportbehov på logistikern och kan därför inte lätt undvara motparten utan att i hög grad störa den egna verksamheten. Logistikern å sin sida måste normalt göra stora initiala investeringar i form av analyser av transportbehov, byggande eller kontraherande av lager- och transportkapacitet, framtagning av IT-lösningar för track-and-trace och så vidare. Om avtalsförhållandet med kunden störs på ett mera grundläggande sätt löper logistikern risken att mista dessa investeringar. Man skulle därför kunna tala om ett slags ”terrorbalans” i ett logistikavtal som leder till att även efter avtalsslutet ingen av parterna lätt kan utnyttja någon ekonomisk övervikt för att tillskansa sig otillbörliga fördelar.

Under avtalets avveckling har logistikern direkt eller indirekt kontroll över kundens gods, samtidigt som kundens verksamhet normalt störs i betydande utsträckning om transportkedjan inte håller. Logistikern erbjuder med andra ord sina tjänster i sin egenskap av transportspecialist och inger därigenom befogade förväntningar på att kunna låta transportera godset säkert, såväl vad gäller dess fysiska skick som avseende ledtider. I grunden för kundens beslut att anlita en logistiker för ett jobb som kunden själv kan utföra genom en transportavdelning måste antas ligga uppfattningen att logistikern har möjligheter att förvalta godsflödet bättre, eller åtminstone billigare. Logistikern lever alltså på att frammana ett stort förtroende hos kunden.

I rättslig mening innebär det sagda att det inte finns anledning att utforma det logistikrättsliga ansvarssystemet på ett sätt som innebär att ena parten systematiskt skyddas: parterna måste principiellt anses vara jämbördiga och förmögna att själva se efter sitt bästa. Samtidigt kan höga anspråk ställas på logistikerns tjänster: den som tjänar sitt levebröd på att explicit eller implicit påstå att han kan göra något bättre än uppdragsgivaren kan, som alla specialister, hållas till en hög prestationsstandard. Med dessa hänsynstaganden som grund skall nu en analys av det lämpligaste ansvarssystemet för logistikavtalet göras, varvid förutsätts de resultat som framställningen ovan kommit fram till.

6.6.3 Det logistikrättsliga ansvaret

6.6.3.1 Godset fysiska skick

Godsets fysiska skick har betydelse i köprätten, konsumenttjänsträtten, transporträtten och arbetsbetringsrätten avseende fysiska arbetsprestationer. Det har också indirekt betydelse vid depositionsavtal. Dessa avtalstyper kan därför utgöra underlag för utformningen av det logistikrättsliga ansvaret.

Inom köprätten och konsumenttjänsträtten gäller ett kontrollansvar, liksom enligt det ovan sagda även i landsvägs- och järnvägstransporträtten samt avseende arbetsbeting. Förutom i konsumenttjänsträtten och vid arbetsbeting mildras i alla dessa avtalstyper det stränga kontrollansvaret av en ansvarsbegränsning, inom köprätten till direkta förluster och inom landsvägs- och järnvägstransporträtten till en viss begränsad summa per kilo eller kolli. Inom konsumenttjänsträtten och avseende arbetsbeting gäller ingen annan ansvarsbegränsning än det allmänna kravet på adekvat kausalitet.

Inom lufttransporträtten gäller däremot enligt nyare lagstiftning ett rent strikt ansvar med undantag för vissa uppräknade undantag. Vad avser lufttransporträttens ansvarsgrund kan konstateras att denna inte ger utrymme ens för den annars i svensk rätt gällande ekvivalens- och skälighetstanken. Lufttransporträtten måste därför anses vara i grunden främmande för svensk rätt och bör således inte utgöra direkt underlag för ett logistikrättsligt ansvar. Det kan dock konstateras att det närmast liggande ansvarssystem som utgör del av den svenska rättsliga systematiken är kontrollansvaret: det lufrättsliga systemet pekar därför på att ansvaret för godsets fysiska beskaffenhet skall vara strängare än ett vanligt culpaansvar.

Inom sjörrätten och depositionsrätten gäller ett vanligt culpaansvar. Jämfört med de andra avtalstyper som diskuterats ovan utgör detta ansvar med avseende på godsets fysiska skick ett undantag. Sjörrätten anses också allmänt vara en relativt speciell gren av rättsordningen och även av transporträtten.¹⁴⁶ Depositionsrätten med sin rättsliga grund i 1734 års lag måste behandlas med viss försiktighet när det gäller att överföra dess ansvarssystem till avtalstyper som börjat utvecklas i slutet av 1900-talet.

En sammanvägd bedömning ger därför vid handen att ansvaret för godsets fysiska skick bör vara ett kontrollansvar. Frågan är huruvida ett sådant strängt ansvar är beroende av ansvarsbegränsningar.

Det har ovan konstaterats att argumenten *in abstracto* för och emot att koppla ett strängt ansvar till en ansvarsbegränsning väger tämligen jämt.

¹⁴⁶ Det har talats om "sjörrättens särdrag", se Brækhus, *Særpreg*.

Argumentativt stöd för att avgöra denna fråga måste därför hämtas från annat håll.

De två avtalstyper som i detta sammanhang är relevanta och som inte stadgar en ansvarsbegränsning är konsumenttjänster och arbetsbeting. Det kan förvisso argumenteras att avsaknaden av en ansvarsbegränsning vad gäller konsumenttjänster har sin grund i att näringsidkaren inte riskerar att få orimligt stora skadeståndskrav emot sig, då den skada som en konsument kan tänkas lida genom ett bristfälligt utfört arbete inte är oöverskådlig.¹⁴⁷ Även om en sådan rättspolitisk grund kan anföras som stöd för utformningen av konsumenttjänstlagen håller denna inte med avseende på arbetsbetsavtal. Den senare avtalstypen omfattar bland annat entreprenadavtal¹⁴⁸, eller med andra ord en avtalstyp som ofta förekommer i den kommersiella sfären. Här gäller ingen ansvarsbegränsning utan att en sådan överenskommit i avtalet¹⁴⁹, och ett påstående att ett strängt ansvar i den kommersiella sfären inte kan tänkas utan någon ansvarsbegränsning skulle alltså vara felaktigt.

Ett argument för den transporträttsliga ansvarsbegränsningen är att transportören i regel inte vet vad exakt som skall transporteras och vilket behov som kunden avser att fylla genom transporten.¹⁵⁰ Transportören skulle med andra ord inte ha någon möjlighet att skydda sig mot stora skadeståndskrav genom att teckna en lämplig försäkring. Ansvarsbegränsningen är i detta perspektiv en rimlig följd av transportörens relativa okunskap.

Inte ens om detta argument skulle vara riktigt för transporträttsens del kan det anses vara avgörande för logistikrätten. Logistikern och kunden ingår en nära gemenskap, och logistikern har normalt god inblick i vad som sker i uppdragsgivarens företag. Han måste i själva verket ha sådan insyn för att rätt kunna uppfylla sina åtaganden. Logistikern vet

¹⁴⁷ Lagutskottet i betänkande 1989/90:LU35 med avseende på 31 § konsumenttjänstlagen.

¹⁴⁸ Rolf Höök, *Entreprenadjuridik*, Norstedts juridik AB, Stockholm 1999, s. 9

¹⁴⁹ Jfr Ramberg, *Avtalsrätt*, s. 266 ff.

¹⁵⁰ Jfr Schelin, *Ersättning*, s. 31 f. Detta arguments bärkraft kan i och för sig betvivlas: kunden måste normalt ange i fraktsedeln vad det är som skall transporteras. Genom att koppla transportörens ansvar till riktigheten i fraktsedelns uppgifter skulle man kunna ge honom en möjlighet att överblicka sina åtagandens värde. Överraskande stora följdskador för kunden om godset skadas skulle kunna hanteras genom strängt ställda krav på adekvans. Vidare kan uppmärksammas att i FIATA Review No. 56, februari 2005, det på s. 7 sägs att det inte utgör något principiellt problem för transportören eller speditören att lämna uppgifter bland annat avseende godsets art och vikt. Transportören och speditören – och därmed också logistikern – måste alltså anses ha rätt detaljerad kunskap om det transporterade godset.

således vilket gods som skall transporteras och när det måste vara framme för att transporten skall fylla kundens behov, och han torde därför ha möjlighet att skydda sig genom en försäkring.¹⁵¹

Det verkar således inte finnas något systematiskt argument för att även logistikern skall åtnjuta en ansvarsbegränsning. Inte heller torde något argument för att ansvaret skall vara begränsat kunna härledas av logistikavtalets generella natur. Logistikern kan betecknas som transportbranschens huvudentreprenör, och liksom en huvudentreprenör i byggbranschen inte medges en ansvarsbegränsning av den dispositiva rätten bör inte heller logistikern ha förmånen av en sådan begränsning.

Vad avser godsets skick bör logistikern därför anses bära ett kontrollansvar. Detta ansvar är i så fall inte begränsat annat än genom de allmänna kraven på adekvat kausalitet mellan kontraktsbrottet och den skada som uppdragsgivaren lider.

6.6.3.2 *Dröjsmål*

Enligt den tidigare argumentationen bär landsvägs- och järnvägstransportören ett kontrollansvar för dröjsmål, och detsamma gäller enligt köprätten. Även enligt den nationella sjörätten är ansvaret för dröjsmål parallellt med ansvaret för skada på godset, det vill säga ett culpaansvar gäller.¹⁵² Endast enligt lufttransporträtten skiljer sig ansvarssystemen för skada och dröjsmål åt: för dröjsmål gäller som sagts ovan ett vanligt culpaansvar, i motsats till det strikta ansvaret för saksador.

Det milda dröjsmålsansvaret för sjötransportören har med avseende på fransk rätt kritiserats av Racine, som visar att mildheten har sin grund i att sjötransporter ännu idag anses vara förenade med särskilda risker.¹⁵³ Racines undersökning tar förvisso sin utgångspunkt i att det enligt fransk nationell rätt inte ens gäller en processuell bevisbörderegulering till fraktförarens nackdel. Argumentet att även sjötransportens längd och komplexitet idag är förutsebara torde dock hålla som ett generellt argument mot en vanlig culpastandard. Detta torde i ännu högre grad gälla då även kontrollansvaret medger undantag för oförutsebara och oöverstigliga hinder. Vad avser lufttransporträtten är det ännu svårare att inse vilken rättspolitisk motivering som finns bakom det relativt milda ansvaret, då lufttrans-

¹⁵¹ Även om en sådan försäkringsmöjlighet för närvarande inte finns på marknaden kan antas att där det finns en uppskattningsbar risk det lätt utvecklas försäkringar när det finns marknadsaktörer som utsätts för den relevanta risken.

¹⁵² Jfr 13 kap. 28 § 1 st. sjölagen. Haag-Visby-reglerna reglerar inte ansvaret för dröjsmål.

¹⁵³ Jean-Baptiste Racine, *Le retard dans le transport maritime de marchandise*, Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique, nr. 2, april-juni 2003, s. 223

porternas snabbhet och säkerhet i tidshänseende är just det som utgör deras starkaste marknadsföringsargument.¹⁵⁴

Logistikerns löfte går ut på att organisera och administrera kundens godsflöde. Han får vid uppfyllandet av sitt uppdrag insyn i kundens företag och känner till den betydelse som olika varors ankomsttid har för kunden. Det är dessutom logistikern som kontrollerar godsflödet¹⁵⁵, och därmed kan krav ställas på honom att han skall ha godset framme vid den tidpunkt som framgår av hans egen planering. I själva verket torde logistikern i förevarande avseende mera vara att jämföra med en säljare än med en transportör. Liksom säljaren bär ett kontrollansvar för dröjsmål bör också logistikern göra det.

Även i den mån som logistikern är att jämföra med en transportör kan konstateras att det inom landtransporträtten måste anses gälla ett kontrollansvar för dröjsmål. Vid en sammanvägd bedömning synes därför övervägande skäl tala för att det logistiskrättsliga ansvaret även med avseende på dröjsmål bör vara utformat som ett kontrollansvar.

Många av de transporträttsliga lagarna innehåller såkallade konverteringsregler, det vill säga regler om att godset efter ett visst dröjsmål skall anses vara totalskadat.¹⁵⁶ Konverteringsreglerna har till följd att kunden kan välja mellan att inte längre kräva ut godset och istället behandla det som totalförlorat, och att fortsätta kräva naturaluppfyllelse. Enligt Grönfors gäller detta även på det allmänna obligationsrättsliga planet när förutsättningarna för konvertering genom grava överskridanden av transportfristen egentligen borde föreligga.¹⁵⁷ I praktiken torde det finnas en punkt i tiden då kunden inte längre har något intresse av att få ut godset, utan då han istället väljer att anse godset som förlorat. Frågan är när denna tidpunkt kan anses ha inträffat vid logistikavtal.

Det torde vara omöjligt att liksom i lagstiftningen ange en för alla olika transporter gällande tidpunkt.¹⁵⁸ En logistiker kan i många fall tänkas organisera transporten av många olika slags gods, och det kan därvid tänkas att kunden har olika stora lager eller varierande brådskande behov vid olika typer av gods. De närmare villkoren för konvertering måste därför i varje enskilt fall framgå av avtalet eller inom avtalskontexten: verk-

¹⁵⁴ Jfr med avseende på passagerartransporter redan Richard E. Caves, *Air Transport and Its Regulators*, Harvard University Press, Cambridge (Massachusetts) 1962, s. 48 ff.

¹⁵⁵ Nämligen genom att det är han som står som huvudman i förhållande till transportörer, lagerhållare och andra som verkställer godsflödena.

¹⁵⁶ 13 kap. 28 § 3 st. sjölagen, 27 § 1 st. JTL, 31 § 1 st. VTL

¹⁵⁷ Grönfors, *Tidsfaktorn*, s. 116 f.

¹⁵⁸ Se dock nedan avsnitt 9.5.2 om en eventuell plikt att häva ett avtal på grund av skadebegränsningsskyldigheten.

ligheten skiftar för mycket för att det skall vara lämpligt att ens föreslå en enhetlig regel.¹⁵⁹

Logistikern bör alltså ha ett kontrollansvar för dröjsmål. Vid grava överskridanden av leveranstiden kan dessutom en konverteringsregel vara lämplig, men exakt var gränsen mellan ett långt dröjsmål och en totalförlust skall anses gå måste avgöras i varje enskilt fall.

6.6.3.3 Ansvar för uppgifter

Vid många tvister inom logistikrätten torde frågan uppkomma vilket ansvar en part har för uppgifter som lämnas till den andra parten. I detta sammanhang blir frågor aktuella som vilken förpackning en vara behöver, vilka kvantiteter som kan behöva transporteras, uppgifter om kundens eller logistikerns interna dataprogramvara och så vidare. I många fall kan säkerligen uppgifterna åtminstone delvis anses vara specifikationer som utgör måttstocken för ett resultatansvar. Om till exempel kunden lämnat en oriktig uppgift om de kvantiteter gods som kommer att behöva transporteras har logistikern fullgjort sina avtalsenliga skyldigheter om han är kapabel att organisera ett godsflöde som bär den uppgivna kvantiteten. Extra kvantiteter omfattas inte av logistikerns uppgifter, och han har således inte gjort sig skyldig till kontraktsbrott om han inte har beredskap att få även överskjutande delar av den totala godsmängden transporterade.

Många uppgifter läggs emellertid till grund för annan planering; om till exempel uppdragsgivaren inte uppmärksammat logistikern på att godset är av sådan kvalitet att det anses som farligt gods som behöver anmälas till myndigheterna före transport, kan logistikern utan egen förskyllan göras ansvarig för brott mot lagen (1982:821) om transport av farligt gods. Omvänt kan följdproblem uppstå även då logistikern försummar sin uppgiftsskyldighet gentemot uppdragsgivaren: logistikerns uppgifter om avgångs- och leveranstider kommer att ha återverkningar på kundens organisation av sin produktion. Felaktiga uppgifter från logistikerns sida kan därför åsamka kunden skada. Frågan är hur strängt ansvaret skall vara för uppgifter som parterna lämnar till varandra.

Inom landsvägstransporträtten gäller förvisso avseende vissa uppgifter i fraktsedeln ett culpaansvar för fraktföraren, jfr 12 § VTL. Generellt är dock avsändaren ansvarig för uppgifter i fraktsedeln, jfr 11 § VTL. Det-

¹⁵⁹ För övrigt torde kundens intresse av konvertering vara mycket mindre på ett område där ingen ansvarsbegränsning finns. Konverteringsreglerna kan nämligen tjäna till att kringgå de relativt snålt tilltagna legala ansvarsbegränsningarna för dröjsmål och istället komma in på de – inte precis förmånliga, men icke desto mindre ur begränsningssynpunkt för kunden bättre – skaderegler.

samma gäller i järnvägstransporträtten¹⁶⁰, lufttransporträtten¹⁶¹ och i sjötransporträtten, dock att i den senare transportören i skälighetsomfattning har att kontrollera uppgifternas riktighet¹⁶². Genom felbestämmelserna i 17 och 18 §§ köplagen gäller även inom detta rättsområde ett strängt ansvar för uppgifter.

Rättspraxis utgår från ett culpaansvar för inhämtande av uppgifter, jfr exempelvis de ovan citerade fallen NJA 1987 s. 692 och RH 1995:88. Inhämtande av uppgifter är emellertid något annat än att förmedla uppgifter till någon annan: inhämtande av uppgifter är en aspekt av rådgivaransvaret, och som framgått ovan är ansvarsgrunden inom rådgivaravtalet ett culpaansvar. För lämnade uppgifters riktighet borde emellertid ett kontrollansvar gälla, och detta ansvar blir i så fall i praktiken strikt – det är snart sagt omöjligt att tänka sig en situation i vilken någon anledning utanför uppgiftslämnarens kontroll föreligger till att ingen korrekt uppgift¹⁶³ kan lämnas.

Det som komplicerar bilden är att uppgifter kan bära kontrolleras av mottagaren: som framgått ovan finns stöd för detta i den transporträttsliga lagstiftningen. Även 20 § köplagen modifierar säljarens ansvar för uppgifter beroende på köparens kunskap. I dessa stadganden torde ett på lojalitetsprincipen grundat resonemang om uppgiftsfördelningen inom kontrakt komma till uttryck: åtminstone den som vet med sig att motparten begått ett misstag får inte åberopa detta misstag om han inte gör motparten uppmärksam på det. Av den transporträttsliga regleringen om uppgiftsansvaret framgår vidare att åtminstone det som lätt kan kontrolleras (typiskt sett antalet kollin och godsets utåt synliga fysiska skick, jfr exempelvis 12 § VTL och 13 kap. 59 och 48 §§ sjölagen) skall kontrolleras, och att transportören kan bli ansvarig för felaktiga uppgifter i fraktsedeln som han kunde ha rättat.

Det som framgår av det ovan sagda är att parterna på ömse håll är ansvariga för att med culpaansvar ta fram de uppgifter som det enligt avtalet är deras uppgift att lämna till motparten. På grund av det nära kommersiella förhållande som råder mellan logistikern och hans kund finns ingen anledning att vid avtalstolkningen låta någon större mildhet råda: kunden måste vara medveten om den betydelse som hans uppgifter

¹⁶⁰ 3 kap. 7 § JTL

¹⁶¹ Art. 11 Montrealkonventionen.

¹⁶² 13 kap. 59 § sjölagen jfr med 46 och 48 §§ i samma kapitel. Märk att det här gäller uppgifter i en sjöfraktsedel: konossementet är ett värdepapper i teknisk mening och hänsynstagandena är inte nödvändigtvis desamma avseende sådana värdepapper som avseende en sjöfraktsedel, ens mellan avsändaren och sjötransportören.

¹⁶³ Här avses också korrekta återgivanden av materiellt sett felaktiga uppgifter.

har för logistikern, och tvärtom. I den mån uppgifterna härstammar ur partens egen sfär kan till och med ett kontrollansvar förespråkas: liksom säljaren enligt köplagens felregler svarar för felaktiga uppgifter och avsändaren svarar för felaktigheter i fraktsedelns uppgifter bör en part när det gäller ett logistikavtal svara för felaktigheter i uppgifter beträffande hans egen sfär. Vad slutligen gäller vidareförmedlingen av uppgifterna bör även här ett kontrollansvar råda: kontrollen av att uppgifter är korrekt återgivna är inte betungande i sådan mån att principiella invändningar kan resas mot ett kontrollansvar av detta slag. Beroende på avtalets utformning och parternas kunskap kan dessutom tänkas att det finns vissa genom ett culpaansvar sanktionerade förpliktelser att kontrollera mottagna uppgifter. Någon allmän regel av ett sådant innehåll torde dock inte kunna formuleras.

6.6.3.4 *Ansvar för övriga åtaganden*

Övriga åtaganden som ingår i logistikerns uppdrag utgörs typiskt sett av uppdrag att analysera kundens godsflöde, att ge anvisningar och rekommendationer om förpackning, att företräda kunden inför olika myndigheter och andra liknande uppdrag. Det som förenar dessa typer av uppdrag är att de har stora likheter med rådgivningsavtalet: logistikern erbjuder kunden sin expertkunskap och ger honom råd avseende undanröjande av flaskhalsar och andra med organisationen av godsflödet sammanhängande frågor. I den mån som logistikern företräder huvudmannen inför myndigheter och andra tredje parter är han att anse som ombud: som ovan konstaterats kan ombudsavtalet i förevarande avseende inte anses vara i grunden skild från rådgivaravtalet, utan rådgivning och ombudsmannaskap torde ofta vara förenade i samma uppdrag. Rådgivaransvaret är ett culpaansvar, och detta ansvar bör således rimligen gälla också för rådgivande inslag i logistikerns uppdrag.

Culpaansvaret gäller också för eventuella förpliktelser att å uppdragsgivarens vägnar kontrahera annan, alltså det som traditionellt kallas för expeditionsuppdrag: här bör logistikern endast svara för *culpa in eligendo*. I själva verket torde förpliktelserna att kontrahera annan vara en variant på en rådgivningsförpliktelse. Logistikern får i dessa situationer i uppdrag att söka en lämplig kontraktspart för huvudmannen: om inte logistikern kontraherar tredje man själv kan utpekandet av någon viss tredje man betecknas som en rekommendation, ett råd, att sluta avtal med just denne. Även för sådana uppdrag gäller alltså ett culpaansvar.¹⁶⁴

¹⁶⁴ Jfr också regleringen i NSAB § 2 B jfr med § 24

6.6.3.5 *Abstraktion: resultatförpliktelser och förpliktelser att visa omsorg*

Genomgången av det logistikrättsliga ansvaret har visat att övervägande skäl talar för att ansvaret för sakskada, för dröjsmål och för förmedlande av uppgifter skall anses utgöra ett kontrollansvar, medan andra inslag i avtalet bör sanktioneras av ett culpaansvar. Abstraherar man från de specifika kontraktsbrottskategorierna faller i ögonen att de förpliktelser vid vilka ett visst resultat kan specificeras anses böra föra med sig ett kontrollansvar, medan de förpliktelser som innebär att en part mera allmänt skall ge anvisningar och rekommendationer, eller med andra ord förpliktelser att visa omsorg, anses vara sanktionerade av ett culpaansvar.

Ett sådant resultat kan stödjas på starka rättspolitiska argument.¹⁶⁵ Det är svårt att finna bärande argument för att den som utlovar ett visst konkret resultat utan att avge en garanti endast skulle vara ansvarig för *culpa*: den enda fördelen motparten skulle vinna genom att ett visst konkret resultat utlovas skulle vara att det blir lättare att etablera kontraktsbrott. Vad gäller frågan om huruvida naturagäldenären i skadeståndsrättsligt hänseende är ansvarig för detta kontraktsbrott skulle borgenären möta samma svårigheter som när inget specifikt resultat utlovats, nämligen att han måste bevisa att motparten inte fullgjort de handlingar som enligt avtalet kan krävas av honom. Kontrollansvaret förefaller härvid utgöra en lämplig avvägning: å ena sidan finns fortfarande utrymme för ett garantiansvar, då detta bör anses innebära att gäldenären tar risken även för omständigheter som enligt kontrollansvaret skulle vara befriande för honom. Å andra sidan får motparten en konkret fördel genom att kontrahera någon som är villig att utlova ett specificerat resultat: den som lovar att han skall åstadkomma något visst måste anses ha tagit över risken för sin förmåga att uppfylla sitt löfte.

Vad gäller logistikansvaret i synnerhet finns dessutom goda systematiska argument för ett sådant ansvar. Med tanke på de transport- och köprättsliga ansvarsbestämmelserna finns ingen anledning att behandla logistikern mildare än som i allmänhet framgår av lagstiftningen beträffande dessa närliggande avtalstyper.

Kontrollansvaret som allmän grund för skadeståndsansvar diskuteras med avseende på konsumentförhållanden av Svea hovrätt i mål nr FT5662-04. En konsument hade vänt sig mot elleverantören (istället för mot distributionsföretaget) med påstående om skadeståndsansvar på grund av utebliven leverans. Konsumenten argumenterade att leverantö-

¹⁶⁵ Jfr också Taxell, *Avtalsersättning*, som förvisso pläderar för kontrollansvaret som en i princip allmänt tillämplig ansvarsform, dock på andra grunder än som förespråkas här.

ren borde svara för händelser inom sin kontroll, eller med andra ord att leverantören borde bära ett kontrollansvar. I sin utförliga diskussion av kontrollansvaret såsom allmänt tillämplig grund för skadeståndsansvar konstaterar hovrätten att av uttalanden i förarbetena till ellagen framgår att konsumentskyddande bestämmelser noga hade övervägts i samband med lagstiftningen. Härvid hade regeringen konstaterat att kontrollansvarsbestämmelserna i ellagen enbart borde rikta sig mot distributören, då leverantören på grund av det sätt på vilket distributionssystemen är uppbyggda i praktiken inte kan förorsaka ett avbrott i eltilförseln till konsumenten. Hovrätten avslutar sin diskussion på följande sätt:

Även om rättsutvecklingen både på det nationella planet, genom lagstiftning på den centrala civilrättens område, och på den internationella arenan under de senaste decennierna lett till att konsumentskyddet kommit att få en alltmer framträdande roll i lagstiftningsarbetet finns ännu inte tillräckligt starka belägg för att denna utveckling också inneburit att kontrollansvaret numera i konsumentförhållanden utgör en allmän skadeståndsrättslig princip i den svenska rättsordningen. [...] Sammanfattningsvis anser hovrätten att det skulle föra alltför långt att utan uttryckligt stöd i lag och mot bakgrund av det tydliga ställningstagande som lagstiftaren gjort beträffande gränserna för det i lagen föreskrivna kontrollansvaret utsträcka dessa till att också inbegripa elleverantörens avtalsrättsliga förhållande till elkonsumenten.

Denna motivering tycks ifrågasätta resonemanget i denna framställning: om kontrollansvaret inte ens i konsumentförhållanden utgör en allmän skadeståndsrättslig princip, skulle kunna sägas att det *a fortiori* inte heller bör utgöra en allmän princip i kommersiella förhållanden.

Mot detta kan följande anföras. Det är två argument på vilka hovrätten stöder sin argumentation, nämligen dels att det ännu inte skulle finnas tillräckligt stöd för att anta att kontrollansvaret skulle utgöra en allmän skadeståndsrättslig princip¹⁶⁶, dels att uttalanden i förarbetena till ellagen föranleder att kontrollansvaret inte bör utsträckas till att avse även elleverantören. Det senare argumentet är väl underbyggt och hovrättens argumentation i det avseendet kan inte kritiseras. Däremot kan argumentet

¹⁶⁶ Terminologin i detta avseende är inte helt lyckad: det handlar inte om att göra kontrollansvaret till en allmän skadeståndsrättslig princip, utan till en princip för skadeståndsansvar inom kontrakt. Skillnaden må tyckas liten, men en allmän skadeståndsrättslig princip skulle ha långt större räckvidd än en princip för skadeståndsansvar inom kontrakt. Tröskeln till att erkänna kontrollansvaret utanför de områden där det följer av lagstiftning är onekligen högre om ansvaret påstås utgöra en allmän skadeståndsrättslig princip än när det handlar om att erkänna kontrollansvaret som en princip med en mera begränsad räckvidd inom kontrakt.

att det ännu inte finns tillräckligt stöd för ett allmänt kontraktuellt kontrollansvar för näringsidkaren i konsumentförhållanden inte undgå kritik. Alla lagar om kontraktuella konsumentförhållanden stadgar numera ett kontrollansvar: hur mycket skall det krävas till dess man kan anse att det finns tillräckligt stöd för att utvidga ansvaret utöver de lagstadgade fallen? Hovrättens utgångspunkt tycks vara att kontraktsrätten i princip är enhetlig – vilket i så fall innebär att culpaansvaret gäller inom hela det kontraktsrättsliga området – och att konsumentlagstiftningen utgör ett välaggränsat undantag från denna annars enhetliga kontraktsrätt. Detta är en på många sätt tilltalande tanke, men frågan är om den är realistisk. Man kan på goda grunder anse att konsumenträtten numera utgör en självständig del av den svenska kontraktsrätten och att de regler som hittills ansetts vara allmänna inte utan vidare också gäller på konsumentområdet.¹⁶⁷

Hur det än förhåller sig med detta kan i vart fall konstateras att det här föreslagna kontrollansvaret för resultatförpliktelser i logistikavtal har sitt stöd i en analys av systematiskt närliggande avtalstyper. Även i den mån kontrollansvaret inte skulle utgöra en allmän skadeståndsgrund inom kontrakt, kan därför konstateras att det är den ansvarsform som har mest stöd på det område där logistikavtalet systematiskt måste infogas. Hovrättens argument avseende konsumentområdet i sin helhet har alltså ingen större bäring på det begränsade området för logistikavtal.¹⁶⁸

Avseende förpliktelser att visa omsorg har ovan argumenterats att det redan ligger i dessa förpliktelser rättsliga karaktär att kontraktsbrott inte kan förekomma utan att det visas att de i avtalet stadgade skyldigheterna inte uppfyllts. Det är på rent logiska grunder inte möjligt att sanktionera förpliktelser att visa omsorg med ett strängare ansvar än ett culpaansvar: kontraktsbrott föreligger endast om *culpa* förekommit, och alla försök att ålägga den förpliktade ett ansvar som går utöver denna standard är fåfänga.

Denna uppdelning av ansvarsgrunder efter förpliktelsens karaktär har också den fördelen att den ger generella riktlinjer för vilken ansvarsgrund som skall gälla utan att låsa fast logistikavtalet i en systematik som skulle riskera att bli förbisprungen av den för närvarande snabba utvecklingen

¹⁶⁷ Jfr diskussionen i Jakob Heidbrink, *I gränsmarkerna mellan preskription och novation – återuppväckande av preskriberad fordran i konsumentförhållanden*, Juridisk tidskrift 2002-03 nr 1, s. 140

¹⁶⁸ Principiellt kan anmärkas att det med utgångspunkt i den i detta arbete förda diskussionen tycks finnas goda rättspolitiska argument för att utsträcka kontrollansvaret till att avse resultatförpliktelser i allmänhet. En fördjupad diskussion av denna fråga kan dock av utrymmesskäl inte föras i förevarande sammanhang.

på marknaden. Vad som utgör en resultatförpliktelse och vad som utgör en förpliktelse att visa omsorg är, som diskuterats ovan, beroende av en individuell avtalstolkning, och ett ansvarssystem som det här föreslagna är därför tillräckligt flexibelt för att passa den stora variation av individuella avtal som kan förekomma. Det kan i princip tänkas att logistikern lyckas få igenom avtalsbestämmelser som inte innebär mer än att logistikern skall försöka att organisera en fungerande godsflödeskedja. I sådant fall kan till och med förpliktelsen att lämna ut godset i oskadat skick tänkas utgöra endast en förpliktelse att visa omsorg. Då logistikern och hans kund normalt torde vara ekonomiskt jämnstarka kan sådana avtalsbestämmelser – i vart fall när de vägs upp av en för kunden förmånlig pris-sättning – inte *a priori* anses vara oskäligen. I normalfallet torde dock förpliktelseerna att lämna ut godset i oskadat skick, att hålla sig till uppgjorda leveransplaner och att lämna ut korrekta uppgifter inte vara kvalificerade i avtalet på ett sådant sätt att de endast skall anses utgöra att förpliktelser att visa omsorg. Samtidigt kan det vid rådgivning och ombudsmannaskap sällan tänkas att logistikern är så ”lätsinnig” att han utlovar vissa konkreta resultat som skall åstadkommas.¹⁶⁹ Eftersom det med avseende på dessa aspekter av uppdraget inte finns ett resultat mot vilket den rätta uppfyllelsen av avtalet skulle kunna mätas, är de att anse som förpliktelser att visa omsorg och sanktioneras därför av ett culpaansvar.

6.6.3.6 Något om placeringen av bevisbördan

Som sagts ovan har den omkastade bevisbördan vid frågan om huruvida *culpa* förelegat i sig ingen materiell betydelse, utan är viktig endast när händelseförloppet inte kan klarläggas. Eftersom ett ansvar för *culpa* inom logistikavtal i detta arbete bara anses föreligga för förpliktelser att visa omsorg, handlar bevis temat i förekommande fall alltså om huruvida kontraktsbrott förelegat eller ej. Frågan är därför huruvida i fall då händelseförloppet inte kan klarläggas den förpliktade skall anses ha gjort sig skyldig till kontraktsbrott eller ej.

En konsekvens av den omkastade bevisbördan vid förpliktelser att visa omsorg skulle vara att kärandens blotta påstående om att avtalet inte uppfyllts korrekt skulle vara nog för att hålla motparten ansvarig om händelseförloppet inte kan klarläggas. Denna konsekvens må låta drastisk, men det finns ändå rättspolitiska argument både för och emot en omkastad bevisbörda även vid förpliktelser att visa omsorg.

¹⁶⁹ Uttrycket är lånat från Kleineman, *Rådgivare*, s. 188

Argumentet för en omkastad bevisbörda ligger i att det är den förpliktade som har möjlighet att dokumentera vilka åtgärder han vidtagit och att med denna dokumentation som stöd föra i bevisning att han fullgjort allt som enligt avtalet kan krävas av honom. Om han inte förmår föra denna bevisning, och om han således skulle hållas ansvarig för motpartens skada, har han sig själv att skylla för att han brustit i att se till sitt eget intresse. En sådan skyldighet skulle också förstärka den uppdragsrättsliga redovisningsplikten, i det att det ligger i partens intresse att alltid ha tillräckligt med material tillgängligt för att visa vilka åtgärder han vidtagit under avvecklingen av avtalet. Vidare måste hållas i minnet att parterna i ett logistikavtal befinner sig i ett ömsesidigt beroendeförhållande: det torde därför endast vara i undantagsfall att helt ogrundade anspråk på skadestånd framställs. En omkastad bevisbörda torde därför inte lägga en orimlig risk på svaranden.

Argumentet mot en omkastad bevisbörda ligger framför allt i att kravet på att alla handlingar skall dokumenteras skulle kunna bli mycket betungande, i vart fall om den relevanta parten är riskavert och vill gardera sig mot alla möjliga anspråk som kan tänkas framföras mot honom. Vidare har, när det gäller omsorgsförpliktelser, även käranden goda möjligheter att dokumentera det som skett, i det att han till exempel kan dokumentera vilka råd han fått och vilka konsekvenser de haft i realiteten. Med andra ord har käranden goda möjligheter att föra en form av bevisning som räcker för att kasta bevisbördan på motparten: när nämligen rådet visar sig vara felaktigt eller leda till menliga följder torde den rådgivande parten vara tvungen att förklara på vilka grunder han givit rådet. Det ligger med andra ord en form av bevisning om *culpa* redan i att käranden kan visa att rådet varit felaktigt. Ett annat argument mot en omkastad bevisbörda när det i praktiken handlar om att bevisa kontraktsbrott är att det alltid också ligger ett moraliskt klander i en dom på skadeståndsskyldighet: företag som är beroende av sitt goda rykte på marknaden skulle i det perspektivet riskera att framställas som opålitliga genom möjligtvis ofta förekommande skadeståndsanspråk av vilka många vinner framgång.

Vid en avvägning av de olika argumenten bör argumenten mot en omkastad bevisbörda anses väga tyngre än argumenten för. Den rättvändera bevisbörda som ligger på käranden borde dock inte vara tyngre än att han måste visa att ett givet råd varit dåligt i det att det haft menliga följder: detta bör räcka för att kasta om bevisbördan. Svaranden måste då förklara hur han kommit att ge det aktuella rådet. Det ligger alltså till syvende og sist fortfarande på svaranden att övertyga domstolen om att han gjort det som enligt avtalet kan krävas av honom, och att det han gjorde och som enligt avtalet kunde krävas av honom tyvärr inte räckte

för att åstadkomma ett bättre råd eller för att bevara godset. Med tanke särskilt på att käranden även med den relativt lätta bevisbörda i culpa-hänseende som på detta sätt läggs på honom måste bevisa att han lidit skada genom avtalsbrottet, att denna skada är kausal till avtalsbrottet samt att kraven på adekvans är uppfyllda, är det inte att ställa för höga anspråk på gäldenären att förklara vad han gjort.

Bevisbördan i logistikavtal bör därför med avseende på förpliktelser att visa omsorg vara rättvänd. Käranden bör dock inte behöva visa mer än att den omsorg som gäldenären lagt ned på förpliktelsens uppfyllelse haft menliga följder för att bevisbördan skall kastas om, och för svaret skall behöva visa vilka åtgärder han vidtagit för att uppfylla avtalet.

6.6.3.7 Sammanfattning

Med den i denna framställning förda argumentationen gäller inom logistikavtalet ett kontrollansvar för att godset lämnas ut i oskadat skick, för att leveranstider inte överskrids samt för att uppgifter är korrekt återgivna. Övriga förpliktelser sanktioneras med ett ansvar för *culpa*, varvid bevisbördan är rättvänd. Detta kan även sammanfattas på så sätt att det inom logistikavtalet gäller ett kontrollansvar för resultatförpliktelser, medan ett culpaansvar gäller för förpliktelser att visa omsorg.

Mera konkret innebär detta att den part som utlovar ett resultat – normalt på så sätt att logistikern lovar att få fram godset i oskadat skick och inom den stipulerade tiden, samt att hans uppgifter till kunden är korrekt återgivna, medan kunden framför allt lovar att uppgifter är korrekt återgivna – måste vinnlägga sig intill offergränsen om att uppnå detta resultat. Var offergränsen går beror på den skälighetsbedömning som är utmärkande för resonemang om offergränsen och kan därför inte sägas generellt: partens ansträngningar måste mätas mot avtalshelheten. Det viktiga är att han inte bara kan förlita sig på att göra det normala: för att använda det vägtransporträttsliga uttryckssättet måste den förpliktade vidta alla åtgärder som är ”short of the absurd”. Endast hinder mot att uppnå det utlovade resultatet som är oförutsebara – och därmed inte allokerade genom den kontraktuella riskfördelningen – och oöverstigliga bör kunna vara ursäktande.

Culpaansvarets närmare innehåll måste enligt den ovan framförda meningen avgöras genom avtalstolkning och avtalsutfyllning. Härvid är generellt att beakta att parterna i ett logistikavtal ingår ett mycket nära samarbete och att båda måste i hög grad kunna förlita sig på den andres ansträngningar och samarbetsvilja. Den inomkontraktuella lojalitetsplikten är alltså viktig, och det torde sällan kunna föras resonemang som har sin grund i att parterna står på armlängds avstånd från varandra.

Därmed menas det förhållandet att logistikern i praktiken fungerar som kundens transportavdelning, och att höga anspråk måste kunna ställas på både logistikern och kunden att de visar den öppenhet och gör de ansträngningar som krävs för att få detta intima samarbete att fungera friktionsfritt. Avtalsutfyllningen bör därför ske i ljuset av strängt ställda krav på båda avtalsparterna: ett logistikavtal är inget vanligt momentant avtal, utan utgör ett långvarigt samarbetsavtal som bygger på stor tillit parterna emellan.

7 Prisavdrag

7.1 Inledning

Funktionellt sett utgör prisavdraget ett strikt ansvar för skadestånd, begränsat till prestationens värde: det faktum att naturaprestationen inte håller den kvalitet som utlovats i avtalet för med sig att vederlaget sänks i motsvarande mån.¹ Sanktionen finns stadgad i några lagar², men flera författare betonar att dess tillämplighet vid alla kontraktstyper kan vara tveksam.³ En första fråga är därför vilka hänsynstaganden som prisavdraget som sanktion vilar på, och huruvida dessa hänsynstaganden gör sig gällande även vid logistikavtal.

Även om prisavdrag inte skulle komma ifråga för logistikavtalets del, har Kai Krüger uppmärksammat att i vissa fall en jämkning av vederlaget enligt 36 § avtalslagen kan leda till resultat som motsvarar prisavdraget.⁴ Oavsett huruvida prisavdrag kan komma ifråga som sanktion vid logistikavtal, bör alltså några ord sägas om utrymmet för att tillämpa 36 § avtalslagen.

¹ Hagström, *Obligationsrett*, s. 397

² Se de lagar som diskuteras nedan under 7.2.2.

³ Hagström, *Obligationsrett*, s. 397; Stig Jørgensen, *Fire obligationsretlige afhandlinger* [nedan Jørgensen, *Afhandlinger*], Juristforbundets forlag, Köpenhamn 1965, s. 154 f.; Krüger, *Kontraksrett*, s. 768; se dock Lars Erik Taxell, *Avtal och rättsskydd* [nedan Taxell, *Rättsskydd*], Åbo Akademi, Åbo 1972, s. 416, som anser att prisavdragsrätten inte *a priori* är begränsad till vissa kontraktstyper.

⁴ Krüger, *Kontraksrett*, s. 769

7.2 Hänsynstaganden bakom prisavdraget. Sanktionens tillämplighet allmänt och dess lämplighet för logistikavtal

7.2.1 Hänsynstaganden bakom prisavdraget

Prisavdragssanktionen har sin historiska grund i den naturrättsliga förutsättningsläran, där ena partens prestation är betingad av motpartens prestation.⁵ Bakgrunden till sanktionen är alltså den ekvivalenstanke som ännu idag genomsyrar svensk rätt.⁶ Även i den moderna rätten krävs varken *culpa* eller någon annan förutsättning än att gäldenärens prestation inte är avtalsenlig för att borgenären skall ha rätt att företa prisavdrag.⁷

I modern rätt har prisavdraget därutöver motiverats med att det inte gäller ett obetingat ansvar för skadestånd vid kontraktsbrott – ansvaret sägs vara kvalificerat av gäldenärens *culpa* –, och att prisavdraget därför är ett medel att upprätthålla balansen i kontraktsförhållandet.⁸ Man har också direkt anknutit till avtalsbalansen, alltså till samma grundtanke som gjorde sig gällande redan i naturrätten: särskilt när hävning inte är möjlig eftersom avtalsbrottet inte uppnår väsentlighetsgraden har prisavdrag ansetts vara en praktisk och lämplig lösning.⁹

Den principiella grunden till prisavdragssanktionen i modern rätt torde alltså vara att balansen i avtalsförhållandet rubbats genom avtalsbrottet, och att detta enklast åtgärdas genom att vederlaget minskas i motsvarande mån. Genom prisavdraget uppnår man – förutsatt att beräkningsreglerna är klara, varom mera nedan – ett enkelt sätt för borgenären att skaffa sig kompensation för avtalsbrottet utan att denna sanktion blir alltför ingripande för gäldenären, eftersom prisavdraget automatiskt är begränsat till felets värde. Med denna utgångspunkt tycks det inte finnas något principiellt hinder mot att generellt erkänna att prisavdrag kan förkomma vid alla kontraktstyper: ekvivalenstänkandet är inte begränsat till någon enskild kontraktstyp, och de praktiska hänsyn som uppbär sanktionen gör sig också gällande över hela det kontraktsrättsliga fältet.

⁵ Jørgensen, *Afhandlinger*, s. 151. Sanktionen har sin förebild i den romerskrättsliga *actio quanti minoris*, se Taxell, *Rättsskydd*, s. 411

⁶ Se kapitel 6.

⁷ Se 37 § köplagen; Hagstrøm, *Obligasjonsrett*, s. 398; Taxell, *Rättsskydd*, s. 416 f.

⁸ Hagstrøm, *Obligasjonsrett*, s. 397

⁹ Taxell, *Rättsskydd*, s. 414

7.2.2 Sanktionens tillämplighet allmänt

Det är iögonfallande att ingen av de här undersökta främmande rättsordningarna stadgar om en generellt gällande prisavdragssanktion.

I engelsk rätt finns sanktionen prisavdrag över huvud taget inte: den närmaste sanktion som förekommer är möjligheten att kvittningsvis räkna av ett krav på skadestånd mot ett vederlagskrav.¹⁰ Som Krüger påpekar måste man dock göra skillnad mellan kvittning och reduktion av priset, eftersom det kan uppstå praktiska skillnader mellan dessa två institut vid fordringscession och pantsättning.¹¹ Inom köprätten kan, på grund av den beräkningsmetod som stadgas i 38 § köplagen, också det förhållande att prisavdraget beräknas på ett annat sätt än skadeståndet utgöra en anledning att skilja mellan vederlagsreduktionen och ett skadeståndskrav. Det måste alltså sägas att den engelska rätten inte erbjuder någon kontraktsbrottspåföljd som motsvarar prisavdraget.

I den franska rätten tycks rätt till prisavdrag endast finnas i köprätten. Prisavdragsrätten stadgas i art. 1644 Code civil som ett alternativ till hävning av köpet. Det är enligt denna artikel obligatoriskt att anlita en expert för att fastställa avdragets storlek (det finns alltså ingen automatisk begränsning av prisavdraget).¹² Utanför köprätten tycks prisavdraget inte räknas till de generellt tillämpliga kontraktspåföljderna.

I den tyska rätten förekommer prisavdrag vid köp (§ 441 st. 1, 1 men. BGB jfr med § 437 nr 2, 2 mom. BGB)¹³, materiella arbetsbeting (*Werkvertrag*, § 638 st. 1, 1 men. BGB jfr med § 634 nr 3, 2 mom. BGB), hyra (§ 536 st. 1 BGB) och vid reseavtal (§ 651d BGB). Här är att märka att vid köp och arbetsbeting rätten till prisavdrag kan göras gällande ”i stället för”¹⁴ hävning, vilket alltså innebär att samma förutsättningar gäller för prisavdrag som för hävning vid dessa kontraktstyper (dock att vid arbetsbetsingsavtalet mindre brister i verket inte ger rätt till hävning, se § 323 st. 5, 2 men. BGB, utan att rätten till prisavdrag påverkas därav).¹⁵ Vid köp och arbetsbeting är prisavdragsrätten utformad som en *Gestal-*

¹⁰ Treitel, *Remedies*, s. 107; se om kvittningen det av Treitel citerade fallet *Gilbert-Ash (Northern) Ltd. v. Modern Engineering (Bristol) Ltd.* [1974] A.C. 689

¹¹ Krüger, *Kontraktsrett*, s. 770

¹² Alain Bénabent, *Droit civil. Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, Montchrestien, Paris 2001, s. 161

¹³ Föreskrifterna om köp skall enligt § 480 BGB på motsvarande sätt användas vid byte. I litteraturen påpekas dock att, när motprestationen inte är delbar, prisavdragsbestäm-
melserna inte torde gå att tillämpa; se Oetker, *Schuldverhältnisse*, s. 198

¹⁴ § 441 st. 1 BGB

¹⁵ Dieter Medicus, *Schuldrecht II. Besonderer Teil*, 11:e, omarbetade upplagan, C.H. Beck, München 2003, s. 24; Peter Schlechtriem, *Schuldrecht. Besonderer Teil*, 6:e upplagan, Mohr Siebeck, Tübingen 2003, s. 35

tungsrecht, det vill säga borgenären måste göra rätten gällande genom en förklaring. Vid hyra och reseavtal inträder dock prisavdraget automatiskt genom lagens kraft, och gäldenären behöver bara reklamera felet.

Det visar sig alltså att prisavdraget som kontraktsbrottspåföljd enligt de i detta arbete undersökta främmande rättsordningarna används i mycket begränsad utsträckning. I fransk och tysk rätt är prisavdraget i huvudsak begränsat till objektcenterade avtal: det enda undantaget utgörs av reseavtalet enligt tysk rätt, där i praktiken dock en lista (den så kallade *Frankfurter Tabelle*) ersätter beräkningen av prisavdraget.¹⁶

I svensk rätt förekommer prisavdraget i lagstiftningen i 8 kap. 9 till 11 §§ samt 12 kap. 11 § 1 st. 3 mom. och 2 st. jordabalken – här gäller att arrendatorn, respektive hyresgästen skall få njuta ”skälig” nedsättning av avgiften om arrendet eller lägenheten inte är i fullt brukbart skick eller har andra kvalitativa fel – i 4 kap. 12, 17, 18 och 19 §§ jordabalken samt i 21 § konsumenttjänstlagen, 28 § konsumentköplagen och 37 § köplagen. (I vissa fall går beräkningsmetoden ut på att avdraget skall vara proportionellt till godsets marknadsvärde i oskadat och skadat skick, jfr 4 kap. 19 c § jordabalken och 38 § köplagen). Det är också möjligt att tolka 4 kap. 16 § jordabalken som en prisavdragsbestämmelse, där dock beräkningsmetoden avser den belastning som överstiger den som förutsattes vid köpet. Nästan alla dessa bestämmelser avser objekt, antingen sådana som förvärvas genom köp eller sådana som upplåts. De enda bestämmelser i svensk lagstiftning som medger prisavdrag vid icke-objektcenterade avtal är 23 § fastighetsmäklarlagen (enligt vilken prisnedsättning dock inte kommer i fråga när fastighetsmäklarens åsidosättande av sina skyldigheter är ringa) och 21 § konsumenttjänstlagen i vad avser de förvaringstjänster som enligt 1 § 3 p. konsumenttjänstlagen omfattas av lagen. Enligt konsumenttjänstlagen skall prisavdraget motsvara vad det kostar konsumenten att få felet avhjälpt. Denna bestämmelse är antagligen i praktiken omöjlig att använda, eftersom avhjälpande inte torde komma ifråga vid förvaringstjänster.¹⁷ Den skall därför inte diskuteras i förevarande sammanhang. Vad gäller fastighetsmäklarlagen framgår inte av lagstiftningen hur minskningen skall beräknas. Inte heller av förarbetena till bestämmelsen i 23 § fastighetsmäklarlagen eller dess föregångare i 18 § lagen (1984:81) om fastighetsmäklare framgår hur avdraget skall bestämmas.

I rättspraxis har prisavdraget inte använts utanför det område som idag är lagfäst: rättsfallen avser normalt köp och i något enstaka fall fastighetsmäklaravtal.¹⁸ Det saknas alltså anledning att anta att prisavdraget

¹⁶ Oetker, *Schuldverhältnisse*, s. 517

¹⁷ Se nedan avsnitt 9.2.2.

¹⁸ NJA 1988 s. 363, 1991 s. 808, 1998 s. 792, 2000 s. 629.

redan idag skulle vara erkänt som en allmän sanktion för kontraktsbrott utanför det lagstadgade området.

Bestämmelsen i fastighetsmäklarlagen har ibland uppfattats som en jämningsbestämmelse. Sålunda uttalar föredraganden i NJA 2000 s. 629:

Möjligheten att jämka ersättningen på grund av mäklarens pliktförsummelse utgör alltså ett påtryckningsmedel att mäklaren skall utföra sitt uppdrag omsorgsfullt och i allt förfara i enlighet med god fastighetsmäklarsed. (Jfr SOU 1981:102 s. 144 f. och s. 222.)

Uppfattat på detta sätt är frågan om 23 § fastighetsmäklarlagen över huvud taget kan förstås som en prisavdragsbestämmelse i egentlig mening, då jämkning förvisso utgör en med prisavdraget besläktad sanktion – båda vilar på ett ekvivalenstänkande – men prisavdraget beräknas genom en jämförelse mellan prestationens värde i avtalsenligt och faktiskt skick, medan jämkning avser ett mera renodlat rimlighets- och skälighetsresonemang. Tanken att 23 § fastighetsmäklarlagen skulle utgöra en jämningsbestämmelse motsägs dock dels av att Högsta domstolen i NJA 2000 s. 629 konsekvent talar om nedsättning av fastighetsmäklarens ersättningskrav istället för om jämkning, dels av uttalanden i prop. 1983/84:16 som gäller den likalydande föregångaren till 23 § fastighetsmäklarlagen i 1984 års lag:

Möjligheterna att sätta ned ersättningen bör dock enligt min mening inte vara begränsade till sådana situationer där mäklarens försummelse har föranlett en skada för köparen eller säljaren. Skadestandsregeln bör därför kompletteras med en allmän bestämmelse om prisavdrag oavsett om köparen eller säljaren har tillfogats någon skada.¹⁹

Det som tycks ligga till grund för uttalandet är en ekvivalenstanke av prisavdragskaraktär, det vill säga att uppdragsgivaren inte skall behöva betala det avtalsenliga vederlaget om han inte fått det som han kontraherat om. Är denna tolkning riktig kan 23 § fastighetsmäklarlagen anses som jämningsbestämmelse endast eftersom beräkningen av avdraget till syvende og sist är skönsmässig.

När beräkningen av prisavdraget blir skönsmässig går dock det praktiska stödet som förutom ekvivalenstanken bär upp prisavdraget i allmänhet förlorat: det är inte längre enkelt för borgenären att skaffa sig kompensation för en undermålig prestation, utan skönsmässigheten i avdraget inbjuder till processer. Denna aspekt av prisavdragsreglerna i fastighetsmäklarlagen torde generellt göra sig gällande vid alla prestationer vars marknadsvärde inte lätt kan bedömas, och där alltså beräkningen av prisavdraget med nödvändighet måste ha starka inslag av skönsmässighet: så

¹⁹ Prop. 1983/84:16 s. 25

snart prisavdragets storlek inte lätt kan bedömas från prisavdragets stora likheter med jämkning och med den svåra beräkningen av skadeståndet.²⁰

Vid förpliktelser att visa omsorg torde prisavdraget och skadeståndet bli närmast identiska påföljder för kontraktsbrott. Även vid prisavdrag måste avtalsbrottet bevisas, vilket vid förpliktelser att visa omsorg innebär att *culpa* måste bevisas. Storleken av avdraget framgår inte heller automatiskt, utan parterna måste antingen förlikas eller anlita domstols hjälp för att fastställa den. Den enda skillnaden mellan skadeståndet och prisavdraget i dessa fall tycks vara dels att prisavdraget kan användas när naturaprestationen inte håller överenskomna kvaliteten fast ingen skada i skadeståndsrättslig mening uppkommit, dels att prisavdraget är begränsat till vederlagets belopp. Givet dessa begränsningar kan ifrågasättas huruvida borgenären över huvud taget skulle ha ett skyddsvärt intresse av att göra ett prisavdrag gällande som sanktion mot en förpliktelse att visa omsorg.

Vid resultatförpliktelser är åtminstone det första ledet i bevisningen, det vill säga bevisningen avseende avtalsbrottet, enkelt. Potentialen för tvister avseende avdragets storlek kvarstår dock, vilket innebär att en stor del av den rättstekniska elegans som prisavdraget som påföljd har går förlorad. Detta betyder att prisavdraget som sanktion förlorar i attraktivitet jämfört med en talan om skadestånd: i synnerhet i situationer där ingen skada i skadeståndsrättslig bemärkelse uppstått handlar det i dessa fall endast om att borgenären skall kompenseras för att han inte fått exakt det arbete som han vid tidpunkten för avtalet ansåg skulle behövas för att uppnå resultatet. Den rättspolitiska grunden för ett sådant krav torde kunna ifrågasättas.

Denna form av avdrag – i skadeståndets skepnad – är numera erkänd i engelsk rätt. I *Ruxley Electronics and Construction Ltd. v. Forsyth* [1996] A.C. 344 handlade frågan om en swimmingpool som käranden byggt åt svaranden. I avtalet stadgades att poolen skulle ha ett djup av sju fot och sex tum; svaranden byggde poolen endast till ett djup av sex fot. Käranden stämde svaranden på betalning av vederlaget, och svaranden gjorde kvittningsvis gällande ett yrkande om skadestånd avseende kostnaden för att få poolen till det djup som förutsatts i avtalet. I processen fastställdes att kostnaden för att få swimmingpoolen till avsett djup uppgick till 21 560 £, samt att käranden inte hade sparat något genom att bygga poolen till ett mindre djup; det fanns alltså ingen skillnad mellan poolens ekonomiska värde i avtalsenligt och i faktiskt skick. House of Lords förvägrade svaranden skadestånd för att få poolen till rätt djup, men medgav 2 500 £ som ”loss of amenity”. Denna

²⁰ Beräkningen av skadeståndet enligt teorin om adekvat kausalitet är filosofiskt svårt att få grepp om, och innebär därför praktiskt att det finns starka inslag av skönsmässighet i bedömningen. Jfr Hellner, *Skadeståndsrätt*, kap. 12.

summa fastställdes efter en skälighetsbedömning. Trots att domen är klädd i skadeståndsrättsliga termer – där alltså förlusten avseende nöjet att ha en pool som är sju fot och sex tum djup numera erkänns som en ersättningsgill skada – kan argumenteras att bakom detta resonemang ligger samma överväganden som bakom avdragsmöjligheten i den svenska fastighetsmäklarlagen, nämligen att kunden har rätt att få det som han betalat för, och inget mindre, även om ingen ekonomisk skada uppstått.

Prisavdraget lämpar sig således i princip endast som sanktion för kontraktsbrott när det gäller resultatförpliktelser vars objektiva värde är relativt lätt att fastställa. I andra fall fyller prisavdraget ingen direkt funktion.²¹

Värdet är enklast att fastställa när det finns en marknad för prestationer av samma slag. Detta innebär alltså att prestationen i fråga helst i en eller annan mening bör vara fungibel, och detta torde vara anledningen till att prisavdraget som sanktion har sitt typiska användningsområde vid omsättningen av fungibla varor.²² Även vad gäller arrenden och lägenhetshyra torde det normalt finnas jämförbara objekt med vars ledning priset på en icke-avtalsenlig prestation kan fastställas. När avtalet inte gäller ett objekt som har ett marknadsvärde kan avhjälpandekostnaden tjäna som ledning. Kommer inte ens avhjälpande i fråga kvarstår endast att göra en skönsmässig bedömning. Ramberg skriver om prisavdragsberäkningen i köplagen:

När man bedömer varans ”värde” i felaktigt skick är det i vissa fall naturligt att utgå från vad det skulle kosta att avhjälpa felet. Det är förklarligt att avhjälpningskostnaden i så fall blir identisk med prisavdraget, trots att köparens rätt till ersättning för avhjälpningskostnad enligt 34 § tredje stycket är en påföljd av annat slag än prisavdraget. I praktiken är det emellertid vanligt att man blandar ihop de båda påföljderna och mer eller mindre sätter likhetstecken mellan avhjälpningskostnad och prisavdrag. Det kan emellertid tänkas att avhjälpning överhuvudtaget inte blir aktuell såsom t.ex. vid försäljning av varor som finns i olika kvalitetsgrader. Om köparen i ett sådant fall – i stället för att begära omleverans med en vara som har den riktiga kvalitetsgraden – påfordrar prisavdrag, finns ingen möjlighet att använda någon annan metod än att jämföra priserna för de olika kvalitetsgraderna. I andra fall kan möjligheter saknas att använda en tänkt avhjälpningskostnad eller marknadsvärdena som referenspunkter. I så fall återstår inget annat än att göra en skönsmässig uppskattning av felet och dess värde i relation till det avtalade priset.²³

²¹ Jämför Lena Sisula-Tulokas, *Felpåföljden prisavdrag* [nedan Sisula-Tulokas, *Prisavdrag*], Juristförbundets förlag, Helsingfors 1990, som starkt ifrågasätter prisavdragets lämplighet som påföljd utanför köprätten.

²² Jørgensen, *Afhandlinger*, s. 155

²³ Ramberg, *Köplagen*, s. 421

Mot bakgrund av den ovan förda diskussionen bör skönsmässiga prisavdrag helst undvikas.²⁴ Det som alltså kvarstår är prisavdragsberäkningar med hjälp av avhjälpandekostnaden och marknadsvärdet. Båda beräkningsmetoderna torde förutsätta att avtalet är objekts- i motsats till arbetscentrerat: det torde nära nog vara omöjligt att efter det att ett arbete fullbordats bedöma vilket värde ett dåligt utfört arbete har. Ett exempel kan förtydliga detta: vilket marknadsvärde har det arbete som en slarvig redovisningskonsult lägger ned jämfört med det arbete som en noggrann redovisningskonsult lägger ned på bokföringen? Objekt – i bemärkelsen fysiska föremål – har normalt åtminstone ett försäljningsvärde som låter sig fastställas på ett förhållandevis objektivt sätt; ofta kan de också repareras, vilket leder till att en avhjälpningskostnad kan beräknas.

Sammantaget betyder detta att prisavdraget som sanktion har sitt naturliga tillämpningsområde vid objektscentrerade resultatförpliktelser och är föga meningsfullt vid immateriella förpliktelser att visa omsorg. Däremellan torde lämpligheten av denna sanktion falla respektive öka på en glidande skala: det kvarstår att vid varje kontraktstyp undersöka huruvida prisavdraget utgör en lämplig påföljd.²⁵

7.2.3 Prisavdragets lämplighet för logistikavtal

Logistikavtalet i sin helhet utgör en oupplöslig blandning av resultatförpliktelser och förpliktelser att visa omsorg. Den allmänna administrationen – som nog utgör en omsorgsförpliktelse – skall mynna ut i att gods förflyttas och är framme vid rätt tidpunkt och på rätt plats – typiskt sett en resultatförpliktelse. Samtidigt har logistikavtalet ett starkt inslag av godscentrering, utan att detta inslag dock påverkar alla delar av avtalet: å ena sidan skall gods förflyttas, å andra sidan utgör logistikern i främsta rummet förbindelselänken mellan huvudmannen och transportörer, lagerhållare, tullmyndigheter och andra. I det senare avseendet liknar logistikavtalet långt mer ett allmänt ombudsavtal än ett godscentrerat avtal såsom till exempel köp eller hyra där parternas relation i stor utsträckning definieras genom det objekt som stadigvarande eller för viss tid skiftas mellan dem. Enbart på grundval av en analys av logistikavtalets allmänna struktur kan därför inga slutsatser dras om huruvida prisavdraget utgör en lämplig sanktion inom ramen för denna kontraktstyp.

²⁴ Att de inte kan undvikas inom köprätten har att göra med att prisavdragsbefogenheten där är lagfäst: när man talar om prisavdraget generellt och dess lämplighet för olika kontraktstyper utgör det ett legitimt mål att avskära sådana kontraktstyper där prisavdraget redan i typfall måste göras genom skönsmässiga bedömningar.

²⁵ Se också Sisula-Tulokas, *Prisavdrag*, s. 313

Ett annat sätt att nalkas frågan är därför att analysera vilket utrymme det vid logistikavtal finns för prisavdrag vid sidan av skadeståndet: prisavdragets funktion som ett till beloppet begränsat skadestånd gör den förra sanktionen beroende av den senare i den meningen, att det vid ett strängt skadeståndsansvar inte torde behövas en fristående prisavdrags-sanktion.

Vid logistikavtal har i denna framställning ett kontrollansvar ansetts böra gälla för resultatförpliktelser.²⁶ När logistikern misslyckas med att uppnå ett överenskommet resultat är alltså kunden enligt denna åsikt i regelfallet berättigad till skadestånd; i den mån prestationen är mindre värd än den som enligt avtalet skulle utges kommer detta att täckas av skadeståndet. Prisavdraget täcks alltså av skadeståndet, och skadeståndet är inte beroende av att logistikern gjort sig skyldig till *culpa*. Har ingen ekonomisk skada uppkommit, saknas å andra sidan åtminstone i kommersiella sammanhang och vid långvariga avtalsförhållanden anledning att medge ett prisavdrag som ett ”plåster på såret” när resultatet inte exakt motsvarar förväntningarna.²⁷ Under dessa omständigheter finns ingen anledning till att ge kunden en fristående rätt att minska vederlaget.

Vad avser logistikerns förpliktelser att visa omsorg är prisavdraget över huvud taget tämligen meningslöst: bevisemat för huvudmannen blir detsamma som vid skadestånd, nämligen att *culpa* förelegat, och under sådana förutsättningar finns knappast någon anledning för honom att göra gällande en sanktion som till beloppet är begränsad. Prisavdraget skulle alltså endast fylla en funktion när kunden inte lidit någon ekonomisk skada, men ändå anser att logistikern inte gjort det arbete som kunden hade rätt att förvänta sig av honom.

I dessa fall är det dock som uttalades ovan rättspolitiskt tveksamt huruvida ett prisavdrag skall medges. I ett kommersiellt avtal måste betydande utrymme finnas för en uppdragstagare som är så självständig och betydelsefull som logistikern att själv organisera sitt arbete, förutsatt att han inte åsamkar huvudmannen ekonomiska skador.²⁸ Om huvudmannen skulle upptäcka att logistikern uppfyller sitt uppdrag på ett sätt som innebär att huvudmannen tycker att han betalar för mycket för tjänsten, bör detta lösas i förhandlingar mellan parterna och inte resultera i juridiska sanktioner.²⁹ Dessutom utgör logistikavtalet i den mening som i denna framställning läggs i begreppet ett långvarigt samarbetsavtal, där

²⁶ Se kapitel 6.

²⁷ Man kan här instämma i det lakoniska konstaterandet i 18 kap. 4 § handelsbalken: ”... skylle sig själv, som sig ej bättre föresåg.”

²⁸ Jfr Krüger, *Kontraktsrett*, s. 135

²⁹ I vissa fall kan här en tillämpning av 36 § avtalslagen tänkas, varom mera strax nedan.

logistikern måste ha betydande utrymme för att förändra sin organisation och sitt sätt att arbeta: så länge inga ekonomiska skador uppkommer hos huvudmannen, bör inte logistikern ha prisavdragets damoklessvärd hängande över sig. Huvudmannen köper sig tillgång till logistikerns expertis och arbetstid, inte – åtminstone inte såvida inget annat är stadgat i avtalet – ett visst bestämt sätt att arbeta.

Skadeståndet torde därför räcka som sanktion för brott mot logistikavtal: ett prisavdrag bör inte medges kunden. Sanktionen förefaller inte lämpa sig i logistikrättsliga sammanhang.

I detta sammanhang bör några ord sägas om sjörettens regler om avståndsfrakt: dessa kan, som Krüger påpekat³⁰, ses både som regler om avtalsbrott och prisavdrag och som regler för vederlagsintjäning. Systematiskt bör reglerna nog ses som regler om vederlagsintjäning: sjötransportören har slutlig rätt till frakt först när godset är framme vid destinationsorten³¹, och avståndsfraktsreglerna ger honom en proportionell rätt till frakt när han inte lyckas forsla godset till den i avtalet bestämda platsen³². Det handlar således inte om en frakt som redan är intjänad och som sedan reduceras genom ett prisavdrag, utan det handlar om en gradvis intjäning av frakten. Avståndsfraktsreglerna diskuteras därför senare i samband med hävning och dess inverkan på intjänat vederlag.

7.3 36 § avtalslagen och vederlagsreduktion

Kai Krüger skriver om 36 § avtalslagen och prisavdrag:

Også utenom de lov- og kontraktsregulerte tilfelle kan det bli aktuelt med prisavslag. Hjemmelen vil i tilfelle – foruten prisl. § 18 – kunne være avtl. § 36, som gir anledning til å lempje avtaler: delvis dersom den virker urimelig, noe den vil gjøre dersom bestilleren avkreves en betaling som på grunn av kontraktsstridig prestasjon er blitt for høy. Ikke minst gjelder at vederlagsreduksjon kan komme på tale der yderen ved dålig planlegning og styrning på regningsbasis har opparbeidet seg et tilgodehavende som er blitt urimelig høyt.³³

Det som Krüger avser är alltså inte att priset i sig är för högt, utan att uppdragstagaren varit så klumpig att han lagt ner många fler timmar på uppdragets fullgörande än som enligt avtalet kunde väntas av honom. Detta skulle kunna tänkas innebära att hans vederlagskrav blir oskäligt högt, förutsatt att vederlaget beräknas löpande. Här kan redan på det mera teo-

³⁰ Krüger, *Kontraktsrett*, s. 768

³¹ 13 kap. 10 § sjölagen

³² 13 kap. 15 § sjölagen

³³ Krüger, *Kontraktsrett*, s. 769

retisk-tekniska planet frågan ställas om fakturan – varav det sammanlagda vederlagskravet framgår – utgör en del av avtalet, eller om den inte snarare skall betraktas som ett utflöde av avtalet. Enligt 36 § avtalslagen är det nämligen ett villkor i avtalet som kan jämkas. Om fakturan inte kan anses utgöra en del av avtalet måste därför vid en prövning enligt denna bestämmelse jämkningen avse ersättningen per beräknad tidsenhet eller per arbetsmoment. I så fall kan nämligen slutsumman av vederlagskravet i sin helhet endast bli skälig genom att den underliggande beräkningsenheten justeras. 36 § avtalslagen innehåller inga formella hinder mot ett sådant tillvägagångssätt, men det är tydligt att en jämkning av själva beräkningsenheten för vederlaget står nära en priskontroll.³⁴ Detta torde innebära att stor försiktighet är på sin plats när det gäller att jämkna ett vederlagskrav som beräknas löpande, och att borgenären bör rekommenderas att stödja sin talan på kontraktsbrottspåföljder snarare än på jämkning enligt 36 § avtalslagen.

Även på andra sätt måste en tillämpning av 36 § avtalslagen prövas med försiktighet. Krüger talar om ”kontraktsstridig prestation”: det är oklart vad han avser med detta. Vid resultatförpliktelser skulle kunna avses att resultatet förvisso uppnåtts, men att detta endast lyckats på ett så oskickligt sätt att vederlagskravet blir för högt. Strängt taget kan i dessa fall inte talas om en kontraktsstridig prestation: gäldenären har ju uppnått det han utlovat, men vederlagskravet har blivit för högt, eftersom det debiteras för många nedlagda arbetstimmar. Situationen ligger utanför kärnområdet för kontraktsbrott, och i sådana situationer torde 36 § avtalslagen vara den enda möjlighet att komma till rätta med ett överdrivet vederlagskrav. Det villkor som i så fall skulle vara oskäligt är vederlagsvillkoret, och oskäligheten skulle uppstå i förhållande till antalet debiterade timmar, alltså med andra ord slutsumman av vederlagskravet.

Departementschefen uttalade i propositionen till 36 § avtalslagen:

Även om priset på exempelvis en vara bör kunna jämkas med stöd av generalklausulen, torde det bli relativt sällsynt att jämkning sker på grundval av en renodlad jämförelse mellan pris och prestation. Hänsyn måste alltid tas till omständigheterna i övrigt. Avsikten är inte att generalklausulen skall fungera som ett medel för en allmän priskontroll. Behovet av att tillämpa generalklausulen för jämkning av priset begränsas i viss mån av att en köpare som anser att priset är oskäligt högt ofta har möjlighet att åberopa andra lagbestämmelser för att få rättelse till stånd, t.ex. konsumentköplagens regler om fel eller brist i godset.³⁵

³⁴ Se även strax nedan.

³⁵ Prop. 1975/76:81 s. 138

Utgångspunkten i förevarande sammanhang i detta arbete är att kontraktspåföljder i de avsedda situationerna med stor sannolikhet just inte kan göras gällande. Departementschefens hänvisning till andra sanktioner har därför ingen bäring på diskussionen i denna framställning. Den anvisning i det ovan citerade uttalandet som kan följas är att domstolarna inte bör ägna sig åt allmän priskontroll: det är dock en skillnad mellan att kontrollera gäldenärens eventuella nonchalans i uppfyllelsen av hans åligganden och att allmänt kontrollera prisnivån i samhället. Uttalandet baseras helt uppenbarligen på godscentrerade avtal och tycks inte riktigt passa på tjänstecentrerade avtal. Det kan därför inte uteslutas att 36 § avtalslagen kan komma till användning vid resultatförpliktelser som uppfyllts på ett slarvigt och överdrivet arbetsintensivt sätt. Samtidigt bör departementschefens varning att domstolarna inte bör ägna sig åt priskontroll hållas i minnet. Gäldenären måste ha frihet att organisera sitt arbete som han själv tycker är lämpligast – även om detta skulle innebära att man kan tvista om effektiviteten i hans organisation – men han måste samtidigt hålla sina prestationsansträngningar inom ramen för det skäliga.

Ett visst stöd för denna åsikt kan hämtas från 18 kap. 8 § rättegångsbalken, där den vinnande partens rätt till ersättning för rättegångskostnader är kvalificerad av att ”kostnaden skäligen varit påkallad för tillvaratagande av partens rätt”. Denna bestämmelse gäller förvisso inte förhållandet mellan advokaten och hans klient, och det saknas därför en viss parallellitet mellan rättegångsbalkens bestämmelse och förhållandet allmänt mellan en uppdragstagare och hans huvudman, men det faktum att motparten av rätten befrias från ersättningsskyldighet bör inom ramen för en prövning enligt 36 § avtalslagen av advokatens vederlagskrav kunna ha en viss argumentativ verkan.³⁶ Detta tyder på att oskäligen kostnader för uppfyllandet av en avtalsprestation i allmänhet inte utan vidare kan debiteras huvudmannen.

Vad avser förpliktelser att visa omsorg är det tveksamt huruvida en jämkning av vederlagskravet enligt 36 § avtalslagen kan komma ifråga. Huvudmannens klagomål skulle också vid sådana förpliktelser kunna tänkas bestå i att uppdragstagaren lagt ner för mycket tid på ombesörjandet av huvudmannens angelägenheter. Det är med andra ord inte en ”kontraktsstridig prestation” det handlar om, utan snarare att uppdragstagaren skjutit över målet. Huvudmannens talan skulle alltså gå ut på att uppdragstagaren förvisso skulle visa omsorg, men inte fullt så mycket som han gjort. En sådan talan förefaller svår att vinna framgång med:

³⁶ Jfr Holger Wiklund, *God advokatsed*, P.A. Norstedt & Söners Förlag, Stockholm 1973, s. 349 ff.

huvudmannen kan knappast påstå att det är oskäligt att han skall behöva betala en övernitisk uppdragstagare enligt överenskommen taxa.

Det kan emellertid också tänkas att huvudmannen påstår att uppdragstagaren lappat och lagat, att han först brustit i sin omsorg och sedan, genom att lägga ner extra arbete, lyckats rädda prestationens kvalitet, så att ingen skada – annat än ett överdrivet högt vederlagskrav – uppkommit för huvudmannen. Här torde dock föreligga ett kontraktsbrott: den ursprungliga bristen på omsorg har sedan förvisso avhjälpits, men det ändrar inte det faktum att ett kontraktsbrott förekommit. Med andra ord föreligger förutsättningarna för skadestånd.³⁷

För diskussionen om jämkning innebär detta följande. I den omtalade situationen stöds huvudmannens argumentation avseende oskäligheten i uppdragstagarens vederlagskrav på att uppdragstagaren under uppfyllandet av sina förpliktelser brustit i omsorg och sedan behövt lägga ned arbete på att mildra effekterna av detta kontraktsbrott. Om gäldenären lyckas med denna räddningsaktion är huvudmannen vid en talan med stöd av 36 § avtalslagen hänvisad till den jämkning som domstolen anser är skälig: han måste alltså finna sig i att framgångsutsikterna för hans talan är osäkra. För han i stället en skadeståndstalan griper relativt fasta regler om bevisning in, och resultatet av processen blir därför mera säkert. Vilken väg huvudmannen vill gå är till syvende og sist hans sak och beror förmodligen till stor del på hur han bedömer bevisläget avseende ett eventuellt skadeståndskrav. Om han väljer att grunda sin talan på 36 § avtalslagen innebär detta således i praktiken att han kringgår bevissvårigheter avseende den ekonomiska skadan. I vissa fall kan detta säkert vara berättigat, men domstolarna bör iakttä försiktighet när det gäller att öppna denna väg förbi bevisreglerna.

Det kan således tänkas att en borgenär genom att åberopa 36 § avtalslagen kan åstadkomma effekter som liknar ett prisavdrag. Tröskeln är dock hög: det främsta problemet för borgenären består i att han i realiteten måste föra en bevisning som i mångt och mycket liknar bevisningen avseende *culpa*. Han måste visa att gäldenären inte varit så effektiv som borgenären enligt avtalet kunde förvänta sig, och att denna brist på effektivitet lett till ett vederlagskrav som blivit oskäligt högt.

³⁷ Här kommer principen om *perpetuatio obligationis* till användning; se – med avseende på principens tillämpning i fall av dröjsmål – Rodhe, *Obligationsrätt*, s. 545 ff.

7.4 Sammanfattning

Prisavdrag bör inte komma ifråga vid logistikavtal – skadeståndet måste anses utgöra en lämplig och fullt tillräcklig sanktion för kontraktsbrott. Vad gäller en tillämpning av 36 § avtalslagen är en sådan förvisso tänkbar, men det kan knappast rekommenderas borgenären att stödja sin talan på denna regel. Avseende denna möjlighet gäller att kontrakts-påföljderna normalt torde vara fullt tillräckliga.

8 Hävning

8.1 Inledning

Som avtal i allmänhet bör också ett logistikavtal kunna hävas.¹ Med begreppet *hävning* avses i denna framställning en påföljd för kontraktsbrott som innebär att avtalet upphör att gälla. Detta kan också uttryckas så att skyldigheten att prestera *in natura* upphör.² Långvariga samarbetsavtal kan ofta också bringas till upphörande utan att kontraktsbrott förekommit: avseende detta fall används begreppet *uppsägning*.³ Terminologiskt ligger alltså skillnaden mellan hävning och uppsägning i rättsfaktum: medan hävning förutsätter kontraktsbrott, innebär uppsägning att en i den dispositiva rätten eller i avtalet stadgad rättighet utnyttjas.⁴

Hävning är en ingripande påföljd i det att avtalet upphör, det vill säga inte avvecklas som det var tänkt. Därigenom går parterna miste om den fördel som avtalet var tänkt att innebära för dem. För hävning krävs därför i allmänhet att kontraktsbrottet varit väsentligt⁵; vissa författare och enstaka lagrum kräver också att den kontraktsbrytande parten skall ha haft insikt om att hans kontraktsbrott skulle vara väsentligt för motparten⁶. Frågan i den följande framställningen är därför dels vad väsentlighetskravet närmare beskrivet kan tänkas innebära, dels huruvida krav kan ställas på att gäldenären skall ha haft insikt om sitt kontraktsbrotts väsentlighet.

När ett avtal hävs kan detta ske med avseende på två tidpunkter: dels kan avtalet hävas med retroaktiv verkan – *ex tunc* – och alltså behandlas som om det aldrig existerat. Dels kan avtalet hävas med verkan endast för framtiden – *ex nunc* – vilket innebär att avtalets avveckling fram till häv-

¹ Jfr Taxell, *Rättskydd*, s. 205

² Hellner, *Kontraktsrätt* 2, s. 169; Rodhe, *Obligationsrätt*, s. 417

³ Denna terminologi förespråkas också av Jacob Sundberg, *Om ansvaret för fel i lejt gods* [nedan Sundberg, *Lejt gods*], P.A. Norstedt & Söners förlag, Stockholm 1966, s. 84 f.; se även Taxell, *Rättskydd*, s. 235

⁴ Se dock Olsen, *Borgenärens val*, s. 493 som behandlar uppsägning som ett remedium i en kontraktsbrottsituation.

⁵ Nedan 8.2.1

⁶ Nedan 8.2.2

ningstidpunkten består och endast skyldigheten att prestera i framtiden bortfaller. Frågan är vilket av dessa alternativ som bör gälla för logistikavtalet.

Detta arbete närmar sig logistikavtalet från kontraktsbrottspåföljdernas sida. Uppsägning hör därför inte till det område som omfattas, och skall därför inte heller behandlas närmare i denna framställning.

8.2 Hävningsförutsättningarna

8.2.1 Väsentlighet

8.2.1.1 Svensk rätt

Det kan inte råda någon tvekan om att svensk rätt kräver att kontraktsbrottet skall vara väsentligt för att hävning skall kunna komma ifråga: detta krav framgår av ett flertal centrala förmögenhetsrättsliga lagar⁷ och har också ställts i rättspraxis⁸ och i litteraturen.⁹ Frågan är dock vad som skall anses utgöra ett väsentligt kontraktsbrott. Även om denna fråga åtminstone i viss mån endast kan besvaras *in casu*, måste det i rättssäkerhetens namn finnas riktlinjer för hur bedömningen skall gå till.

Traditionellt har man i svensk rätt utgått från att bedömningen skall vara borgenärsvänlig.¹⁰ Denna inställning utsattes dock för en hel del kritik i litteraturen¹¹, och numera förespråkas att bedömningen bör ske mera allsidigt: vid väsentlighetsbedömningen skall hänsyn tas även till gäldenären, i vart fall i de situationer då inte lagtexten ger anvisning om motsatsen.¹² Faktorer som skall vägas in till gäldenärens fördel har till exempel föreslagits böra vara den nackdel som gäldenären lider av att avtalet hävs – gäldenären skall skyddas mot en oproportionerligt stor ekonomisk förlust¹³ – och värdet ur social och samhällsekonomisk syn-

⁷ Till exempel i 25 § 1 st. köplagen, 26 § handelsagenturlagen, 51 § 2 st. kommissionslagen och 13 kap. 11 § 2 st. sjölagen

⁸ Se de nedan under 8.2.1.6 behandlade rättsfallen.

⁹ Se till exempel Hagström, *Obligationsrätt*, s. 410; Selvig, *Freight Risk*, s. 147; Rodhe, *Obligationsrätt*, s. 429; Taxell, *Rättsskydd*, s. 211 ff.; Olsen, *Borgenärens val*, s. 497

¹⁰ Bertil Bengtsson, *Hävningsrätt och uppsägningsrätt vid kontraktsbrott* [nedan Bengtsson, *Hävningsrätt*], P.A. Norstedt & Söners förlag, Stockholm 1967, s. 106

¹¹ Bengtsson, *Hävningsrätt* s. 107 ff. med hänvisningar

¹² Hagström, *Obligationsrätt*, s. 417; märk dock att enligt i prop. 1988/89:76 s. 104 avseende väsentlighetsprövningen inom ramen för 25 § köplagen uttalas att ”[b]edömningen av dröjsmålets väsentlighet skall alltså ske ur köparens synpunkt”. Gäldenärssidans perspektiv beaktas inom ramen för prövningen av insiktsrekvisitet i samma paragraf. Om insiktsrekvisitets självständighet inom den allmänna kontraktsrätten se nedan 8.2.2.

¹³ Lars Erik Taxell, *Avtalsbrott och påföljd*, i Festskrift till Håkan Nial, Stockholm 1966, s. 499

punkt att avtalet har bestånd.¹⁴ Därmed är dock inte nödvändigtvis mycket vunnet: en allsidig bedömning blir lätt rättsosäker – vilket också har påpekats av Bengtsson¹⁵ – och en avvägning måste således göras mellan rättssäkerheten och rättsskydd i den bemärkelsen att både gäldenären och borgenären har ett berättigat anspråk på att vara trygg i sin ställning som avtalspart.¹⁶

Eftersom hävning är en kontraktsbrottspåföljd och alltså ett rättsskyddsmedel borgenären använder för att försvara sig mot ett kontraktsbrott från gäldenärens sida, torde det inte finnas någon annan lämplig utgångspunkt för bedömningen än borgenärens intresse av rättsskydd.¹⁷ Med denna utgångspunkt blir väsentlighetsbedömningen i första hand borgenärsvänlig: det är hans intresse av rättsskydd som står i centrum, och endast om hävning skulle träda gäldenärens rättsskyddsintresse för när bör denna påföljd uteslutas.

Ytterligare en synpunkt som bör framhåvas vid väsentlighetsbedömningen är att samhället som sådant har ett intresse av att avtal avvecklas på det sätt som parterna ursprungligen avsett, eller åtminstone att avtalsstörningar inte skall tillåtas få alltför stora effekter. Omsättningen av förmögenhetstillgångar sker genom avtal, och en kapitalistisk marknadsekonomi är därför ytterst beroende av att avtal fungerar: i samhällsekonomin intresse bör därför avtal tillåtas bestå även när de brutits. Detta talar till synes för ståndpunkten att aldrig låta någon part komma ifrån sina förpliktelser. När man dock accepterar att gäldenären under vissa omständigheter kan vara befriad från sina skyldigheter på grund av *force majeure* eller mera allmänt omständigheter utanför hans kontroll¹⁸, bör man rimligen också acceptera att borgenären på grund av ett avtalsbrott kan ha ett berättigat och skyddsvärt intresse av att kunna dra sig ur ett avtal och kontrahera med någon annan motpart istället.

Sammanfattningsvis betyder detta att hävning bör kunna komma ifråga när gäldenärens intresse av att avtalet består inte väger tyngre än borgenärens intresse att häva det. Med en sådan utgångspunkt torde även det samhällsekonomiska intresset ha säkerställts, i det att viktigare skäl *in casu* talar för en rätt för borgenären att häva avtalet än för gäldenärens intresse hålla fast vid det.

Frågan måste då ställas om det finns vissa typsituationer i vilka borgenärens intresse väger tyngre än gäldenärens. I den svenska litteraturen

¹⁴ Bengtsson, *Hävningsrätt* s. 228

¹⁵ Bengtsson, *Hävningsrätt*, s. 212 ff.

¹⁶ Dikotomin mellan rättssäkerhet och rättsskydd är hämtad från Taxell, *Rättsskydd*, s. 11 ff.

¹⁷ Jfr Ramberg, *Köplagen*, s. 327

¹⁸ Se kapitel 6.

har Bengtsson givit uttryck för åsikten att väsentlighet torde förutsätta att borgenären inte kan kompenseras för avtalsbrottet på andra sätt än genom att avtalet hävs.¹⁹ Hellner vänder sig emot alla försök att ange generella riktlinjer för väsentlighetsbedömningen²⁰ och Rodhe hänvisar endast till det som i handel ochandel anses vara väsentligt²¹. I övrig nordisk doktrin finns röster som åtminstone kräver att frågan efter andra påföljders lämplighet vägs in i en helhetsvärdering avseende väsentligheten.²² En central synpunkt vid väsentlighetsbedömningen förefaller alltså vara att andra påföljder än hävning – som exempelvis skadestånd – inte adekvat kan kompensera borgenären för den skada kontraktetsbrottet åsamkat honom.

Den helhetsvärdering som talas om handlar i övrigt mycket om att även gäldenärens anspråk på att skyddas mot oproportionerliga förluster skall vägas in i bedömningen.²³ Detta resonemang kan dock ifrågasättas: det är *per definitionem* gäldenären som har brutit avtalet och som således kan sägas själv ha åsamkat sig de förluster som hävning skulle innebära för honom. Dessutom innebär ett uteslutande av hävning i fall då gäldenären anses kunna lida oproportionerliga förluster att borgenären åsamkas en förlust som normalt inte går att utjämna genom skadestånd eller någon annan påföljd. Detta gäller i vart fall om väsentlighet skall anses förutsätta att andra sanktioner inte utgör en adekvat påföljd för kontraktetsbrottet. De rättviseeöverväganden som helhetsvärderingen i denna form tycks vila på synes alltså vara ensidiga: istället för att endast ta hänsyn till borgenärens intresse tas ensidig hänsyn till gäldenärens intresse. Det kan frågas vad som vunnits genom att på detta sätt byta den ena ensidigheten i bedömningen mot en annan.

Det som återstår tycks vara att ett väsentligt kontraktetsbrott i princip endast bör anses föreligga om borgenären inte lämpligen kan kompenseras genom andra kontraktetsbrottspåföljder än hävning. Dessa andra påföljder består antingen i att felet avhjälpas eller naturaprestation på annat sätt levereras – om än för sent och förutsatt att borgenären fortfarande kan anses ha ett intresse av fullgörelse *in natura*²⁴ – eller i att gäldenären

¹⁹ Bengtsson, *Hävningsrätt* ss. 162, 167 och 169

²⁰ Hellner, *Kontraktetsrätt* 2, s. 174.

²¹ Rodhe, *Obligationsrätt*, s. 431

²² Gomard, *Obligationsret*, s. 90; Hagström, *Obligationsrett*, s. 420

²³ Bengtsson, *Hävningsrätt*, s. 173 f.; Hagström, *Obligationsrett*, s. 417; Gomard, *Obligationsret*, s. 87 f.; Taxell, *Rättsskydd*, s. 222

²⁴ Ett exempel på en situation i vilka borgenären inte längre kan anses vara intresserad av fullgörelse *in natura* kan vara leverans av säsongvaror som levereras efter det att säsongen tagit slut.

utger finansiell ersättning i form av skadestånd eller vederlagsminskning. Det är alltså normalt endast när borgenären förlorat sitt intresse av fullgörelse *in natura* och när dessutom finansiell ersättning inte adekvat skyddar borgenären mot kontraktsbrottets följder – här kan som exempel nämnas goodwillförluster eller situationer där den ekonomiska skadan inte ens kan uppskattas i någon rimlig mån – som hävning bör komma i beaktande.

En särskild subkategori av detta fall torde bestå i de fall där förtroendet mellan parterna rubbats i sådan mån att det inte längre kan krävas av borgenären att han skall behöva stå fast vid avtalet. Föreligger ett sådant fall kan några andra sanktioner än att avtalet upphör att gälla inte längre anses vara adekvata. Den övergripande tanken om att hävning skall vara den sista utvägen ur ett stort avtalsförhållande avser alltså enligt detta resonemang två i och för sig beslättrade situationer, nämligen dels fall där kompensation inte kan ske på annat sätt än genom hävning, dels fall där det grundläggande förtroendet mellan parterna rubbats i betydlig mån.

Med ledning av dessa allmänna överväganden kan man därför säga att väsentlighet i svensk rätt torde föreligga när avtalsbrottet inte lämpligen kan kompenseras genom andra påföljder än hävning av avtalet, varvid en viktig grupp utgörs av de fall då avtalsbrottet lett till en sådan rubbing av förtroendet mellan parterna att det inte kan begäras av borgenären att han skall behöva fortsätta med avtalsförhållandet. Denna tröskel är mycket hög. Det saknas normalt anledning att skydda gäldenären i än större utsträckning: när han åsamkar borgenären skador som inte kan kompenseras genom andra kontraktsbrottspåföljder än hävning bör inte rättsordningen längre skydda honom på borgenärens bekostnad.²⁵ Uttryckt på ett annat sätt kan detta formuleras så att ett väsentligt kontraktsbrott som ger rätt till hävning bör anses föreligga när andra kontraktsbrottspåföljder inte adekvat skyddar borgenären.

Denna teori bör få ytterligare stöd. Detta skall ske dels genom en utblick mot de engelska, tyska och franska rättsordningarna och deras regler avseende hävning av avtal. I den mån även främmande rättsregler innebär att hävningsfrågan skall avgöras med ledning av de överväganden som framgår av den ovan framförda teorin, kan denna anses vila på

²⁵ Här kan tänkas att rättsekonomiska argument anförs för att gäldenären ändå skall kunna hålla borgenären till avtalet: gäldenärens ekonomiska överlevnad kan kanske antas vara av sådan samhällsekonomisk betydelse att den går före borgenärens anspråk på rättsskydd. Om gäldenären emellertid är beroende av ett enda avtal för sin ekonomiska överlevnad, kan frågan ställas vilken betydelse han har för samhällsekonomin. Sociala skyddsaspekter torde inte ha någon sådan relevans på det kommersiella området att de väger tyngre än borgenärens anspråk på rättsskydd i de här avsedda situationerna.

grunder som överskrider den svenska rättens begränsningar. Dels skall svensk rättspraxis undersökas, varvid ledstjärnan utgörs av frågan huruvida teorins bedömningskriterier redan idag används av domstolarna. I detta avseende handlar det alltså om att vinna stöd för teorin såsom en förklaringsmodell för den gällande rätten.

8.2.1.2 Engelsk rätt

Den engelska rätten delar traditionellt in kontraktuella villkor i *conditions* och *warranties*.²⁶ Begreppens innebörd skiftar i det juridiska språkbruket²⁷, men åtminstone en betydelse består i att *conditions* är sådana villkor som ger upphov till en omedelbar rätt för motparten att häva avtalet när de bryts – oavsett hur litet och obetydligt avtalsbrottet må vara –, medan *warranties* är villkor som aldrig kan leda till hävning av avtalet, utan endast ger rätt till skadestånd om de bryts.²⁸

Sedan mitten av 60-talet räknar man dock även med en tredje kategori, såkallade *intermediate* eller *innominate terms*, där hävningsrätten är beroende av kontraktsbrottets allvar.²⁹ Det finns således tre olika kategorier av kontraktsvillkor som medför olika regler avseende hävning. En första fråga är därför hur det fastställs vilken typ av kategori ett visst villkor tillhör. Därvid handlar det i praktiken endast om att fastställa huruvida ett villkor skall anses utgöra en *condition*: typiskt sett handlar de relevanta rättsfallen om att en part häver avtalet under påståendet om att en *condition* i avtalet har brutits³⁰, medan den kontraktsbrytande parten gör gällande att villkoret inte alls är att anse som en *condition*, utan normalt som en *innominate term*, och att kontraktsbrottet inte heller på annat sätt var så allvarligt att det kan anses ge upphov till en hävningsrätt för den oskyldige parten.

Det är helt oomtvistat att ett villkor kan ha klassificerats som en *condition* genom lagstiftning, prejudikat eller genom parternas explicita eller

²⁶ Lord Upjohn i *Hong Kong Fir Shipping Co. Ltd. v. Kawasaki Kisen Kaisha Ltd.* [1962] 2 Q.B. 26

²⁷ Lord Reid i *L. Schuler A.G. v. Wickman Machine Tool Sales Ltd.* [1974] A.C. 235

²⁸ Lord Scarman i *Bunge Corporation New York v. Tradax Export S.A. Panama* [1981] W.L.R. 711

²⁹ Denna kategori (åter-)upptäcktes av Lord Diplock i *Hongkong Fir Shipping Co. Ltd. v. Kawasaki Kisen Kaisha Ltd.* [1962] 2 Q.B. 26

³⁰ I många fall tycks anledningen till att avtalet hävs vara att marknaden förändrats och den hävande parten försöker att bli av med obekväma avtalsförpliktelser: eftersom ett brott mot en *condition* för med sig ett ovillkorlig rätt till hävning, och eftersom den engelska rätten normalt inte frågar efter en parts bevekelsegrunder för att åberopa kontraktuella rättigheter (McKendrick, *Contract Law*, s. 969), är *conditions* den snabbaste vägen ut ur ett avtalsförhållande.

implicita överenskommelse i avtalet.³¹ I fall då lagstiftningen eller prejudikat förklarar ett visst villkor vara en *condition* är fallet oproblematiskt: problem uppstår framför allt när parterna – vilket torde vara regeln – inte explicit angivit vilken kategori av klausuler ett visst villkor skall anses tillhöra och villkoret inte heller har klassificerats i andra rättskällor. Även när parterna använt sig av ordet *condition*, men det finns anledning att anta att betydelsen av ordet är en annan än att varje brott mot villkoret skall ge upphov till en rätt att häva avtalet, uppstår dock tolkningsproblem.

Oavsett om parterna klassificerat det relevanta villkoret eller ej handlar det i praktiken om att domstolen noga tolkar villkoret med avseende på hela avtalet.³² Avseende kvalifikationen av ett villkor som *condition* gäller att

[...] a court should not be over ready, unless required by statute or authority so to do, to construe a term in a contract as a "condition" [...] In principle, contracts are made to be performed and not to be avoided according to the whims of market fluctuation, and where there is a free choice between two possible constructions I think the court should tend to prefer that construction which will ensure performance, and not encourage avoidance of contractual obligations.³³

Denna skepsis inför *conditions* går så långt att även villkor som i avtalet explicit angivits vara *conditions* betraktas i ljuset av avtalet i övrigt: om ett erkännande av villkoret som *condition* skulle leda till uppenbart absurda resultat kommer domstolen att finna vägar att undvika denna slutsats.

Ett exempel på detta är *L. Schuler A.G. v. Wickman Machine Tool Sales Ltd.* [1974] A.C. 235, där det handlade om ett exklusivt distributionsavtal mellan en tysk maskintillverkare (Schuler) och ett engelskt distributionsföretag (Wickman). I avtalet hade angivits som en *condition* att Wickmans representanter skulle besöka sex namngivna företag åtminstone en gång i veckan för att marknadsföra Schulers produkter. Avtalet hade en initial löptid på fem år, med automatiska förlängningar på ett år om det inte sades upp med 12 månaders varsel. Wickman var slarvigt i uppfyllandet av besöksvillkoret, och ett icke obetydligt antal besök ägde aldrig rum. Schuler hävde därför avtalet på grund av brott mot den nämnda *condition*. House of Lords fann dels att avtalet hade en uppsägningsklausul som inte nämnde den påstådda

³¹ Denna åsikt delas till och med av systemets kritiker, jfr Roger Brownsword, *Retrieving Reasons, Retrieving Rationality? A New Look at the Right to Withdraw for Breach of Contract* [nedan Brownsword, *Rationality*], (1992) 5 Journal of Contract Law 83

³² McKendrick, *Contract Law*, s. 966; jfr också Atiyah, *Introduction*, s. 175; Michael Furmston, *Cheshire, Fifoot and Furmston's Law of Contract*, 14:e upplagan, Butterworths LexisNexis, London 2001, s. 170

³³ Roskill L.J. i *Cehave NY v. Bremer Handelsgesellschaft mbH [The Hansa Nord]*, [1976] Q.B. 44

condition, och att detta talade emot att parterna verkligen menade att villkoret skulle ha den påstådda egenskapen, dels att det sammanlagt handlade om runt 1 400 besök som skulle göras: skulle villkoret verkligen ha varit menat som en *condition*, skulle ett enda underlåtet besök ha räckt för att säga upp ett långvarigt samarbetsavtal. Detta resultat ansågs som absurt, och besöksvillkoret ansågs – trots sin ordalydelse – därför endast vara ett exempel på ett materiellt villkor vars brott medförde rätt till uppsägning med trettio dagars varsel, men inte till omedelbar hävning.

Detta och några andra rättsfall på området har lett till att det kan vara svårt att formulera ett kontraktsvillkor på ett sådant sätt att det säkert kommer att anses vara en *condition*.³⁴ Det finns dock vissa riktlinjer för när en *condition* trots allt skall anses föreligga: i ledande rättsfall betonas vikten av kommersiell rättssäkerhet, i synnerhet då parterna är något så när jämstarka.³⁵ En annan omständighet som ofta framhåvs som talande för att ett villkor skall anses som *condition* är att avtalet utgör en del av en avtalskedja, alltså av sammanlänkande avtal av spekulativ karaktär, typiskt sett avseende bulkvaror, där strikt uppfyllelse av avtalet är kommersiellt mycket viktigt. *Conditions* har således fortfarande sin plats i den engelska kontraktsrätten, men deras tillämpningsområde tycks stegvis begränsas till internationella handelsavtal.³⁶

Om ett villkor inte är en *condition*, uppkommer normalt frågan om gäldenärens delvisa eller totala icke-uppfyllelse handlar om ett brott mot en *innominate term* av sådan svårighetsgrad att en hävning är befogad. Ett villkor kommer normalt anses utgöra en *innominate term* om

it is capable of being broken either in a manner that is trivial and capable of remedy by an award of damages or in a way that is so fundamental as to undermine the whole contract.³⁷

³⁴ Se till exempel *Rice (t/a Garden Guardian) v. Great Yarmouth Borough Council*, The Times, 26 July 2000, Court of Appeal, och McKendricks kritiska kommentarer i McKendrick, *Contract Law*, s. 984 f.

³⁵ Se som exempel Lord Wilberforces tal i *Bunge Corporation New York v. Tradax Export S.A. Panama* [1981] W.L.R. 711; även Atiyah, *Introduction*, s. 177

³⁶ Här skall dock uppmärksammas att domstolarna, när det inte finns utrymme för tolkning, kommer att acceptera även *conditions* som verkar vara oförnuftiga eller strida mot kommersiellt sunt förnuft. Detta uttrycktes av Lord Morris of Borth-y-Gest på följande sätt: "Subject to any legal requirements business men are free to make what contracts they choose but unless the terms of their agreements are clear a court will not be disposed to accept that they have agreed something utterly fantastic. If it is clear what they have agreed a court will not be influenced by any suggestion that they would have been wiser to have made a different agreement." *L. Schuler A.G. v. Wickman Machine Tool Sales Ltd.* [1974] A.C. 235.

³⁷ *Chitty on Contracts. Volume 1: General Principles*, 29:e upplagan, Sweet&Maxwell, London 2004, s. 724

Detta uttalande parafraserar Diplocks L.J. dictum i *Hongkong Fir Shipping Co. Ltd. v. Kawasaki Kisen Kaisha Ltd.* [1962] 2 Q.B. 26, där han angav dels vilka villkor som är att anse som *innominate terms*, dels hur dessa i hävningshänseende skall bedömas:

Of such undertakings all that can be predicated is that some breaches will and others will not give rise to an event which will deprive the party not in default of substantially the whole benefit which it was intended that he should obtain from the contract; and the legal consequences of a breach of such an undertaking, unless provided for expressly in the contract, depend upon the nature of the event to which the breach gives rise and do not follow automatically from a prior classification of the undertaking as a "condition" or a "warranty".³⁸

Av detta uttalande framgår att *innominate terms* utmärker sig genom att de kan brytas på olika sätt³⁹, och att hävning därför endast kommer ifråga om avtalsbrottets konsekvenser är mycket allvarliga. Upjohn L.J. skiljde i *Hongkong Fir* mellan två kategorier av avtalsbrott:

In my judgment the remedies open to the innocent party for breach of a stipulation which is not a condition strictly so called, depend entirely upon the nature of the breach and its foreseeable consequences. Breaches of stipulations fall, naturally, into two classes. First there is the case where the owner by his conduct indicates that he considers himself no longer bound to perform his part of the contract; in that case, of course, the charterer may accept the repudiation and treat the contract as at an end. The second class of case is, of course, the more usual one and that is where, due to misfortune such as the perils of the sea, engine failures, incompetence of the crew and so on, the owner is unable to perform a particular stipulation so precisely in accordance with the terms of the contract try he never so hard to remedy it. In that case the question to be answered is, does the breach of the stipulation go so much to the root of the contract that it makes further commercial performance of the contract impossible, or in other words, is the whole contract frustrated?

Kontraktsbrottet skall alltså med andra ord antingen visa en sådan likgiltighet inför avtalsförpliktelseerna från den kontraktsbrytande partens sida

³⁸ Uttalandet att en *condition* måste vara uttryckligen överenskommen har senare rättats till. Det räcker att parterna implicit kommit överens om att villkoret skall vara en *condition*: se Lord Wilberforce i *Bunge Corporation New York v. Tradax Export S.A. Panama* [1981] W.L.R. 711

³⁹ I fallet handlade det om ett fartygs sjövärdighet, som tekniskt sett kan brista redan när det inte finns en förstahjälpenlåda ombord. Om ett sjövärdighetsvillkor vore att anse som en *condition*, skulle avtalet i detta fall kunna hävas på samma sätt som om fartyget hade ett stort hål under vattenlinjen.

att det inte finns någon mening i att fortsätta med avtalets avveckling, eller också ha sådana allvarliga konsekvenser att avtalets fortsatta genomförande blir helt meningslöst för motparten. Detta är en ganska hög tröskel. Även om den engelska rätten i ett komparativt perspektiv kan anses vara mera beredd än andra rättsordningar att acceptera hävning som en kontraktuell påföljd⁴⁰ visar således engelska domstolar inte någon större entusiasm för att avtal hävs.⁴¹ Faktorer som har identifierats som tungt vägande skäl för att en rätt till hävning skall anses föreligga är (1) att den hävande parten kommer att förnekas användningen av denna påföljd om han genom hävningen skulle göra en obehörig vinst, (2) att hävning är utesluten när skadestånd måste anses skydda den kontraktsbrottslidande parten i tillräcklig mån, (3) att hävning kommer att bli mera sannolik ju större den del av avtalsprestationen är som inte utgivits på rätt sätt, (4) att det föreligger en berättigad oro huruvida den kontraktsbrytande parten är villig och förmögen att prestera i framtiden, och (5) att hävning inte kommer att tillåtas när det kan misstänkas att den hävande parten har andra motiv än kontraktsbrottet för hävningen (såsom till exempel att marknadspriserna fallit och han kan få varan billigare på annat håll). Även andra faktorer kan dock tänkas spela roll.⁴²

I den engelska debatten finns också författare som argumenterar för att hävningspåföljdens tillämpningsområde skall inskränkas ytterligare⁴³; de argument som framförs är ofta principen att avtal skall hållas⁴⁴ samt att det kan vara uppenbart orättvist att häva ett avtal även för ett lindrigt kontraktsbrott⁴⁵. Kritiken tycks emellertid ännu inte ha fått genomslag i praxis.

Vad gäller *innominate terms* tycks alltså den engelska kontraktsrätten hålla sig med ett angreppssätt som liknar den svenska väsentlighetsprincipen: den viktiga skillnaden jämfört med svensk rätt ligger i den engelska rättens beredskap att i rättssäkerhetens namn acceptera stränga och rätt mekaniska hävningsklausuler i form av *conditions*. De viktigaste grun-

⁴⁰ McKendrick, *Contract Law*, s. 988; Zweigert, *Comparative Law*, s. 508

⁴¹ Treitel, *Contract*, s. 800

⁴² Treitel, *Contract*, s. 770 ff. Här förefaller i punkten (5) finnas en motsägelse till McKendricks tidigare omnämnda uttalande (jfr fotnot 30) om att den engelska rätten normalt inte frågar efter parternas bevekelsegrunder för sitt agerande. Skillnaden behöver dock inte vara reell: de av Treitel anförda exemplen synes mest utgöra säkerhetsventiler mot att den kontraktsbrottslidande parten utnyttjar kontraktsbrottet i otillbörligt syfte. Detta förtar inte huvudregeln att parts bevekelsegrunder för att åberopa ett kontraktsbrott normalt är irrelevanta för bedömningen av hans kontraktuella rättigheter.

⁴³ Brownsword, *Rationality*

⁴⁴ Roskill L.J. i *Cehave NY v. Bremer Handelsgesellschaft mbH [The Hansa Nord]*, [1976] Q.B. 44

⁴⁵ Brownsword, *Rationality*, s. 101 f.

derna för hävning vid brott mot *innominate terms* är att gäldenärens vilja eller förmåga att prestera i framtiden kan ifrågasättas, eller att borgenären inte lämpligen kan kompenseras genom skadestånd.⁴⁶

8.2.1.3 Tysk rätt

De fina distinktioner som tysk rätt tidigare gjorde avseende när ett avtalsförhållande kunde upphävas⁴⁷ har sedan obligationsrättsreformen i stor utsträckning försvunnit. Numera gäller allmänt att en part kan förklara *Rücktritt* från avtalet.⁴⁸ Rätten till *Rücktritt* är reglerad i § 323 ff. BGB.

Tysk rätt innehåller, i motsats till såväl svensk rätt allmänt som engelsk rätt vad avser dess *innominate terms*, inget generellt krav på att avtalsbrottet skall vara väsentligt för att hävning skall kunna komma ifråga. Istället stipuleras avseende normalfallet i § 323, 1 st. BGB att borgenären genom att sätta en *Nachfrist* har rätt till hävning om tilläggsfristen löpt ut utan att gäldenären presterat i enlighet med avtalet. I vissa fall kan tilläggsfristen dock undvaras, nämligen när gäldenären slutligen vägrar att prestera, när borgenären i avtalet gjort avtalets bestånd beroende av rätttidig uppfyllelse samt när ”besondere Umstände vorliegen, die unter Abwägung der beiderseitigen Interessen den sofortigen Rücktritt rechtfertigen”, § 323, 2 st. BGB. Inom ramen för den sistnämnda bestämmelsen finns utrymme för ett väsentlighetsresonemang liknande det i svensk och engelsk rätt.

Huvudfallet för användningen av § 323, 2 st. 3 mom. BGB är att borgenären förlorar intresset av gäldenärens prestation.⁴⁹ Detta fall kallas för *Interessefortfall*. Det krävs att *Interessefortfall* förorsakats av kontraktsbrottet: ett försämrat marknadsläge före kontraktsbrottet räcker till exempel inte för att borgenären skall ha rätt att häva utan att sätta ut en tilläggsfrist. Tröskeln för att ett *Interessefortfall* på borgenärens sida skall anses föreligga är hög: enligt rättspraxis till regleringens föregångare i § 326 BGB

⁴⁶ *Hongkong Fir Shipping Co. Ltd. v. Kawasaki Kisen Kaisha Ltd.* [1962] 2 Q.B. 26

⁴⁷ Se avseende den tidigare gällande tyska rätten Dieter Medicus, *Schuldrecht I. Allgemeiner Teil*, 12:e upplagan, C.H. Beck, München 2000, s. 250 ff.

⁴⁸ Här bortses från instituten *Kündigung* och *Widerruf*: det förstnämnda motsvarar i allt väsentligt uppsägningen i den svenska rätten, och är dessutom inte fullständigt reglerat i obligationsrättens allmänna del. Det sistnämnda motsvarar närmast återkallande av anbud enligt 7 § avtalslagen och har alltså inte heller med de här behandlade kontraktsbrottsituationerna att göra. Jfr generellt till avslutande av avtalsförhållanden i tysk rätt Medicus, *Allgemeiner Teil*, s. 252 ff.

⁴⁹ Münchner Kommentar, *Bürgerliches Gesetzbuch. Schuldrecht. Allgemeiner Teil* (Wolfgang Ernst) [nedan Münchner Kommentar], 4:e upplagan, C.H. Beck, München 2003, s. 1985 ff.

i dess lydelse före reformen krävdes att borgenären på grund av kontraktsbrottet över huvud taget inte längre kan uppnå det syfte som han hade med avtalet.⁵⁰ Genom att § 323 BGB formulerats som en general-klausul kan det även tänkas att andra fall än *Interessefortfall* kan beaktas när det gäller frågan huruvida en hävningsrätt utan utsättande av en *Nachfrist* föreligger. Vilka dessa fall skulle kunna vara, förefaller dock för närvarande ännu oklart.⁵¹

I litteraturen görs vissa antydningar om vad som utgör ett *Interessefortfall* som berättigar till hävning: borgenärens intresse av avtalsobjektet som sådant måste ha fallit bort.⁵² Detta innebär att det krävs mer än att borgenären lidit skada; det måste antas att andra kontraktspåföljder inte kan kompensera det *Interessefortfall* som den försenade eller felaktiga prestationen från gäldenärens sida lett till. Omvänt bör detta kunna formuleras så att om borgenärens intresse kan tillgodoses genom andra påföljder än hävning, har han inte rätt till hävning.

Enligt tysk rätt föreligger alltså hävningsrätt när en av borgenären utsatt *Nachfrist* löpt ut utan att gäldenären har varit kapabel att prestera i enlighet med avtalet.⁵³ När det gäller väsentlighetsbedömningen enligt § 323, 2 st. 3 mom. BGB tycks den tyska rätten innebära att *Interessefortfall* föreligger när borgenärens intresse av avtalsuppfyllelse inte kan tillgodoses på annat sätt än genom hävning.

8.2.1.4 Fransk rätt

Hävningsrätten enligt allmän fransk kontraktsrätt⁵⁴, eller kanske snarare upphävande av kontraktet på grund av kontraktsbrott (*résolution pour inexécution*), är reglerad i art. 1184 Code civil. Enligt artikeln upphävs kontraktet inte automatiskt när ett kontraktsbrott skett (art. 1184, 2 st. Code civil), utan det är endast genom en förklaring av domstol som kontraktet kan upphävas (3 st.). Detta anses vara ett utflöde av den franska rättens princip att ingen får skipa rättvisa själv.⁵⁵

⁵⁰ Münchner Kommentar, s. 1986 f.

⁵¹ Se Münchner Kommentar, s. 1988, där exemplen förefaller vara väl kasuistiska.

⁵² J. von Staudinger *et. al.*, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, §§ 315–327, Sellier – de Gruyter, Berlin 2001, s. 331

⁵³ Man skulle kunna argumentera att även *Nachfrist*-förfarandet utgör en form av väsentlighet i det att borgenären visar att han vill häva om inte avtalet uppfylls riktigt. Man har dock lämnat den fria väsentlighetsbedömningens område när man kommer in på denna av borgenären stipulerade väsentlighet, och situationerna är därför inte helt jämförbara. Snarare kan § 323, 1 st. och 2 st. 2 mom. BGB jämföras med den engelska läran om *conditions*.

⁵⁴ Speciella regler finns för vissa kontraktstyper, jfr Bénabent, *Les obligations*, s. 182

⁵⁵ Bénabent, *Les obligations*, s. 182 ("Il y a là une nouvelle application de l'idée qu'on ne peut se faire justice à soi-même.")

Artikeln ger genom sin ordalydelse intryck av att det endast är när gäldenären inte fullgjort sina skyldigheter alls (*ne satisfèra point à son engagement*) som avtalet kan hävas. Detta är dock inte riktigt. Det ligger i domarens skön att avgöra huruvida avtalet, under hänsynstagande till alla omständigheter, bör kunna hävas.⁵⁶ Normalt kommer han att medge hävning vid total underlåtenhet från gäldenärens sida att fullgöra sina plikter, och det utan att sätta ut ytterligare villkor såsom en tilläggsfrist för fullgörelse.⁵⁷ När det gäller delvis underlåtenhet att fullgöra – och hit räknas även felaktig fullgörelse – har domaren större utrymme att bedöma avtalsbrottet, och avtalet kommer att hävas endast om avtalsbrottet är tillräckligt graverande för att rättfärdiga hävning.⁵⁸ Vad som är tillräckligt graverande beskrivs så att domstolen kommer att medge hävning när det kan antas att sökanden inte skulle ha ingått avtalet om han hade vetat om den förändring av avtalsbalansen som avtalsbrottet innebär. Med andra ord medges hävning om den förpliktelse som sedermera inte fullgjordes var anledningen (*cause*) till att käranden ville ingå avtalet.⁵⁹

Vad som skall förstås med detta är inte fullt klart. I vart fall skall gäldenärens onda tro (*mauvaise foi*) inte spela någon roll.⁶⁰ Om avtalsbalansen kan återställas i tillräcklig mån genom att skadestånd utdöms istället, skall hävning vägras.⁶¹ Detta förefaller innebära att borgenären, när avtalsbrottet lämpligen kan sanktioneras med någon annan påföljd, måste nöja sig med denna: en av idéerna bakom att överlåta avgörandet huruvida avtalet kan hävas till en domstol är just att i största möjliga mån undvika de olägenheter som ett upphävande *ex tunc* (art. 1183 Code civil) för med sig.⁶²

Det hittills sagda kan sammanfattas så att enligt fransk rätt borgenären får häva endast när antingen gäldenären inte presterat alls, eller någon annan påföljd än hävning inte utgör en rimlig sanktion för avtalsbrottet. Till detta bör dock läggas att det finns tre undantag från regeln att parterna behöver domstols hjälp för att häva ett avtal. Dessa undantag avser följande situationer: (1) parterna får häva avtalet själva om detta överenskommit i avtalet, dock att kontrollen av sådana kontraktsvillkor är relativt sträng⁶³, (2) lagen stadgar i vissa fall att avtalet kan hävas utan domstols

⁵⁶ Terré, *Les obligations*, s. 593 med ytterligare hänvisningar; Tisserand, *Code civil*, s. 1026 f.; Carbonnier, *Les obligations*, s. 341

⁵⁷ Bénabent, *Les obligations*, s. 183; Terré, *Les obligations*, s. 593

⁵⁸ Bénabent, *Les obligations*, s. 183; Tisserand, *Code civil*, s. 1027

⁵⁹ Terré, *Les obligations*, s. 593 med ytterligare hänvisningar

⁶⁰ Terré, *Les obligations*, s. 593

⁶¹ Tisserand, *Code civil*, s. 1027

⁶² Terré, *Les obligations*, s. 592

⁶³ Terré, *Les obligations*, s. 603 f.; Tisserand, *Code civil*, s. 1028; Carbonnier, *Les obligations*, s. 343; jfr den engelska rättens regler om *conditions*.

hjälp⁶⁴, och (3) en part kan häva avtalet utan att behöva gå till domstol när ett förtroendeförhållande rubbats i grunden genom en särskilt grav pliktförsummelse från gäldenärens sida⁶⁵, eller när ett fasthållande vid avtalet till dess domstolen avgjort hävningsfrågan skulle orsaka den fördelade parten irreparabel skada⁶⁶. I samtliga dessa fall kan gäldenären i efterhand begära domstolens prövning av huruvida hävningen varit berättigad. Hävningsfrågan är således aldrig undandragen domstols prövning, även om dess roll i undantagsfallen kanske inte riktigt motsvarar det som den historiske lagstiftaren tänkt sig.⁶⁷

För väsentlighetsfrågan är bara normalfallet intressant: enligt fransk praxis medges hävning i princip endast när gäldenärens prestation uteblivit helt, eller när avtalsbrottet inte lämpligen kan sanktioneras genom någon annan påföljd än hävning.

8.2.1.5 Resultatet av de komparativa utblickarna

Genom alla de rättsordningar som undersökts ovan går en röd tråd: alla medger hävning när andra påföljder inte räcker till för att adekvat sanktionera avtalsbrottet. I den engelska och franska rätten faller rätten till hävning bort när skadestånd kan anses utgöra en lämplig påföljd. Enligt tysk rätt måste borgenären, för att hävning skall få ske, ha förlorat allt intresse av att avtalet fullgörs, vilket torde innebära att andra kontraktsbrottpåföljder än hävning inte anses vara adekvata som sanktion. I samtliga dessa fall kan man säga att kontraktsbrottet uppnår den grad av väsentlighet som enligt den här företrädde åsikten även enligt svensk rätt krävs för att hävning skall vara tillåten. Den komparativa analysen pekar alltså på att teorin vilar på grunder som inte endast gör sig gällande i den svenska rätten. Med detta resultat som grund skall nu svensk rättspraxis undersökas.

8.2.1.6 Tillbaka till den svenska rätten – ett förarbetsuttalande och någon rättspraxis

I förarbetena till köplagen diskuteras väsentlighetsrekvisitet bland annat i samband med hävningsbestämmelsen i 39 § köplagen. Departementschefen uttalade avseende väsentlighetsrekvisitets innebörd:

⁶⁴ Bénabent, *Les obligations*, s. 182

⁶⁵ Terré, *Les obligations*, s. 595; Tisserand, *Code civil*, s. 1027

⁶⁶ Terré, *Les obligations*, s. 595 f.; Bénabent, *Les obligations*, s. 182

⁶⁷ Terré, *Les obligations*, s. 596

Förutsättningarna för rätten till hävning skall prövas vid en helhetsbedömning av avtalsbrottets betydelse för köparen med beaktande av möjligheten att rätta felet eller kompensera köparen för det genom övriga påföljder. [...] Att köparens krav på avhjälpande eller omleverans inte har efterkommit inom skälig tid, eller att en sådan påföljd inte kommer i fråga, är däremot omständigheter som talar för det motsatta förhållandet [nämligen att köparen skall kunna häva avtalet, *min anm.*] Om en vara som är behäftad med fel dessutom har avlämnats för sent, finns det anledning att vid bedömningen av hävningsförutsättningarna ta hänsyn till den sammanlagda betydelsen av avtalsbrotten.⁶⁸

Det är tydligt att departementschefen avsåg att möjligheten att kompensera köparen – och alltså på det mera allmänna planet borgenären – genom andra kontraktsbrottpåföljder än hävning skall väga tungt vid bedömningen av hans möjligheter att häva. Uttalandet om den sammanvägda betydelsen av fel och dröjsmål går i samma riktning som den ovan föreslagna grunden att förtroendet mellan parterna skall vara förstört: har säljaren inte bara avlämnat för sent, utan dessutom avlämnat en felaktig vara, måste hans förmåga att över huvud taget kunna prestera starkt ifrågasättas.

I svensk rättspraxis diskuteras inte på ett mera detaljerat sätt vari väsentlighetsrekvisitet skall anses bestå. Vid en genomgång av den ganska sparsamma rättspraxis om hävning som finns blir det emellertid tydligt att hävning normalt accepteras endast i situationer där någon annan påföljd inte rimligen kan komma i fråga. Dessa situationer kan delas in i två mindre grupper, nämligen dels fall där avtalsbrottet är av sådan art att det kan ifrågasättas vad som skulle kunna åstadkommas genom att hänvisa borgenären endast till andra påföljder, dels fall där det förtroende som vid vissa avtalstyper – särskilt långvariga avtal – måste finnas mellan parterna är rubbat till den grad att det inte ter sig meningsfullt att fortsätta avtalsförhållandet.

Innan exempel ur rättspraxis diskuteras måste påpekas att den följande analysen utgör ett försök att se ett mönster som kan förklara varför domsluten fick ett visst utfall. Normalt anger domstolen endast vari kontraktsbrottet består och konstaterar att ”vid sådana omständigheter” hävning måste anses berättigad. Det är således en tolkning av rättspraxis som sker, och denna avser underliggande principer som inte explicit nämns i domskälen. Som alla sådana tolkningar är även denna i viss mån osäker. Den princip som i denna framställning påstås utgöra grunden för väsentlighetsbedömningen kan dock förklara utfallet av de hävningsfall som förekommer i praxis. Principen bör därför kunna tjäna till att dels göra

⁶⁸ Prop. 1988/89:76 s. 134 f.

praxis mera förståelig, dels ange riktlinjer för hur väsentlighetsbedömningen lämpligen bör ske. Den följande genomgången av rättspraxis gör för övrigt inte anspråk på att vara fullständig, men exempel ur praxis som skulle motsäga teorin har inte kunnat hittas.

Ett rättsfall som illustrerar att ett hävningsgrundande kontraktsbrott föreligger när borgenären inte kan kompenseras genom andra påföljder utgörs av NJA 1989 s. 156.

Käranden hade köpt en hundvalp av svaranden. Någon tid efter köpet visade sig att valpen led av dubbelsidig höftledsdysplasi och behövde avlivas. Käranden yrkade att köpet skulle förklaras vara hävt samt krävde skadestånd. Högsta domstolen yttrade i hävningsfrågan: "[Valpen] avlämnades till [käranden] den 8 november 1984. Av utredningen framgår att hunden redan kort tid därefter företedde symptom på rörelsestörningar och att den, såsom ovan redovisats, vid veterinärundersökning 7 månader efter födseln befanns ha utvecklat höftledsdysplasi i dess allvarligaste form, varför det blev nödvändigt att då avliva hunden." Högsta domstolen fastställde att hävningen varit berättigad.

När en hund på grund av ett medfött fel i skelettet måste avlivas står köparen utan det han köpt: varken prisavdrag eller någon annan påföljd utgör en lämplig sanktion när den sålda hunden inte anses böra leva längre än några månader. Det fanns därför ingen annan lämplig sanktion, och käranden medgavs hävning.

Ett annat fall i denna kategori utgörs av NJA 1937 A 413, där en kommittent lämnat varor till kommissionären som inte kunde avsättas och dessutom lämnat dessa varor för sent. Hävningen av kommissionsavtalet ansågs befogad. Varor som inte kan avsättas innebär att kommissionären omöjligt kan fullgöra sitt uppdrag och dessutom att han riskerar att förstöra sitt kommersiella rykte. Ingen annan påföljd än hävning kan tänkas vara lämplig för denna form av kontraktsbrott.

Ett fall där hävning vägrades är NJA 1939 s. 183. Käranden hade av svaranden köpt en fastighet samt ett hus som var under uppförande på den. Slutbesiktning ägde inte rum den 15 augusti 1936 – vilket hade överenskommits i avtalet – utan först den 8 februari 1937, och då framkom några fel i byggnaden, som dock uppenbarligen inte gjorde det omöjligt att använda byggnaden. Vid en tolkning av fallet verkar det som avgjort hävningsfrågan ha varit just att det inte förekommit sådana mycket allvarliga fel, och att dröjsmålet inte var av sådan beskaffenhet att gäldenären rimligen kunde avkrävas att ta tillbaka fastigheten. Domstolen kom till denna slutsats trots att gäldenären ansågs ha "utfäst" en byggnad av förstklassigt skick. Borgenären tillerkändes endast skadestånd. Även om den i detta arbete föreslagna principen – att hävning endast bör

komma ifråga när kontraktsbrottet inte rimligen kan kompenseras av andra påföljder än hävning – därför är mycket uttunnad i detta fall, talar det åtminstone inte emot principen.⁶⁹

Den andra undergruppen kan illustreras med NJA 1938 s. 524.

En entreprenör hade i maskopi med en anställd hos vägstyrelsen debiterat och utfått betydligt för höga arvoden för vissa avtal med myndigheten. Vägstyrelsen hävde därför ett annat avtal med entreprenören om snöplogning. Entreprenören stämde vägstyrelsen och yrkade skadestånd för otillåten hävning. Högsta domstolen fann att "[m]ed hänsyn till vad [käranden] sålunda låtit komma sig till last måste vägstyrelsen anses hava haft giltig anledning att på sett som skett häva kontrakten."

I detta fall är det alldeles tydligt att endast det rubbade förtroendet mellan parterna låg till grund för hävningen, eftersom vägstyrelsen inte ens påstod att entreprenören gjort sig skyldig till något kontraktsbrott avseende avtalets centrala delar. Den grundval som avtalet vilade på hade förstörts.

Ett fall där förtroendet inte rubbats i sådan mån att hävning ansågs berättigad är NJA 1999 s. 71.

Käranden (en sjukvårsentreprenör) hade slutit ett entreprenadavtal med svaranden (ett landsting) avseende ambulanstjänster. I avtalet stadgades dels att entreprenören skulle kunna tillhandahålla god vård, dels att avtalet fick sägas upp till omedelbart upphörande (alltså med andra ord hävas) om någon av parterna gjorde sig skyldig till ett väsentligt kontraktsbrott. Käranden hade vid två tillfällen bytt ambulanspersonal under pågående uppdrag, och svaranden ville därför häva avtalet. Högsta domstolen fann att ambulanspersonalen även i andra fall än dessa hade rätt att avgöra viktiga frågor, och att dess bedömning att ett personalbyte under de relevanta uppdragen inte skulle innebära någon fara för patienten därför inte kunde anses utgöra ett väsentligt åsidosättande av entreprenörens åtaganden. Hävning medgavs inte.

Rättsfallet innebär att svaranden inte hade fog för sitt påstående att överlåtelsen till ambulanspersonalen av befogenheten att fatta beslut om personalbyte hade förstört förtroendet mellan parterna. Svaranden accepterade liknande beslutsbefogenheter för personalen även i andra

⁶⁹ Ytterliga fall inom denna kategori utgörs av NJA 1997 s. 5 [en bostadsrättsförening hade, för att mildra förlusterna efter fastighetskrisen, tillåtit att ett stort antal bostäder hyrdes ut, vilket inte ansågs utgöra ett väsentligt kontraktsbrott], NJA 1924 s. 134 [ytterligare ett fall då kommittenten lämnat odugliga varor i försäljningskommission] och NJA 1913 A 164 [en villabyggnad under uppförande blev inte klar i rätt tid, och köparen stod således utan den bostad han hade köpt ännu månader efter det att bygget skulle ha blivit klart]

sammanhang. Han hade inte lyckats förklara varför ytterligare ett område där ambulanspersonalen fattade viktiga beslut utan läkares överinseende skulle rubba förtroendet för kåranden.⁷⁰

De fall som förekommer i rättspraxis utgör alltså stöd för meningen att väsentlighetskravet skall anses vara uppfyllt när inga andra sanktioner än hävning står till buds, varav ett särskilt fall utgörs av att förtroendet mellan parterna rubbats i sådan grad att ett fortsatt samarbete inte rimligen kan krävas av borgenären. En sådan väsentlighetsbedömning är naturligtvis också den i betydande mån osäker. Det kan inte alltid lätt förutsägas huruvida domstolarna kommer att anse andra påföljder som otillräckliga eller förtroendet som rubbat. Icke desto mindre torde en sådan princip dock vara klarare än den annars ofta förespråkade helhets-synen, och den torde dessutom i viss mån kunna förtydligas redan genom överväganden avseende avtalets allmänna natur. Det stöd som principen har i rättspraxis ger den således åtminstone visst stöd i gällande rätt.

8.2.1.7 Väsentlighetsbegreppet i svensk rätt

De rättsordningar som undersökts i det föregående tycks, vad gäller hävning, alla vila på den underliggande principen att hävning skall vara en sista utväg ur ett stort avtalsförhållande. Med denna utgångspunkt – kompletterad med synpunkten att det bör vara borgenärens perspektiv som ligger till grund för bedömningen – blir det tämligen självklart att hävning bör komma i fråga i princip endast när andra avtalssanktioner inte kan anses adekvat skydda borgenärens rätt. Det bör anses vara detta som i svensk rätt omskrivs med begreppet *väsentlighet*, och på denna punkt förefaller den svenska rätten därför befinna sig i samma fåra som de viktigaste europeiska rättsordningarna. Fördelen med ett sådant synsätt är att det åtminstone blir något klarare vad som menas med ”väsentligt kontraktsbrott”. En part som överväger att häva ett avtal har därmed ledning för bedömningen av frågan huruvida en hävning – ifall den angrips av den avtalsbrytande parten – kommer att godkännas av domstolarna. Det bör tilläggas att bedömningen – självfallet, och såsom nämnts i ett tidigare avsnitt⁷¹ – härvid är objektiv i den meningen att det är domsto-

⁷⁰ Ytterligare fall inom denna kategori är NJA 1960 A 16 där Högsta domstolen uttalade att det som skett inte innebär att den hävande parten ”ägde att utgå från att [svaranden] i fortsättningen icke skulle komma att fullgöra sina åtaganden” [entreprenadarbete hade försenats], NJA 1917 s. 58 [en entreprenör inställde arbetet under en lockout som byggherren inte hade att göra med] och NJA 1904 s. 180 [en entreprenör inställde arbetet eftersom han inte kunde få tag på material, och satte inte heller igång med arbetet igen efter flera påminnelser]

⁷¹ Se avsnitt 4.3

lens sak att avgöra huruvida förtroendet mellan parterna är till den grad förstört att borgenären inte skall behöva hålla fast vid avtalet, eller huruvida kontraktsbrottet lämpligen kan kompenseras genom andra påföljder än hävning.

Det skulle kunna hävdas att denna omskrivning av väsentlighetskravet är lika otydlig som den helhetsbedömning som normalt förespråkas i nordisk rätt. De helhetsbedömningar som föreslagits utmärker sig dock alltför ofta genom att de inte anger exakt vilka faktorer som skall vägas in i bedömningen – ”hänsyn till gäldenären” kan knappast betecknas som ett tydligt bedömningskriterium. Det synsätt som förespråkas i detta arbete begränsar väsentlighetsbedömningen till en övergripande faktor som kan delas in i två mindre kriterier. Därmed torde större stadga i bedömningarna kunna vinnas. Teorin medför därför en vinst i form av större klarhet om vad väsentlighet enligt svensk rätt egentligen innebär.

8.2.2 Insikt

Några författare hävdar att det utöver väsentlighetskravet för kontraktsrätten generellt gäller ett insiktsrekvisit för att hävning skall kunna tillåtas, det vill säga att den kontraktsbrytande parten skall ha haft insikt om att hans kontraktsbrott skulle vara väsentligt för motparten.⁷² Andra författare gör synbarheten till ett rekvisit i väsentlighetsbedömningen.⁷³ Grunden för ett sådant generellt krav vid alla kontraktstyper är dock rätt oklar.

Vid vissa avtalstyper stadgar lagstiftningen om ett insiktsrekvisit, och där kan tänkas att den allmänna grunden för insiktsrekvisitet anges i förarbetena. Ett exempel på sådan lagstiftning utgörs av 39 § köplagen som stadgar att köparen får häva avtalet på grund av fel i varan om felet är väsentligt ”och säljaren insåg eller borde ha insett detta”. Insiktsrekvisitets rättspolitiska motivering diskuteras inte i förarbetena: departementschefen nöjer sig med att hänvisa till parallelliteten mellan 39 § och 34 § köplagen.⁷⁴ Inte heller vid diskussionen av den senare paragrafen förs emellertid någon teleologisk diskussion om insiktskravets rättspolitiska grundval. Även i allmänmotiveringen förbigås frågan om grundvalen för det uppställda insiktsrekvisitet. Medan insikt utan tvekan ingår som rekvisit i köplagens hävningsbestämmelse, kan dock detta rekvisit

⁷² Se Hagström, *Obligationsrett*, s. 416 f.; Bengtsson, *Hävningsrätt*, s. 209; Olsen, *Borgenärens val*, s. 497

⁷³ Till exempel Gomard, *Obligationsret*, s. 89; Taxell, *Rättsskydd*, s. 216; även implicit – genom att hänvisa till den allmänna uppfattningen i handel ochandel – Rodhe, *Obligationsrätt*, s. 431

⁷⁴ Prop. 1988/89:76 s. 134

utan rättspolitisk motivering inte utan vidare generaliseras till att gälla alla kontraktstyper.

Bengtsson hänvisar vid sin diskussion av insiktsrekvisitet till att gäldenären kan mildra konsekvenserna av sitt kontraktsbrott om han vet att det kommer att vara väsentligt för motparten, och att en på insikt baserad begränsning av hävningsrätten kan anses vara ”lämplig[...] också ur samhällets synvinkel”.⁷⁵ Varför så skulle vara fallet diskuteras dock inte närmare. Axiomet i Bengtssons argumentation tycks vara att det gäller att ”inskränka borgenärens rätt att åberopa mera särpräglade förhållanden, vilka öka hans intresse av riktig fullgörelse.”⁷⁶ I bakgrunden tycks finnas en önskan om att begränsa hävningspåföljdens användning i så stor utsträckning som möjligt, av hänsyn både till gäldenären och ett vagt beskrivet samhällsintresse.⁷⁷ Därutöver motiveras den föreslagna begränsningen endast av sociala hänsyn, som dock inte gör sig gällande vid alla typer av avtal, i synnerhet inte vid kommersiella avtal mellan stora och sofistikerade aktörer. Bengtsson påpekar själv att både väsentlighets- och insiktsrekvisitet har sin grund i förutsättningsläran⁷⁸; hävningsrättens koppling till förutsättningsläran har dock kritiserats på ett så grundläggande sätt i litteraturen att den inte längre torde kunna åberopas.⁷⁹ Det förefaller mindre lämpligt att på grund av oklara samhällsekonomiska resonemang eller en lära som i sammanhanget inte längre är aktuell acceptera ett insiktsrekvisit. De av Bengtsson anförda skälen för ett sådant rekvisit måste alltså anses vara svaga.

I ett annat sammanhang – avseende synbarhetskravet som förutsättning för hävning i art. 25 CISG – anför Michael Will följande skäl för ett insiktsrekvisit:

The unforeseeability test in the final conditional clause of the article constitutes a further innovation of the Convention. There have always been opponents to such an additional filter for fear that it would only encourage a breaching party to claim ignorance and thus tie the hands of the other. How could the injured party possibly prove the contrary? Yet the majority never disputed the principle that in abnormal situations the interests of both parties should be balanced on grounds of equity. Would not a reason-

⁷⁵ Bengtsson, *Hävningsrätt*, s. 213

⁷⁶ Bengtsson, *Hävningsrätt*, s. 212 f.

⁷⁷ Se ovan 8.2.1.1 avseende det generella resonemanget avseende hävningspåföljdens rättspolitiska grunder och begränsningar.

⁷⁸ Bengtsson, *Hävningsrätt*, s. 111

⁷⁹ Rodhe, *Obligationsrätt*, s. 430 f. med ytterligare hänvisningar; även Bengtsson, *Hävningsrätt*, s. 110 ff. där många olika författareshänvisningar till förutsättningslärans koppling till hävningsrätten diskuteras.

able merchant who anticipated that ill performance on his side may have serious consequences on the side of his business partner, abstain from contracting in the first place or else take extraordinary precautions?⁸⁰

Det torde vara allmänt accepterat att parternas intressen måste balanseras. Argumentet att den part som kan förutse att ett kontraktsbrott från hans sida skulle vålla motparten stora förluster skulle avstå från att kontrahera är dock föga övertygande. Även det andra argumentet som Will framför – nämligen att den som vet att ett kontraktsbrott kan vålla motparten svårigheter skulle vidta utomordentliga försiktighetsåtgärder – tycks kräva empiriskt stöd för att kunna accepteras. Wills argument måste därför också de betecknas som svaga.

De motiveringar som Bengtsson och Will anför som stöd för ett generellt insiktsrekvisit verkar således inte räcka: redan väsentlighetsrekvisitet skyddar gäldenären från att i triviala fall av kontraktsbrott få en giltig hävningsförklaring riktad mot sig. Insiktsrekvisitet motiveras inte med ytterligare argument, utan också när det gäller insiktsrekvisitet används samma argumentationslinje som stöder väsentlighetsrekvisitet. Med tanke på att den ena parten gjort sig skyldig till ett kontraktsbrott som den andra parten får lida de ekonomiska och ideella konsekvenserna av förefaller argumenten inte vara starka nog för att bära upp två rekvisit som inskränker den förfördelade partens rätt att häva avtalet. Argumentationen skulle bli starkare om det fanns något generellt stöd i lagstiftningen för att synbarhetsrekvisitet skall anses utgöra en allmän hävningsförutsättning.

Enligt Jan Hellner finns dock ”knappast något stöd för att uppställa en konsekvent princip om synbarhet som förutsättning för hävning vid kontraktsbrott.”⁸¹ Det finns förvisso några lagrum som ställer upp ett sådant krav. Köplagen stadgar, liksom CISG, om ett insiktsrekvisit i 25 § 1 st., 39 § 1 st. och 55 § 1 st. köplagen – dock inte i 54 § 1 st. som handlar om köparens dröjsmål med betalningen. Frånvaron av ett insiktsrekvisit avseende dröjsmål med betalning motiveras med att säljarens förmögenhetsställning inte skall ha någon avgörande betydelse för hans rätt att häva avtalet.⁸² Ett insiktsrekvisit gäller också enligt handelsagenturlagen, vars 26 § stadgar att en uppsägning av agenturavtalet med omedelbar verkan på grund av motpartens avtalsbrott (alltså hävning enligt den här använda terminologin) förutsätter insikt hos den kontraktsbrytande parten om avtalsbrottets väsentlighet.

⁸⁰ Michael Will i Bonell, *Commentary*, s. 215

⁸¹ Hellner, *Kontraktsrätt 2*, s. 175

⁸² Prop. 1988/89:76 s. 164

Annan svensk lagstiftning kräver dock inte genomgående insikt om avtalsbrottets väsentlighet hos gäldenären. Enligt 51 § 2 st. och 52 § 2 st. kommissionslagen förlorar den som gjort sig skyldig till ett väsentligt kontraktsbrott sin rätt till ersättning även om motparten bringar kommissionsavtalet till upphörande utan att iaktta den normalt stadgade uppsägningsstiden. Det stadgas inget om att den kontraktsbrytande parten måste ha haft insikt om att avtalsbrottet var väsentligt för motparten. Inte heller enligt sjölagen gäller ett insiktsrekvisit: inom området för styckegodstransport får enligt 13 kap. 11 § 2 st. sjölagen transportören frånträda avtalet om godset inte avlämnas i rätt tid och detta utgör ett väsentligt avtalsbrott. Avsändaren får häva enligt 13 kap. 14 § sjölagen om transportören gör sig skyldig till ett väsentligt avtalsbrott. Ingenstans nämns något om insikt hos motparten. Detsamma gäller för 14 kap. 29, 48 § 2 st. och 50 § 1 st. sjölagen.

Det kan anmärkas att både köplagen och handelsagenturlagen i betydande utsträckning grundas på internationell lagstiftning: köplagen vilar på CISG⁸³ och handelsagenturlagen på rådets direktiv om samordning av medlemsstaternas lagstiftning rörande handelsagenter (86/653/EEC)⁸⁴. Det kan därför ifrågasättas i vilken utsträckning dessa lagar lämpar sig som utgångspunkt för generella analogier avseende den svenska förmögenhetsrätten. Men även om köplagen och handelsagenturlagen skulle anses kunna utgöra stöd för generella svenska rättsprinciper, måste konstateras att rättsläget inte är entydigt: kommissionslagen och sjölagen ställer inte upp något insiktsrekvisit. Rättspraxis kräver generellt inte heller insikt⁸⁵, lika lite som de främmande rättsordningarna som undersökts ovan.⁸⁶ Vid diskussionen om hävningspåföljdens generella utformning måste därför hänsyn tas till mera renodlat rättspolitiska argument.

Varken Bengtssons eller Wills rättspolitiska argumentation förmår utan vidare att övertyga. Vad gäller Bengtssons argument att hävningspåföljdens användning bör inskränkas så långt som möjligt kan förvisso medges att det finns ett principiellt intresse av att avtal genomförs och

⁸³ Prop. 1988/89:76 s. 24

⁸⁴ Utskottsbetänkande 1990/91:LU25

⁸⁵ I inget av de i detta kapitel undersökta rättsfallen ställdes något krav på insikt hos den kontraktsbrytande partens sida om kontraktsbrottets väsentliga betydelse för motparten.

⁸⁶ Upjohn L.J. talade i *Hongkong Fir Shipping Co. Ltd. v. Kawasaki Kisen Kaisha Ltd.* [1962] 2 Q.B. 26 förvisso om att hävningsrätten "depend[s] entirely upon the nature of the breach and its *foreseeable* consequences" [*min kursivering*], men förutsebarheten diskuteras inte i några andra domar och tycks således inte ha gjorts till ett självständigt rekvisit för hävning på grund av brott mot *innominate terms*. För tysk rätt jämför J. von Staudinger *et. al.*, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, §§ 315 – 327, Sellier – de Gruyter, Berlin 2001, s. 333

inte hävs för varje litet avtalsbrott; även hänsyn till gäldenären talar i samma riktning.⁸⁷ Därifrån är det dock ett rätt långt steg till att kräva att gäldenären skall ha haft insikt om att avtalsbrottet skulle vara väsentligt för borgenären: av ett sådant rekvisit skulle följa att en gäldenär – som utan att böra veta vilka konsekvenser hans handlande har tillintetgör borgenärens hela vinst på avtalet och som eventuellt åsamkar motparten svårersättliga skador utöver de direkta ekonomiska skadorna – skulle vara fri att hålla fast vid avtalet.⁸⁸ Trots den viktiga synpunkten att hävning av ett avtal kan drabba gäldenären långt hårdare än avtalsbrottet drabbat borgenären bör ändå inte tappas ur siktet att det är gäldenären som gjort sig skyldig till avtalsbrott: det bör i princip kunna krävas att en gäldenär fullgör sina åtaganden med största noggrannhet. Detta utgör också ett motargument mot den av Wills anförda tankegången: grunden för denna tycks vara att gäldenären skall vinnlägga sig extra om att uppfylla de åtaganden som han vet är av väsentlig betydelse för borgenären, men får vara lite slarvig med andra åtaganden, eftersom dessa presumeras kunna säkras genom eventuella skadestånds- eller prisavdragsbefogenheter. Om emellertid väsentlighetsrekvisitet, liksom förespråkas i detta arbete, anses innebära att borgenären inte rimligen kan krävas vara tillfreds med andra tänkbara kontraktspåföljder än hävning faller Wills argument. När ett sålunda beskrivet väsentlighetsrekvisit är uppfyllt förefaller det märkligt att av hänsyn till den kontraktsbrytande gäldenären ytterligare inskränka hävningspåföljdens tillämpningsområde.

I de flesta fall torde vidare dessutom åtminstone en viss typ av insikt hos gäldenären redan krävas när det gäller att på rätt sätt tolka eller fylla ut avtalet, det vill säga som led i prövningen av huruvida kontraktsbrott föreligger. Ett exempel kan förtydliga detta. Antag att en konferensarrangör har en mottagning på fredag kl. 14.00. För dekorationen av lokalen med blommor har han anlitat den lokala blomsterhandlaren. Kommer blommorna för sent, kommer detta att vara väsentligt för konferensarrangören: vad skall han med blommor till när evenemanget är slut och helgen står inför dörren? I detta hypotetiska fall kan insiktsrekvisitet spela roll såtillvida att gäldenären kanske kan föra i bevis att han inte visste hur viktigt det var för arrangören att blommorna skulle anlända i tid.

⁸⁷ Jämför här Hagström, *Obligationsrett*, s. 410; på liknande sätt redan Sven Bramsjö, *Om avtals återgång. En studie över innehållet i återgångspåföljden*, Ak. avh., Skånska centraltryckeriet, Lund 1950, s. 52

⁸⁸ Jfr Arnholm, *Obligationsrett*, s. 270 ff. som vid ett flertal tillfällen betonar att borgenärens perspektiv inte får glömmas bort i hävningssammanhang, även i fall då gäldenären kan träffas hårt av att bli av med avtalet.

Frågan om blomsterhandlarens insikt kommer i detta fall att behöva hanteras redan vid frågan huruvida kontraktsbrott över huvud taget föreligger: har konferensarrangören beställt blommorna till kl. 14.00 precis, ingår denna tidsangivelse som ett villkor i avtalet, och blomsterhandlaren har gjort sig skyldig till kontraktsbrott om han anländer med blommorna kl. 14.01. Har arrangören däremot beställt blommorna att levereras ”på tidiga eftermiddagen”, ligger kl. 14.01 inom den latitud inom vilken blomsterhandlaren får leverera. Han har då inte ens gjort sig skyldig till kontraktsbrott om han levererar efter kl. 14.00.

Med en dylik strikt avtalstolkning förefaller det omotiverat att dessutom kräva att gäldenären skall inse att hans kontraktsbrott kommer att åsamka borgenären en skada som inte kan kompenseras på annat sätt än genom hävning. I exemplet skulle ett sådant insiktsrekvisit kunna få mycket märkliga följder: om gäldenären inte insett av vilken vikt det var för arrangören att blommorna skulle anlända vid den i avtalet mycket exakt utsatta tidpunkten, skulle han alltså kunna kräva betalt för blommorna trots att arrangören inte har någon rimlig nytta av dem. Ett krav på skadestånd från arrangörens sida torde också vara svårt att vinna framgång med, eftersom det inte finns någon uppenbar skada annan än den störning som en försenad leverans av blommorna skulle leda till. En sådan skada kan knappast betecknas som ekonomisk. Uttryckt i mycket grova termer skulle alltså rättsordningen i detta fall bortse ifrån att gäldenären lovat runt och hållit tunt: han skulle få betalt som vanligt. Borgenären skulle å andra sidan få lida både pinsamheten att hans leverantör inte gör sitt och den ytterligare skadan att han får betala för blommor som bara kommer att vissna över helgen.

Det tycks inte finnas något hållbart rättspolitiskt argument för ett från väsentlighetsrekvisitet fristående insiktsrekvisit. Det finns därför ingen anledning att överföra den köprättsliga eller handelsagenturrättsliga regeln till det allmänna planet. Därför bör antas att ingen annan generell begräsning av rätten att häva gäller i svensk rätt än att avtalsbrottet måste vara väsentligt.

8.2.3 Förutsättningar för hävning av logistikavtal

8.2.3.1 Inledning

Hävning är generellt möjlig när ett väsentligt kontraktsbrott föreligger. Ett kontraktsbrott anses i denna framställning vara väsentligt när dess följder är sådana att de inte lämpligen kan kompenseras genom andra påföljder än hävning. Frågan huruvida ett kontraktsbrott är sådant att det inte lämpligen kan kompenseras genom andra påföljder än hävning

måste självfallet besvaras *in casu*. Icke desto mindre torde några allmänna överväganden kunna ge ledning för bedömningen.

Dessa allmänna överväganden bör ta utgångspunkt i avtalets allmänna struktur: denna struktur torde kunna ge en antydning om vilka tänkbara kontraktsbrott som leder till hävningsrätt vid logistikavtal.

8.2.3.2 Överväganden avseende hävning av logistikavtalet med ledning av dess allmänna struktur

Logistikavtalet i den mening som i denna framställning läggs i begreppet är ett outsourcingavtal: kunden lägger ut en funktion på en annan part som traditionellt fyllts av transportavdelningen i hans eget företag. Hans anledning till att göra detta är att han därefter inte skall behöva bekymra sig om transporten i större utsträckning än att han anmäler sina transportbehov till uppdragstagaren, eventuellt förser logistikern med vissa dokument och sedan tar emot godset där han behöver det. Detta sänker hans kostnader, inte bara på så sätt att han kan göra sig av med transportavdelningen, dess anställda och dess administration, utan också på så sätt att inom resten av företaget arbetstimmar frigörs för andra uppgifter än organisationen och övervakningen av transporten.

Detta innebär att det för kunden viktiga i avtalet måste anses vara att inte transportadministrationen skall ta upp för mycket av hans tid. Vid stora godsflöden går det förvisso inte att förhindra att någon försändelse kommer fram för sent, eller att tullmyndigheter någon gång kräver ytterligare dokumentation som måste tas fram med kort varsel, men i princip skall transportflödet fungera utan att kunden behöver tänka på det. Detta resonemang ger en indikation på var väsentlighetspunkten generellt bör anses ligga för kunden: om han i praktiken måste hålla ett öga på transportkedjan, om han är tvungen att dubblera logistikerns organisation med en egen struktur för att övervaka transporternas avveckling, uppnår han inte det för honom väsentliga, och denna skada torde inte kunna kompenseras genom att ersättning utges. Det som förhindras genom kontraktsbrott i denna omfattning är nämligen just den koncentration på kärnverksamheten som kunden eftersträvar genom att ingå ett logistikavtal.

Punkten då kunden inte i tillräcklig mån kan lita på logistikern varierar. Någon godsskada måste kunden säkerligen finna sig i, och skadan kan i dessa fall lämpligen ersättas genom ersättning för godsets värde samt skadestånd för följdförluster. När en stor del av godset ofta framkommer i skadat skick störs kundens verksamhet dock i sådan mån att hans syfte med avtalet inte längre kan åstadkommas. Hävning torde då kunna komma i fråga. Detsamma gäller dröjsmål: något enstaka dröjs-

mål, eller kanske även frekventa dröjsmål av obetydlig längd måste kunden antagligen finna sig i; irriterande dröjsmål som ofta förekommer torde dock kunna ge möjlighet till hävning, i synnerhet som sådana dröjsmål innebär att logistikern uppenbarligen är oförmögen att prestera på avtalsenligt sätt. I dessa fall gör sig den synpunkten gällande att ett logistikavtal förutsätter ett förtroendefullt samarbete mellan parterna, och att detta förtroende kan förstöras genom upprepade kontraktsbrott.

Från logistikerns sida handlar avtalet i grunden om att tjäna pengar: efter att kostnader är avräknade vill han göra en vinst på avtalet. För honom är därför i princip endast punktlig betalning viktig. Så länge han gör sin profit, är förmodligen till och med kundens punktliga medverkan förhållandevis irrelevant. Detta innebär att logistiken i normalfallet alltid torde kunna kompenseras genom finansiell ersättning. Dröjsmålsränta och ersättning för onödiga kostnader torde vara tillräckligt för att säkerställa logistikerns syfte med avtalet. Detta gäller förstås enbart så länge som kundens dröjsmål inte ger upphov till likviditetsproblem hos logistikern: i detta fall skulle förtroendesynpunkten kunna bli relevant. Detsamma gäller om kunden vid upprepade tillfällen är i dröjsmål med betalningen. Problemet torde emellertid inte höra till normalfallen, och allmänt kan därför sägas att logistikern normalt kommer att kunna utsättas för ett hävningsgrundande avtalsbrott mera sällan än kunden.

En typ av medverkansplikt för kunden kan dock även vid små förseelser bli relevant för logistikerns rätt att häva avtalet. När kunden inte upplyser logistikern om godsets eventuella farlighet eller försummar att medverka på andra sätt som krävs för att logistikern skall kunna uppfylla sina offentligrättsliga skyldigheter – såsom den skyldighet att sörja för lastsäkring på insidan av containrar som eventuellt kan behöva fullgöras av kunden men för vilken logistikern svarar inför berörda myndigheter – bör avtalet kunna hävas av logistikern. Eventuella böter och förelägganden från myndigheternas sida kommer inte direkt att påverka förhållandet mellan logistikern och hans kund. Kunden kan därför i det interna förhållandet inte ta på sig alla de menliga följder som problem med myndigheterna innebär för logistikern. Det torde därför inte räcka för honom att utge ersättning för eventuella bötesbelopp. Logistikerns verksamhet hotas i själva grunden när han medvetet eller omedvetet missköter sina offentligrättsliga åligganden. Det torde till och med kunna ifrågasättas huruvida kundens förpliktelser gentemot logistikern i detta avseende är strikta, det vill säga huruvida varje brott mot skyldigheten att uppgge godsets farliga natur eller mot skyldigheten att säkra godset bör kunna leda till hävningsrätt. I sista hand måste den konkreta bedömningen av dessa frågor dock ske i det enskilda fallet.

8.2.3.3 Överväganden med ledning av kategorierna resultatförpliktelser och förpliktelser att visa omsorg

I den allmänna obligationsrättsliga litteraturen är det ytterst få författare som vad gäller hävning uppmärksammar den strukturella skillnaden mellan resultatförpliktelser och förpliktelser att visa omsorg. Gomard skriver:

Debitors forpligtelse består i adskillige typer af kontrakter i at udfolde rime-lige och sædvanlige bestræbelser for at opnå et angivet mål. En advokat, en revisor eller en læge skal behandle klientens sag eller patientens sygdom godt og i overensstemmelse med fagets krav, men han ar ikke en ubetinget for-pligtelse til at vinde sagen, fuldt ud at afdække ethvert eksisterende problem, f.eks. enhver besvigelser, eller at kurere patienten. Forpligtelsen for udøveren af et liberalt erhverv til at præstere en tjenesteydelse er ikke en resultatfor-pligtelse, men en forpligtelse til at yde en god, fagligt forsvarlig indsats. En advokat etc. har krav på honorar for sin indsats, selv om hans arbejde ikke har ført til det ønskede resultat. Klienten kan hæve kontrakten f.eks. med en advokat eller revisor, dersom den ydede indsats er væsentlig ringere, end god faglig standard kræver. Kvaliteten og værdien af indsatsen kan som oftest først vurderes, når kontrakten er opfyldt.⁸⁹

Gomard hänvisar därför klienten till att säga upp kontraktet om han är missnöjd. Hävning verkar han av praktiska skäl inte anse komma ifråga.

De avtalstyper som Gomard diskuterar utmärker sig dock i regel genom att de sluts på obestämd tid: en advokat åtar sig att företräda klienten i ett ärende, och hur länge detta ärende kommer att vara kan normalt inte förutsägas. Läkaren åtar sig behandlingen av en sjukdom, och även en revisor får normalt i uppdrag att sköta revisionen av ett företags eller en privatpersons räkenskaper över en obestämd tidsrymd. Många sådana avtal sluts också ofta tills vidare, till exempel när en advokat anlitas för att sköta ett företags allmänna juridiska mellanhavanden med andra, när en revisor ges i uppdrag att övervaka huvudmannens bokföring eller när en läkare blir familjens läkare. Logistikavtal torde däremot normalt slutas på bestämd tid, till exempel över en följd av fem år med rätt till automatisk förlängning om avtalet inte sägs upp till utgången av den överenskomna tiden.

Enligt svensk rätt kan ett avtal som slutits på bestämd tid inte fritt avslutas, utan det måste finnas vägande skäl för att avsluta ett sådant förhållande i förtid.⁹⁰ När en part på grund av kontraktsbrott avbryter avvecklingen av ett sådant avtal bör detta benämnas hävning. Kvaliteten

⁸⁹ Gomard, *Obligationsret*, s. 96 f.

⁹⁰ NJA 1992 s. 439

i uppdragets utförande måste därvid utvärderas kontinuerligt. Gomards synpunkt att kvaliteten i uppdragets utförande först kan värderas efter det att det är avslutat gör sig alltså inte gällande vid logistikavtal.

På ett allmänt plan kan ifrågasättas om det föreligger en grundläggande systematisk skillnad mellan resultatförpliktelser och förpliktelser att visa omsorg på så sätt att det är framför allt vid förpliktelser att visa omsorg som förtroendesynpunkten blir central. Uppdragsgivaren måste kunna lita på att den förpliktade visar den omsorg som avtalet ålägger honom, och när det förtroendet är förstört finns ingen annan utväg för huvudmannen än att skilja uppdragstagaren från sitt uppdrag. Vid resultatförpliktelser kan lättare ifrågasättas om det finns andra sanktioner än hävning som på ett lämpligt sätt kan kompensera borgenären för kontraktsbrottet. Härvid finns en flytande övergång från avtalsbrott som inte ger rätt till hävning till sådana som föranleder hävningsrätt. Vid långvariga avtal visar nämligen upprepade misslyckanden med att åstadkomma ett specificerat resultat på en sådan brist på omsorg att de kan förstöra huvudmannens tillit till den förpliktades förmåga att i framtiden uppfylla avtalet.⁹¹ Omvänt kan bristande omsorg i vissa fall eventuellt kompenseras på annat sätt än hävning, förutsatt att det mellan parterna nödvändiga förtroendet i princip fortfarande finns. Kategorierna resultatförpliktelser och förpliktelser att visa omsorg är alltså vad avser hävning inte lika renodlade som när det gäller skadeståndspåföljden, trots att en viss systematisk skillnad finns.

Vid logistikavtal torde, när det gäller resultatförpliktelser på logistikerns sida, normalt ett enstaka misslyckat försök till uppfyllelse inte böra anses leda till att skadan bara kan kompenseras genom hävning. Partiell hävning avseende en viss del av uppdraget medan andra delar av avtalet fortsätter att gälla torde – på grund av logistikavtalets karaktär av långvarigt och komplext samarbetsavtal där förpliktelserna ingår i ett komplicerat nät av inbördes beroende prestationer – inte heller komma i fråga och dessutom normalt inte ligga i parternas intresse. Det är först när ett flertal resultatförpliktelser inte uppfyllts som man kan tala om att bara hävning kan tillgodose kundens intresse: i dessa fall gör sig förtroendesynpunkten gällande genom att det vid upprepade kontraktsbrott kan bli tveksamt huruvida huvudmannen fortfarande har ett intresse av logistikerns tjänster. Bristande uppfyllelse av resultatförpliktelser tyder då på att den logistiska kedjan inte är organiserad på ett tillfredsställande sätt, och tyder därför därför större svårigheter än endast något problem i

⁹¹ Resonemanget vinner ytterligare stöd i köplagens reglering av hävningsrätten vid successiv leverans, jfr 44 och 56 §§ köplagen.

avvecklingen av godsflödet. När det gäller logistikerns förpliktelser finns därför normalt ingen anledning att skilja mellan resultatförpliktelser och förpliktelser att visa omsorg med hänsyn till hävningspåföljden.

När det gäller kundens förpliktelser torde även i detta avseende den centrala frågan vara huruvida upprepade kontraktsbrott leder till ett förstört förtroende för kundens förmåga att betala eller att medverka till logistikerns uppfyllelse av naturaprestationen. Inte heller i dessa fall spelar således skillnaden mellan resultatförpliktelser och förpliktelser att visa omsorg någon större roll. Som antytts ovan kan dock kundens förpliktelse att medverka till att logistikern kan fullgöra sina offentligrättsliga skyldigheter avseende transport av farligt gods eller lastsäkring eventuellt anses utgöra en resultatförpliktelse av sådan vikt att varje brott mot denna medverkansskyldighet bör kunna leda till hävning. Återigen handlar det dock till syvende og sidst om en bedömning i det enskilda fallet.

Med dessa allmänna resonemang som stöd skulle nu en mera konkret undersökning kunna ta vid och några närliggande avtalstyper undersökas med avseende på förutsättningarna för hävning. Rättspraxis om hävning förekommer dock allmänt sett endast sparsamt, och i litteraturen upprepas därför de redan i den allmänna delen av detta kapitel diskuterade uttalandena om hävningsförutsättningarna. Det bidrar därför inte till ytterligare klarhet att undersöka närliggande avtalsrättsliga områden. De allmänna resonemang som förts här måste tyvärr räcka.

8.3 Verkningar av hävning

8.3.1 Inledning

Som framgår av inledningen till detta kapitel innebär hävning enligt svensk rätt att skyldigheten att prestera *in natura* upphör. Hävning har således utan tvekan verkan för framtiden, både för den hävande och den kontraktsbrytande parten. När prestationsskyldigheten upphör, upphör i ömsesidigt förpliktande (synallagmatiska) kontrakt också skyldigheten att utge vederlag för naturaprestationen.⁹² Utgångspunkten för förevarande avsnitt är alltså att skyldigheten att prestera i framtiden upphör. Det är vidare i nordisk rätt oomtvistat att hävning inte utesluter krav på skadestånd⁹³ och vidare att avtalsbestämmelser som har till syfte att reglera störningar i avtalsförhållandet – såsom skiljedoms- och lagvals-

⁹² Taxell, *Rättsskydd*, s. 201

⁹³ Hagström, *Obligationsrätt*, s. 409; frågan om ett uteslutande av skadeståndsfunktionen ställs inte ens hos Rodhe, *Obligationsrätt*, s. 420 f.

klausuler – inte påverkas av hävning.⁹⁴ Frågan om vilka villkor som ”överlever” avtalet skall därför inte tas upp i detta arbete, eftersom den endast avser det sätt på vilket påföljder för kontraktsbrott skall få göras gällande.

Frågan som måste ställas i det nu aktuella sammanhanget är i vad mån logistikern har ett krav på vederlag för vid hävningstillfället redan utgiven eller påbörjad prestation. Denna fråga syftar på den del av avtalets avveckling som vid hävningstidpunkten ligger i det förflutna och kan alltså inte besvaras med hänvisning till hävningens verkan *ex nunc*. Svaret på denna fråga är beroende av de allmänna hävningsreglerna samt specifika överväganden avseende de hänsynstaganden som föranleds av logistikavtalets allmänna struktur och vissa regler inom sjörätten.

8.3.2 Allmänna regler

8.3.2.1 Utländsk rätt

Utländsk rätt innehåller olika regler för vilka verkningar som hävning medför. Medan i fransk och tysk rätt allmänt stadgas att hävning av avtalet skall leda till att *status quo ante* återupprättas, analyseras i den engelska rätten av avtalsförhållandet noggrant med avseende på hävningskonsekvenser. Frågan blir i denna rättsordning huvudsakligen huruvida den prestation för vilken vederlag krävs är en *entire obligation*, där vederlaget förfaller först när det överenskomna resultatet uppnåtts. I det fall att resultatet av en *entire obligation* inte uppnåtts är med stor sannolikhet även utomkontraktuella krav för obehörig vinst och dylikt uteslutna.

I fransk rätt verkar hävning alltid retroaktivt, art. 1183, 1 st. Code civil: ”[la résolution du contrat] remet les choses au même état que si l’obligation n’avait pas existé.” Förvisso stadgas i artikelns andra stycke endast ett restitutionsförhållande mellan parterna, men grundprincipen är ändå att avtalet i sin helhet skall gå åter. Detta innebär att ett komplicerat återavvecklingsförhållande uppstår mellan parterna, där saker som erhållits under avtalets avveckling skall lämnas tillbaka, nyttan av ömsesidiga prestationer skall avräknas och värdeersättning lämnas för det som inte kan lämnas tillbaka.⁹⁵

Den tyska rättens angreppssätt liknar det franska: enligt § 346 BGB skall i princip det mottagna ges tillbaka och för det som inte kan ges tillbaka lämnas ersättning med dess värde. Endast i vissa fall som avses i

⁹⁴ Taxell, *Rättsskydd*, s. 201 f.

⁹⁵ Terré, *Les obligations*, s. 596 ff.; Tisserand, *Code civil*, s. 1029 ff. (som behandlar frågan i anslutning till art. 1184)

§ 346, 3 st. BGB (här stadgas om situationer i vilka borgenären är ansvarig för att en mottagen prestation inte kan lämnas tillbaka och liknande) kan parterna undgå att betala värdeersättning. Även i dessa fall måste dock en eventuellt resterande obehörig vinst utges. Betraktas konsekvenserna av hävning från ett generellt perspektiv måste detta anses innebära att avtalet helt skall återgå, att alltså *status quo ante*, såvitt möjligt, skall återställas.

I engelsk rätt är som sagts ovan utgångspunkten den motsatta:

I have, indeed, been unable to understand how the doctrine [of fundamental breach] can be reconciled with the well accepted principle of law, stated by the highest modern authority, that when in the context of a breach of contract one speaks of 'termination,' what is meant is no more than that the innocent party, or, in some cases, both parties, are excused from further performance.⁹⁶

Samma tanke har också uttryckts på följande sätt:

Termination for breach, by contrast, does not have retrospective effect: there is no attempt to unwind the contract.⁹⁷

Genom hävningen kan dock vissa nya förpliktelser mellan parterna uppstå:

The bringing to an end of all primary obligations under the contract may also leave the parties in a relationship, typically that of bailor and bailee, in which they owe to one another by operation of law fresh primary obligations of which the contract is the source.⁹⁸

Detta innebär alltså att parterna skall utge till varandra det som de ännu innehar av den andres förmögenhetstillgångar, men att avtalets avveckling fram till tidpunkten för hävning annars består. I detta sammanhang är det dock viktigt att analysera huruvida den prestation för vilken ersättning krävs är en *entire obligation*: om parterna i avtalet – som det tolkas av domstolen – kommit överens om att vederlaget skall förfalla först när hela prestationen är utgiven, kan den presterande inte kräva någonting för den påbörjade prestationen.⁹⁹ Denna regel handlar alltså om vederlagsrisken, och den innebär att om gäldenären vid hävnings tidpunkten ännu inte uppnått den standard som krävs för att vederlaget skall förfalla, det är han som står risken för sin förgäves påbörjade prestation.¹⁰⁰

⁹⁶ Lord Wilberforce i *Photo Production Ltd. v. Securicor Transport Ltd.* [1980] A.C. 827

⁹⁷ McKendrick, *Contract Law*, s. 991

⁹⁸ Lord Diplock i *Photo Production Ltd. v. Securicor Transport Ltd.* [1980] A.C. 827

⁹⁹ *Sumter v. Hedges* [1898] 1 Q.B. 673

¹⁰⁰ Se för en ingående analys av regeln Ben McFarlane, Robert Stevens, *In Defence of Sumter v. Hedges* [nedan McFarlane, *Defence*], (2002) 118 L.Q.R. 569

Det kan således i engelsk rätt inte vara tal om att återställa *status quo ante*. Det är omstritt huruvida vid prestationer som inte kan lämnas tillbaka den engelska rättens regler om obehörig vinst – *restitution* eller, kanske bättre i förevarande fall, anspråk för *money had and received* eller för *quantum meruit* alternativt *quantum valebat*¹⁰¹ – kan gripa in, och resultatet av en hävning i stort sett bli detsamma som enligt tysk och fransk rätt.¹⁰² Klara rättsfall i frågan tycks saknas.

*

De här undersökta europeiska rättsordningarna verkar således inte vara helt ense om verkningarna av hävning; den rättstekniska avvecklingen av hävningsförhållandet utgår från olika grundläggande regler. De kan därför endast i begränsad utsträckning ge ledning för den svenska rättens syn på verkningarna av hävning.

8.3.2.2 *Svensk rätt*

Enligt 66 § köplagen får köparen inte häva avtalet om han inte kan lämna tillbaka varan i väsentligen oförändrat och oförminskat skick. Överfört till tjänsteprestationer – som ju aldrig kan återlämnas – skulle denna regel alltså betyda att hävning generellt är utesluten vid tjänsteavtal när naturaprestationen påbörjats. Även om naturaprestationen i princip kan återlämnas är en hävning från säljarens sida enligt 54 § 4 st. köplagen utesluten om köparen fått besittning till varan och säljaren inte förbehållit sig hävningsrätt. I förarbetena förs ingen rättspolitisk debatt om skälen till reglerna. Almén motiverar den mot 54 § 4 st. svarande regeln i 28 § 2 st. i 1905 års köplag med att:

[s]äljaren [...] därigenom visat, att han i köparens person anser sig äga tillräcklig säkerhet för köpeskillingen, och han bör då icke, om hans misstagit sig rörande dennes kreditvärdighet, sedermera kunna göra någon rätt till godset gällande.¹⁰³

Denna motivering går alltså ut på att säljaren har sig själv att skylla om han inte begärt bättre säkerhet. Det kan ifrågasättas om denna motivering håller även i dagens samhälle. Utan någon fördjupad rättspolitisk

¹⁰¹ Andrew S. Burrows, *Remedies for Torts and Breach of Contract*, Fjärde upplagan, Oxford University Press, Oxford 2004, s. 395 ff.; Andrew S. Burrows, *The Law of Restitution*, Butterworths, London 2002, kapitel 10, s. 323 ff.

¹⁰² Detta betvivlas i McFarlane, *Defence, passim*

¹⁰³ Almén, *Köp* s. 404

motivering utöver säljarens egen oförsiktighet kan regeln i vilket fall som helst knappast utsträckas utöver det lagstadgade området.

Den mot 66 § svarande regeln i 57 § i 1905 års köplag får över huvud taget ingen rättspolitisk motivering av Almén. Regeln i 66 § köplagen måste alltså anses vila på en rättshistorisk tradition vars motivering numera är höljd i dunkel. Utan någon motivering kan emellertid regelns syfte inte avgöras. En analogi från regeln torde därför vara utesluten.

Köplagens regler kan alltså inte anses lämpa sig för analogier till andra avtalstyper. Frågan är därför hur hävningens effekter behandlas i andra rättskällor. I den nordiska doktrinen är författarna oense om huruvida hävning kommer i fråga när redan utgivna prestationer inte kan återställas. Rodhe säger att hävning inte torde komma i fråga vid sådana naturaprestationer som inte kan återställas.¹⁰⁴ Hellner instämmer och säger att "[h]ävning efter det att prestationen har fullbordats utesluts vid varaktiga avtal ofta i praktiken genom att den en gång utförda prestationen inte kan återställas."¹⁰⁵ Till denna mening ansluter sig även Olsen.¹⁰⁶

Gomard anger en annan regel för dansk rätt, åtminstone för vissa typer av avtal:

Kontrakter om leje og om personligt arbejde kan kun hæves med virkning for fremtiden på grund af en – væsentlig – efterfølgende misligholdelse. Ved en – berettiget – ophævelse fra lejers eller arbejdsgivers (realkreditors) side skal der svares vederlag til ophævelsen.¹⁰⁷

För finsk rätts del har Taxell förvisso hävdad att varaktiga avtal under vissa omständigheter kan hävas partiellt med syftning på framtiden¹⁰⁸, men också att om naturaprestation har skett hävning ofta är utesluten.¹⁰⁹ Åsikten att i det senare fallet avtalet inte kan hävas underbyggs av Taxell på följande sätt:

Om *naturaprestationen 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 kan ge anledning.¹¹⁰

Resonemanget tycks vila på ett slags förmodad partsvilja och innebär att kreditavtal i vidsträckt bemärkelse – alltså avtal där den ena parten förskottspresterar – inte kan hävas. En så långsträckt inskränkning av den

¹⁰⁴ Rodhe, *Obligationsrätt*, s. 437

¹⁰⁵ Hellner, *Kontraktsrätt 2* s. 179

¹⁰⁶ Olsen, *Borgenärens val*, s. 502 f.

¹⁰⁷ Gomard, *Obligationsret*, s. 115

¹⁰⁸ Taxell, *Rättsskydd*, s. 205 och 229

¹⁰⁹ Taxell, *Rättsskydd*, s. 222

¹¹⁰ Taxell, *Rättsskydd*, s. 222; kursivering i originalet

förfördelades sanktionsmöjligheter vid motpartens avtalsbrott bör dock motiveras bättre än med en hänvisning till en fingerad partsvilja.

Norsk rätt tycks inte en mera förmedlande hållning. Arnholm nämner som en huvudform av hävning att det dras ett streck över parternas förpliktelser, vilket normalt förutsätter att borgenären kan och vill återlämna det han tagit emot. Arnholm säger dock också att det kan finnas avtal i vilka hävning kan förekomma även utan att prestationerna kan återlämnas.¹¹¹ Selvig argumenterar för att förmågan att återlämna det mottagna endast skall vägas in i den fria bedömningen av huruvida hävning skall tillåtas över huvud taget:

The fact that the nature of the part performance rendered prevents restitution *in specie* indicates some of the consequences (hardship) to which the performing party would be liable if rescission were permitted, and consequently, it should be included in the general evaluation of whether or not there is a substantial failure of performance.¹¹²

Även Hagström anför att ett avtal där naturaprestationen inte kan återlämnas kan hävas endast med verkan för framtiden.¹¹³ Å andra sidan påpekar han att skadestånd ibland kvittningsvis skall utges för den skada som den hävande eventuellt kan anses lida.¹¹⁴

I litteraturen anføres inte några övertygande rättspolitiska argument varför hävning skall vara utesluten när en redan utgiven prestation inte kan återlämnas.¹¹⁵ Vid varaktiga avtal synes det inte heller finnas något rättstekniskt eller rättspolitiskt skäl till varför hävning inte skulle komma i fråga med verkan *ex nunc*: tillåtligheten av ett omedelbart avbrott av avtalsförhållandet bör inte rimligtvis kunna påverkas av huruvida redan utgivna prestationer kan återställas, i synnerhet inte som väsentlighetsrekvisitet innebär att borgenären i alla fall inte får häva om det finns någon annan tillgänglig påföljd genom vilken han i tillräcklig utsträckning kan kompenseras. Hävningsförklaringar har också godkänts i rättspraxis när det gällt avtal där en viss prestation redan utgivits men ett väsentligt avtalsbrott förstört förtroendet mellan parterna. I fallet NJA

¹¹¹ Arnholm, *Obligationsrett*, s. 282 ff.

¹¹² Selvig, *Freight Risk*, s. 177.

¹¹³ Hagström, *Obligationsrett*, s. 430 f.

¹¹⁴ Hagström, *Obligationsrett*, s. 438

¹¹⁵ Olsen, *Borgenärens val*, s. 502 f. argumenterar att hävning betyder att prestationerna skall återgå, och att hävning därför är utesluten när prestationerna inte kan återgå. Om hävning emellertid i främsta rummet innebär att naturaprestationen inhiberas kan redan den definition som Olsen anger dras i tvivel. Vidare tycks resonemanget vara cirkulärt i det att det förutsätter sitt resultat: hävning är definitionsmässigt utesluten när prestationerna inte kan återgå. Det torde vara riktigare att ge hävning en öppen definition som inte automatiskt leder till ett resultat som redan ligger i definitionen.

1938 s. 524 till exempel – där vägstyrelsen sade upp ett avtal med en entreprenör på grund av dennes ohederlighet vid debiteringen – hade, om den i svensk doktrin nämnda regeln på ett riktigt sätt återspeglade innehållet i andra rättskällor, Högsta domstolen kunnat avgöra fallet med hänvisning till att de redan presterade arbetena inte kunde återlämnas. Så skedde emellertid inte, utan domstolen godkände tvärtom hävningsförklaringen. En strikt regel om att hävning är utesluten vid avtal där naturaprestationen inte kan återlämnas saknar således stöd i rättspraxis.

Ett argument för regeln att hävning inte skall kunna ske om naturaprestationen inte kan återlämnas skulle kunna vara att i och med hävningen även penningborgenärens betalningsförpliktelse upphör och att alltså – om han ännu inte betalat, det vill säga om avtalet hävs under pågående avtalsavveckling och innan betalningskravet förfallit – gäldenären skulle kunna lida betydande förluster.¹¹⁶ Argumentet har en viss styrka, men kan ändå inte accepteras som stöd för en principell regel om att hävning skall anses vara utesluten när naturaprestationen inte kan återlämnas.

Frågan om vilka förluster som gäldenären lider av en hävningsförklaring måste nämligen ses i ett sammanhang med reglerna om vederlagsrisken. Liksom i engelsk rätt är även i svensk rätt en förutsättning för att den kontraktsbrytande parten skall kunna kräva vederlag för en utgiven prestation att vederlaget är intjänat: om vederlaget inte är intjänat ligger vederlagsrisken på den presterandes sida.¹¹⁷ Vad risken avseende vederlaget innebär är inte helt klarlagt, men åtminstone en definition kan vara att det är den presterande som – intill dess hela den kontraktuella prestationen utgivits – bär risken för att prestationen blir omöjlig eller inhiberas. Detta innebär att den presterandes ansträngningar för uppfyllelsen kan gå om intet utan att han får någon ersättning för de kostnader han lagt ner under sina försök att uppfylla. En sådan regel accepteras för kommissionärer¹¹⁸ och mäklare¹¹⁹, och vidare vid uppdrag på obestämd tid, där uppdragsgivaren i många fall när som helst och utan angivande av skäl kan återkalla uppdraget.¹²⁰

¹¹⁶ Detta var ett problem som den engelska rätten hade i den liknande situationen då ett avtal upphör att gälla på grund av *frustration*, se *Fibrosa Spolka Akcyjna v. Fairbairn Lawson Combe Barbour Ltd.* [1943] A.C. 32. Problemet löstes genom lagstiftning: Law Reform (Frustrated Contracts) Act 1943.

¹¹⁷ Krüger, *Kontraktsrätt*, s. 323

¹¹⁸ 27 och 28 §§ kommissionslagen

¹¹⁹ 21 och 22 §§ fastighetsmäklarlagen

¹²⁰ Jfr Taxell, *Rättskydd*, s. 234 f.

Här är det viktigt att hålla isär olika kategorier: den ena är frågan om vederlagets beräkning. I detta avseende kan konstateras att vid många av de nu nämnda avtalstyperna vederlaget beräknas som provision, och att detta kan ge en ganska väl tilltagen ersättning när provisionen väl utfaller. Vederlaget kan också beräknas löpande eller som en klumpsumma när vissa steg i arbetet är uppnådda. En därifrån skild kategori är sedan frågan om när vederlaget är intjänat: ett periodvis beräknat vederlag – till exempel vid revisionsuppdrag – kan vara intjänat vid en viss given tidpunkt, till exempel när bokföringen lämnas till skattemyndigheten. På ett liknande sätt måste skiljas mellan vederlagets intjänande och frågan när det förfaller till betalning. Ett vederlag som intjänas stegvis – till exempel vid entreprenadavtal när vissa delar av byggnaden är färdiga – kan förfalla till betalning omedelbart och alltså innan slutresultatet – byggnaden – blivit klart. Se närmare till denna fråga nedan under 8.3.3.3.

Ett fall som väl illustrerar dessa kategorier samt den risk som uppdragstagaren i vissa fall bär i vederlagshänseende är det opublicerade avgörandet i mål nr T329/96 från Hovrätten för västra Sverige. Ett bolag hade fått i uppdrag att för sin huvudman grunda, administrera och försälja vissa förlustbolag. Samarbetet avbröts utan angivande av skäl av huvudmannen, och uppdragstagaren krävde ersättning för utfört arbete samt skadestånd upp till det positiva kontraktsintresset. Hovrätten synes argumentera att avtalet närmast var att likna vid ett mäklarpuppdrag, vid vilket alla anspråk på provision – i vilken ersättning för utfört arbete enligt hovrättens mening ingick – förfaller när ett visst givet resultat uppnåtts, i detta fall när avtal skulle slutas mellan huvudmannen och en av uppdragstagaren anvisad köpare av förlustbolagen. Ett sådant avtal hade inte slutits, och uppdragstagarens käromål ogillades därför.

Om rättsordningen även i fall då inget kontraktsbrott förekommit accepterar att en uppdragstagare kan skiljas från uppdraget innan han ens fått en chans att uppnå det resultat som utlöser vederlagskravet, verkar det inkonsekvent att i fall där uppdragsgivaren vill häva ett avtal på grund av ett väsentligt kontraktsbrott vägra honom denna rätt med hänvisning till de förluster som gäldenären kan tänkas lida genom hävningen. En gäldenär som i ett styrkemässigt jämfällt avtalsförhållande accepterar att vederlaget är intjänat i och med att en viss standard på prestationen uppnåtts¹²¹ måste anses ha tagit på sig risken för förluster om han gör sig skyldig till ett väsentligt kontraktsbrott innan prestationsvillkoret är uppfyllt. Det verkar således inte finnas något rättspolitiskt hållbart argument för att hävning skall vara utesluten i fall då naturaprestationen inte kan återlämnas. Regeln bör alltså även för svensk rätts del omformuleras så att

¹²¹ Som exempel kan nämnas att inom oljeindustrin det förekommer betalningsvillkor där vederlaget är intjänat när vissa "milestones" är uppnådda; Krüger, *Kontraktsrätt*, s. 137 f.

hävning är möjlig vid varaktiga avtal där en del av naturaprestationen redan utgivits, men bara med verkan för framtiden. Ett redan intjänat vederlag som förfallit till betalning – eller som förfaller i och med hävningen – skall trots hävningen betalas ut, alternativt avräknas mot ett eventuellt skadeståndskrav.

Den svenska rätten innehåller inga allmänna regler om obehörig vinst¹²², men det finns regler som i vart fall i någon mån kan sägas motsvara det som i utländsk rätt går under beteckningen *obehörig vinst*¹²³. Ersättningsreglerna för nedlagda och nyttiga kostnader måste räknas dit liksom även ersättningsregler för ogrundad förmögenhetsöverföring vid återgång av avtal.¹²⁴ Det kan därför ifrågasättas huruvida inte sådana ersättningsregler innebär att den svenska rätten – förutsatt att parterna utformar sin talan på rätt sätt – i praktiken åstadkommer ett resultat av hävning som liknar det som tysk eller fransk rätt stipulerar, nämligen att *status quo ante* i möjligaste mån skall återställas. Eftersom dessa ersättningsregler dock i grunden är av utomkontraktuell natur, eftersom de i vart fall inte tillämpas *ex officio* och med andra ord inte utgör en normal följd av hävning, och eftersom rättsläget dessutom måste betecknas som synnerligen oklart¹²⁵, kan denna fråga inte utredas närmare i detta arbete. Det som låter sig sägas är att det faktum att naturaprestationen inte kan återställas i sig inte torde utgöra något hinder mot hävning.

Regeln måste enligt denna åsikt formuleras så att enligt allmänna kontraktsrättsliga regler hävning kan förekomma även när naturaprestationen inte kan återlämnas, men att hävningen i dessa fall har verkan endast *ex nunc*. I den mån vederlaget för redan utgivna prestationer är intjänat skall det utges; i övrigt ligger vederlagsrisken i detta avseende i utgångspunkten på gäldenären. Med denna utgångspunkt skall i det följande verkningarna av hävning av ett logistikavtal diskuteras.

¹²² Jfr dock här Hjalmar Karlgren, *Obehörig vinst och värdeersättning* [nedan Karlgren, *Obehörig vinst*], Av Fritjof Lejman översedd utgåva, Norstedts juridik, Stockholm 1982, s. 21 ff., där det argumenteras att åtminstone visst utrymme finns även i svensk rätt för en generell princip om obehörig vinst.

¹²³ Jan Hellner, *Om obehörig vinst. Särskilt utanför kontraktsförhållanden*, Ak. avh., Almqvist & Wiksells Boktryckeri, Uppsala 1950, s. 392 ff. 66 § 3 st. köplagen stadgar att köparens rätt till hävning kan bevaras trots att han inte kan utlämna varan i väsentligen oförändrat eller oförminskat skick, om han ersätter säljaren för minskningen i varans värde. Denna regel syftar förvisso inte på köparens vinst, utan på säljarens förlust, men den tycks vila på liknande hänsynstaganden som en regel om obehörig vinst.

¹²⁴ Karlgren, *Obehörig vinst*, s. 15 ff.

¹²⁵ Endast Hellner och Karlgren har behandlat ämnet i monografisk form och i vart fall med visst avseende på de kontraktsrättsliga fallen. Jan Hellners avhandling kom dock ut 1950 – det kan antas att rättsläget förändrats på åtskilliga punkter under det dryga halvsekle som gått sedan dess – och Karlgrens behandling av hävningsfallen tar sin utgångspunkt i det närmaste uteslutande i 1905 års köplag.

8.3.3 Verkningar av hävning av ett logistikavtal

8.3.3.1 Inledning

Logistikavtalet är ett långvarigt tjänsteavtal, vilket innebär att naturaprestationen normalt är sådan att den inte kan återlämnas. Inom ramen för detta avtal får åtminstone logistikern med nödvändighet besittning till huvudmannens egendom: han kontrollerar åtminstone indirekt¹²⁶ det gods som vid hävningstidpunkten ännu befinner sig i logistikkedjan. I vissa fall kan också kunden tänkas få IT-programvara av logistikern, och logistikern tillgång till kundens källkod samt orderbok. I den mån sådan besittning förekommer skall den återställas efter hävningen, eftersom rättsgrunden för besittningen undanröjts och ägaren därför har ett anspråk på egendomens utlämnande.¹²⁷

Hävningen har enligt vad som sades ovan i vart fall verkan *ex nunc*, och efter hävningen är alltså logistikern inte längre förpliktad att utföra några tjänster åt huvudmannen, och denne är inte förpliktad att betala för tjänster som logistikern utför efter det att avtalet hävts. Den intressanta frågan är dock i vad mån huvudmannen kan åläggas betala för vid hävningstidpunkten delvis utförda tjänster. I detta sammanhang gör sig frågan om vederlagsrisken vid logistikavtal gällande.

8.3.3.2 Regler om arbetsbeting och sjörättens avståndsfraftsregler med avseende på vederlagsrisken

Vad gäller vederlagsrisken finns framför allt två typer av rättsregler att ta hänsyn till. Vid arbetsbeting finns varierande regler avseende när vederlagsrisken upphör att ligga på naturagäldenären: vid entreprise¹²⁸ gäller att uppdragstagaren inte får ersättning för sitt arbete förrän han åstadkommit det överenskomna resultatet¹²⁹; vid andra arbetsbeting gäller att uppdragstagaren har anspråk på att få vederlaget beräknat på annat sätt¹³⁰. Vid entreprise förfaller alltså vederlaget när slutresultatet av pre-

¹²⁶ Nämligen genom att han är huvudmannen i avtalsförhållandet med transportörer och lagerhållare samt eventuella andra leverantörer som han anlitat.

¹²⁷ Här bortses från en eventuell rätt att hålla tillbaka det mottagna till dess fordringar som anknyter till egendomen betalats.

¹²⁸ Termen är lånad av K.H.L. Hammarskjöld, *Om fraktavtalet och dess viktigaste rättsföljder* [nedan Hammarskjöld, *Fraktavtalet*], Ak. avh., R. Almqvist & J. Wiksell's boktryckeri, Uppsala 1886, s. 27.

¹²⁹ Hammarskjöld, *Fraktavtalet* s. 27.

¹³⁰ Hammarskjöld, *Fraktavtalet*, s. 26 f., som dock endast talar om uppdragstagarens förpliktelser till prestation, inte om uppdragsgivarens däremot svarande förpliktelse att utge vederlag.

stationen uppnåtts; i andra fall gäller andra intjäningsregler. Behandlingen av dessa fall skall skjutas upp till behandlingen av vederlagsrisken vid resultatförpliktelser och förpliktelser att visa omsorg.

Ett något udda exempel på intjänanderegler bjuder sedan gammalt sjörätten. Denna innehåller en regel om avståndsfrakt, det vill säga att sjötransportören har rätt till ersättning för den utförda delen av transporten om transporten inte går att genomföra i sin helhet.

Den sjörättsliga regeln är numera för styckegodstransporternas del lagfäst i 13 kap. 15 § sjölagen och beräknas enligt 14 kap. 21 § sjölagen; reglerna är i princip oförändrade jämfört med 1891 års sjölag.¹³¹ Regeln motiveras med att godset genom transporten tillförts ett värde genom att det kommit närmare bestämmelseorten.¹³² Den utgör alltså i grunden en regel om värdeersättning och har i sin nuvarande form funnits i sjölagen sedan 1936.¹³³ Regeln går tillbaka på en äldre regel där dock beräkningsgrunden var en annan än idag.¹³⁴

Avståndsfrakten är begränsad till godsets värde; 14 kap. 21 § 2 st. sjölagen *in fine*. Redan detta förhållande innebär att det kan ifrågasättas huruvida regeln lämpar sig som grund för analogier till logistikrätten. Begränsningsregeln kan inte utan vidare och utan lagstöd förordas gälla även på ett icke-lagreglerat område. Vad gäller vidare den angivna grunden för regeln – att godsets värde ökat – har den ytterligare motiverats med följande tankegång:

I själva verket är det den omständigheten, att godset normalt kan säljas till ett högre pris på bestämmelseorten än på avsändningsorten, som förklarar att varor över huvud blir transporterade och även kan bära frakten.¹³⁵

Detta är förvisso helt riktigt. Det man kan undra är emellertid på vilket sätt godsets värde automatiskt har ökat genom att befordras, inte till bestämmelseorten, utan till någon annan ort, där priset för varor av samma slag kanske är betydligt lägre än på både avsändnings- och bestämmelseorten. I den mån godsets värde för ägaren ökat genom att han fått lägga ner kostnader på dess transport medför det bara att hans förlust potentiellt ökar om han behöver sälja godset på någon annan ort än bestämmelseorten.

Den rättspolitiska motiveringen av regeln tycks således inte riktigt hålla sträck. Detta är irrelevant vad gäller sjörätten, där regeln ju är lagfäst, men det innebär att regeln inte kan anses vara lämpad för analogier

¹³¹ Prop. 1993/94:195, s. 228 f. och s. 282 f.

¹³² Prop. 1993/94:195 s. 283

¹³³ Grönfors, *Sjölagen*, s. 201

¹³⁴ NJA II 1936 s. 446

¹³⁵ Grönfors, *Sjölagen*, s. 201

utanför sjörätten. Några bestämmelser om avståndsfrakt finns inte heller i de övriga transporträttsliga lagarna, så att avståndsfrakten måste anses utgöra en särskild sjörättslig regel som inte kan överföras till andra avtalstyper.

Är detta riktigt föranleder det frågan när logistikerns vederlagsrisk upphör, det vill säga för vilka obetalda tjänster han kan framställa anspråk på betalning när avtalet hävs. I främsta rummet beror detta naturligtvis på resultatet en avtalstolkning: vederlaget är intjänat när avtalet så stadgar. Som så ofta inom kontraktsrätten måste alltså utgångspunkten tas i parternas överenskommelse. Problem uppstår endast när avtalet är tyst om den tidpunkt vid vilken vederlaget skall anses vara intjänat.

8.3.3.3 Resultatförpliktelser och förpliktelser att visa omsorg med avseende på vederlagsrisken

I brist på avtalsbestämmelse gör sig i detta sammanhang återigen den systematiska skillnaden mellan resultatförpliktelser och förpliktelser att visa omsorg gällande. Medan alltså denna skillnad mellan förpliktelsernas natur inte spelar någon större roll när det gäller själva hävningsföresättningar, blir den relevant när det gäller frågan för vilka arbetsprestationer som logistikern vid hävningstidpunkten kan kräva betalning, och vilka som måste betraktas som sådana förberedelser till uppfyllelse för vilka gäldenären ännu bär risken.

De transporträttsliga lagarna innehåller normalt inga regler om när frakten skall betalas. Undantaget är återigen sjörätten: i 13 kap. 10 § sjölagen i första stycket att skall frakten betalas när godset tas emot av transportören. Enligt andra stycket skall frakt emellertid inte betalas om godset inte finns i behåll vid resans slut.¹³⁶ Frakt som erlagts enligt paragrafens första stycke skall enligt tredje stycket betalas tillbaka under de omständigheter som andra stycket nämner.

Regeln resulterar i att sjötransportören endast får slutligt betalt när han åstadkommit att godset transporterats till annan ort. Sammantaget med avståndsfraktsreglerna innebär detta märkligt nog att bara transportören lyckas forsla godset någonstans han är berättigad till åtminstone viss frakt, och detta trots att förpliktelsen att transportera godset till den överenskomna destinationsorten normalt utgör en resultatförpliktelse. Det som skall uppnås är tillräckligt konkret för att kategoriseras som en sådan. Denna regel måste anses vara så udda och rättspolitiskt tveksam att inga slutsatser om vederlagsrisken allmänt vid transport kan dras endast av sjölagen.

¹³⁶ Från denna regel stadgas i samma stycke vissa undantag, som dock i förevarande avseende inte är av intresse.

Vad gäller de mera allmänna arbetsbetringsrättsliga reglerna finns stöd för någon regel om vederlagsrisken endast i generella resonemang om logistikavtalets allmänna struktur och de underliggande intressena hos parterna. Utgångspunkten kan här lämpligen tas i det allmänna fraktavtalet. Hammarskjöld uttalar om vederlagsrisken vid fraktavtal allmänt:

Emedan fraktaftalet är ett arbetsbeting, är lönen principiellt förtjent först genom det betingade resultatets uppnående, således först när saken i rätt tid förts fram till bestämmelseorten och i oskadt skick aflemnats. Man får emellertid ej glömma, att den åsyftade förpligtelsen för fraktföraren icke är ovilkorlig, utan behäftad med inskränkningar, hvadan han kan hafva till punkt och pricka fullgjort sin åtagna skyldighet, utan att dock resultatet är vunnet. Är ingenting annat öfverenskommet eller eljes stadgadt, bör han därför i detta fall lika väl utfå sin lön. Den allmänna regeln kan således uttryckas så, att vedergällningen bör åt fraktföraren erläggas, så framt godset antingen på rätt tid och i oskadt skick framkommit eller ock detta hindrats af omständigheter, för hvilka fraktföraren enligt aftalet icke svarar.¹³⁷

Uttryckt i den terminologi som används i förevarande arbete tycks Hammarskjöld säga att fraktavtalet utgör en resultatförpliktelse, men att fraktföraren inte lämnar någon garanti för att resultatet skall åstadkommas. Fraktföraren har således enligt Hammarskjöld anspråk på betalning när han antingen lyckats uppnå det överenskomna resultatet eller han förhindrats att åstadkomma detta resultat genom omständigheter för vilka han inte svarar.

Som påpekats ovan under 5.6.6 torde det vara för enkelt att likställa uppfyllandet av en resultatförpliktelse med förfallotiden för vederlaget: ett avtal består av flera förpliktelser, varav somliga kan utgöra resultatförpliktelser och andra förpliktelser att visa omsorg. Det är inte vilket resultat som helst som leder till att vederlaget förfaller till betalning, utan det torde vid varje avtalstyp finnas vissa karakteristiska förpliktelser till vilka vederlagskravet anknyter.¹³⁸ Vid transport utgörs denna förpliktelse, som Hammarskjöld säger, av att godset skall vara framme på rätt tid på rätt plats och detta i oskadt skick. Vid logistikavtal torde det vara omöjligt att generellt säga vilken förpliktelse som är central för hela avtalstypen: eftersom organisation, implementering och administration i sina viktigaste avseenden torde böra anses utgöra förpliktelser att visa omsorg knyts vederlagskravet antagligen till vissa avräkningsperioder. Vad gäller ersättning för kostnader torde emellertid kravet anknyta till visst bestämt gods, och det förefaller rimligt att ersättningen för sådana kostnader

¹³⁷ Hammarskjöld, *Fraktavtalet*, s.128

¹³⁸ Jfr det ovan under 5.6.6 anförda exemplet med fastighetsmäklarens resultatförpliktelse att hålla uppdragsgivarens medel avskilda från mäklaren egna.

tjänas in när godset i oskadat skick är framme på den punkt som anges i logistikplanen. Hammarskjölds ovan citerade uttalande utgör i detta avseende en bra utgångspunkt för den fortsatta argumentationen.

Hammarskjölds resonemang innebär att det ur vederlagssynpunkt är befraktaren som bär risken för att fraktförarens prestation blir omöjlig. Oavsett vilka regler som gällde i slutet av 1800-talet kan detta nog inte antas vara gällande rätt idag. Prestationens omöjlighet – inbegripet situationer i vilka gäldenärens offergräns överskrids – innebär att gäldenären inte kan göras ansvarig för utebliven prestation genom skadestånd¹³⁹ och att naturaexekution är utesluten. Det är dock ett långt steg att därifrån sluta sig till att gäldenären behåller sitt krav på vederlag trots att han inte är i stånd att prestera. Endast om det är borgenären som övertagit ansvaret i vederlagshänseende för den händelse som föranleder omöjligheten har gäldenären ett kvarstående krav på ersättning.¹⁴⁰ För vilka omständigheter borgenären tagit över ansvaret är emellertid just en fråga om när gäldenärens vederlagskrav förfaller, och genom blotta hänvisningen till omöjligheten är därför inget vunnet med avseende på frågan när vederlaget är intjänat.

Emellertid tyder både sjörättens regel om intjäning av frakten – här bortses från avståndsfraktsregeln – och Hammarskjölds resonemang på att vid resultatförpliktelser det är först när det för avtalet centrala resultatet åstadkommits som vederlaget är intjänat.¹⁴¹ Detta intryck förstärks av provisionsbestämmelserna i 27 och 28 §§ kommissionslagen. Kommissionären har rätt till provision när genom hans arbete ett avtal med tredje man kommit till stånd. Om tredje man uppfyller avtalet endast till en del, har kommissionären endast rätt till en provision som motsvarar den fullgjorda delen.

Återigen gäller det att göra åtskillnad mellan olika regelkomplex. Enligt 14 § kommissionslagen kan kommissionären stå *del credere*, vilket innebär att han ”såsom för egen skuld” häftar för tredje mans uppfyllande av avtalet. Detta har nu endast indirekt med vederlagsrisken att göra: uteblir tredje mans prestation helt eller delvis, har kommissionären enligt de redan nämnda 27 och 28 §§ kommissionslagen i motsvarande mån ingen rätt till provision. Om han dessutom står *del credere*, måste han därutöver i stället för tredje man uppfylla dennes avtalsenliga skyldigheter. Kommissionären står alltså oavsett huruvida han åtagit sig ett *del credere*-ansvar risken i

¹³⁹ Det underförstås här att omöjlighet utgör ett hinder utanför gäldenärens kontroll, jfr kap. 6.

¹⁴⁰ Rodhe, *Obligationsrätt*, s. 352

¹⁴¹ Jfr här Krüger, *Kontraktetsrätt*, s. 138 f., där sambandet mellan vederlagsintjäning och kontraktslöftets uppfyllelse påpekas.

vederlagshänseende för att tredje man uppfyller avtalet: *del credere*-ansvaret är en därutöver tillkommande förpliktelse att i förekommande fall fullgöra tredje mans skyldigheter.

Analyseras dessa bestämmelser i termer av resultatförpliktelser och förpliktelser att visa omsorg visar sig alltså, att kommissionären har en resultatförpliktelse avseende tredje mans fullgörelse av ett avtal som åstadkommits genom kommissionärens arbete. Före denna tidpunkt har kommissionären ingen rätt till provision. Enligt 29 § kommissionslagen har kommissionären vidare rätt till ersättning för befogade utlägg för att åstadkomma ett sådant avtal med tredje man, såvida inte provisionen är avsedd att täcka även utlägg. I det senare fallet står alltså kommissionären i det fall att ett avtal inte kommer till stånd även risken för att hans utlägg blir onyttiga. Den dispositiva grundregeln är alltså att kommissionären står vederlagsrisken ända till dess ett avtal med tredje man kommit till stånd. Hur mycket provision som kommissionären kan kräva är beroende av i vilken utsträckning som tredje man uppfyller det avtal som kommissionären således ingått å kommittentens vägnar.

Liknande regler gäller enligt 8 till 12 §§ handelsagenturlagen samt enligt 21 och 22 §§ fastighetsmäklarlagen. Även enligt 22 § fastighetsmäklarlagen ligger risken för kostnader och utlägg på fastighetsmäklaren. Dessa regler bör anses återspegla en allmänt gällande regel: vid resultatförpliktelser måste vederlaget enligt dispositiv rätt anses vara intjänat först när det resultat som karakteriserar avtalstypen åstadkommits.

Härvidlag ligger det nära till hands att göra ett felslut från NJA 2001 s. 177. I detta mål slog Högsta domstolen fast att "[v]id köp och arbetsbeting som direkt eller analogvis omfattas av 1990 års köplag bör huvudregeln vara att den part som hävdar att avtal har träffats om priset eller om beräkningsgrunden för detta har bevisbördan för sitt påstående." Från den dispositiva materiella regeln som denna bevisbörderegeln innebär – att vederlaget beräknas efter löpande räkning – frestas man att sluta sig till att vederlaget också intjänas löpande under uppdragets gång. Frågan om hur vederlaget skall *beräknas* måste dock hållas isär från frågan när det är *intjänat*. Fallet har därför ingen bäring på den fråga som diskuteras i detta avsnitt.

Regeln har också goda rättspolitiska skäl för sig. När gäldenären utlovar ett resultat står borgenären utan verkliga påtryckningsmedel gentemot honom. Detta gäller i synnerhet som det normalt är överlåtet till gäldenären hur han vill åstadkomma resultatet. Eftersom krav på naturafullgörelse inte alltid är lätta att genomdriva¹⁴² – i synnerhet inte mot en gäl-

¹⁴² Huruvida ett krav på naturafullgörelse över huvud taget finns vid logistikavtal kommer att diskuteras nedan i kapitel 9.

denär som är ovillig att prestera det arbete som kan krävas för att fullgöra en resultatförpliktelse – skulle borgenären vara utelämnad åt gäldenärens goda vilja att prestera om vederlaget intjänades löpande under uppdraget och alltså före det att resultatet uppnåts. Den frihet i fråga om sättet för fullgörande som gäldenären vid resultatförpliktelser ofta har¹⁴³ skulle alltså enligt den här föreslagna synen motsvaras av vederlagsrisken: enligt denna är det först när den utlösande resultatförpliktelser är uppfylld som vederlaget är intjänat.

Vid omsorgsförpliktelser däremot intjänas vederlaget med stor sannolikhet enligt dispositiv rätt löpande. Redan det faktum att det vid omsorgsförpliktelser inte finns något resultat vars åstadkommande skulle kunna ange tidpunkten för när vederlaget förfaller talar för detta resultat. Antagligen finns också en sedvänja inom detta område som innebär att uppdragstagaren tjänar in sitt vederlag i takt med den tid som han lägger ner på uppdragets fullgörande: advokater, revisorer och andra uppdragstagare vars förpliktelse går ut på att visa omsorg debiterar per timme nedlagd arbetstid.¹⁴⁴ I detta avseende torde också också uppdragsavtalets närhet till arbetsavtalet vara som störst, och anställningar idag bygger på ett system där lönen tjänas in per tidsenhet.¹⁴⁵ Vilken enhet som skall läggas till grund beror på anställningens typ, och det torde inte heller kunna uppställas någon huvudregel för uppdragsavtalen.

Vad slutligen gäller de kostnader som gäldenären lägger ned på uppdragets fullgörande kan frågan om den ersättning som gäldenären vid hävnings tidpunkten är berättigad till inte besvaras generellt.¹⁴⁶ Spörsmålet rör nämligen den komplicerade frågan efter gäldenärens rätt till värdeersättning som inte skall behandlas här.

8.3.3.4 *Vederlagsintjäning vid logistikavtal*

Logistikavtalet är enligt den här företrädas åsikten ett komplext administrationsavtal, där resultatförpliktelser och förpliktelser att visa omsorg är beroende av och flyter in i varandra och därför inte alltid lätt kan skiljas åt. Logistikerns allmänna arbete med organisationen – som i flertalet fall torde utgöra en förpliktelse att visa omsorg – skall leda till vissa resultat, såsom att godset är framme på en viss ort vid en viss tidpunkt och i oskadat skick. Det kan således vara svårt eller närmast omöjligt att i häv-

¹⁴³ Jfr Krüger, *Kontraktsrett*, s. 135

¹⁴⁴ Krüger, *Kontraktsrett*, s. 335

¹⁴⁵ Detta kan kompletteras med av ett ackordlönesystem, men grunden för löneberäkningen torde normalt utgöras av tidsenheter.

¹⁴⁶ Se dock strax nedan om kostnader förknippade med visst gods.

ningsögonblicket överblicka vilka resultatförpliktelser som ännu inte fullgjorts och för vilka omsorgsförpliktelser som logistikern ännu har rätt att debitera uppdragsgivaren.

Medan det i skadeståndsrättsligt hänseende torde vara relativt enkelt att avgöra vilken förpliktelse som brutits, vilken kategori som denna förpliktelse tillhör, och alltså vilken ansvarsgrund som är tillämplig, är detta vid vederlagsbestämningen mycket svårare, eftersom vederlaget ofta torde beräknas som en klumpsumma, oavsett om fast pris – i sig själv en klumpsumma – eller löpande räkning utgör grunden för vederlagsberäkningen.

I många fall torde vid avtal av logistikavtalets slag vederlag utgå på löpande räkning och intjänas periodvis. Att uppdraget utförs på löpande räkning torde i sin tur normalt innebära att kostnader och utlägg redovisas särskilt och att alltså arvudet utgör en särskild post.¹⁴⁷ Kostnader och utlägg kan normalt åtminstone till viss del hänföras till transportkedjan avseende visst bestämt gods: i den mån detta är möjligt bör dessa kostnader anses vara kopplade till en resultatförpliktelse, nämligen förpliktelsen att se till att godset är framme på rätt plats och i rätt tid. Ett anspråk avseende sådana kostnader måste förvisso klassificeras som ett anspråk på värdeersättning eller ersättning för nedlagda kostnader, men detta anspråk kan subsumeras under vederlagsanspråket avseende en resultatförpliktelse: kostnaderna är direkt förknippade med att ett visst specificerat resultat åstadkoms. I den mån logistikerns anspråk därför avser kostnader och eventuella arvodesanspråk som är hänförliga till transporten av visst identifierbart gods, bör detta anspråk underkännas såvida det överenskomna resultatet ännu inte har uppnåtts. Logistikern bär i detta avseende vederlagsrisken.

Vad gäller anspråk avseende de allmänna administrativa kostnaderna – overheadkostnaderna – och arvode för transportadministration förfaller dessa antagligen normalt periodvis. Vilka perioder som gäller i detta avseende kan inte bestämmas dispositivt för alla logistikavtal: i den mån avtalet inte innehåller bestämmelser om denna fråga bör den avstämning mellan parterna som ägt rum tidigare läggas till grund. Om parternas tidigare praxis i detta avseende varit för oregelbunden för att kunna ge ledning för bedömningen återstår inget annat än att uppskatta det arvode som är skäligt med hänsyn till det av logistikern på godsflödesorganisationen nedlagda arbetet.

¹⁴⁷ Jfr här §§ 10 och 11 NSAB, där förvisso ingen klar skillnad mellan arvodesanspråk och ersättning för kostnader och utlägg görs, men där reglerna ändå tycks vila på att dessa poster i speditörens anspråk skall behandlas var för sig.

8.4 Sammanfattning

Logistikavtal bör kunna hävas med verkan *ex nunc*. Efter hävningen skall parterna i så fall återställa motparten tillhörande egendom som de ännu innehar. Vad gäller gods under transport kan logistikern anses ha rätt till sådana betalningar som förfallit vid hävningstidpunkten. För annat arbete bär han då logiskt sett vederlagsrisken. Vid vilken tidpunkt vederlaget skall anses vara förfallet till betalning måste anses vara beroende av vad som stadgas i avtalet. Är avtalet tyst på denna punkt torde allmänt gälla att arvodesanspråk och kostnader avseende transporten av visst identifierbart gods är intjänade först när transporten av detta gods i sin helhet är genomförd. Övriga arvodesanspråk och anspråk på ersättning för kostnader – alltså kostnader avseende organisationen och överinseendet av godsflödet – kan däremot anses förfalla periodvis, varvid det beror på parternas tidigare praxis eller i sista hand en skälighetsbedömning när sådana anspråk förfaller.

9 Krav på fullgörelse *in natura*

9.1 Kravets principiella innebörd vid tjänsteavtal – en probleminventering

Man kan principiellt skilja mellan tre olika aspekter av kravet på fullgörelse *in natura*¹: a) det civilrättsliga kravet på naturafullgörelse; b) det som Hellner kallar ”rätt till dom”, och som i detta arbete kommer att kallas det processrättsliga kravet, det vill säga rätten att få en dom som förpliktar den tredskande parten att prestera; och c) det exekutionsrättsliga kravet, det vill säga rätten att få hjälp av de exekutiva myndigheterna för att få en dom på naturafullgörelse verkställd.

Dessa krav behöver inte nödvändigtvis sammanfalla: för att vara juridiskt behöver ett civilrättsligt krav på naturafullgörelse inte vara sanktionerat av ett process- eller exekutionsrättsligt krav. Det räcker att det civilrättsliga kravet påverkar utformningen av andra civilrättsliga sanktioner för att det skall kunna sägas ha normativ existens. I den mån till exempel som ett civilrättsligt krav på naturafullgörelse påverkar skadeståndsberäkningen visar sig dess existens genom att skadeståndspåföljden i sig stöds på process- och exekutionsrättsliga krav.²

Innebörden av ett krav på fullgörelse *in natura* varierar med avtalstypen. Principiellt finns det anledning att skilja mellan avtal gällande egendom och sådana gällande tjänster. Vidare går en skiljelinje mellan varaktiga och momentana avtal.³ Logistikavtal utgör varaktiga tjänsteavtal och behandlingen av kravet på naturafullgörelse i detta kapitel kommer därför i stor utsträckning att inskränka sig till denna kategori.

¹ Jfr Hellner, *Kontraktsrätt* 2, s. 147

² Se Jan Hellner, *Specific Performance in Swedish Contract Law* [nedan Hellner *Specific Performance*], i Attila Harmathy (utg.), *Binding Force of Contract*, Institute for Legal and Administrative Sciences of the Hungarian Academy of Sciences, Budapest 1991, s. 51 ff.

³ Hellner, *Kontraktsrätt* 2, s. 149

Bland de situationer som aktualiserar kravet på naturafullgörelse kan man skilja mellan krav på att fullgöra en förpliktelse som ännu inte fullgjorts och krav på att avhjälpa fel eller utföra prestationen på nytt.⁴ De senare kraven betecknas i köplagen som avhjälpande och omleverans.⁵ Den första frågan är huruvida avhjälpande och omleverans kan tänkas förekomma vid tjänsteavtal, och vilken utformning dessa sanktioner i så fall skulle kunna anses ha vid logistikavtal.

9.2 Omleverans och avhjälpande vid långvariga tjänsteavtal

9.2.1 Omleverans

Omleverans bör på logiska grunder anses vara utesluten vid tjänsteavtal. Vid objektscentrerade avtal fokuseras uppmärksamheten på ett objekt som existerar längre än parternas avtalsrelation. Objektet har bestämda egenskaper och det kan därför finnas två objekt som är lika i den meningen att de inte går att skilja åt. Vid tjänster står arbetsprestationen i föregrunden. Denna är bunden till tiden och karakteriseras av ett visst utförande: en tjänst som utförs senare än planerat är inte samma sak som en tjänst som utförs vid rätt tidpunkt, och sätten på vilka tjänsten utförs kommer också att skilja sig åt, eftersom de omständigheter under vilka utförande sker kommer att variera med tiden. Med andra ord kan objekt vara generiska, men inte tjänster. Omleverans torde innebära att det är "samma" sak som levereras: sanktionen är i så fall i hög grad knuten till generiska objekt. Denna analys stöds av att omleveransbestämmelsen i 34 § köplagen för sin tillämpning förutsätter att varan kan ersättas av en annan.

Omleverans enligt köplagen förutsätter vidare att samma rättsfakta föreligger som grundar ett krav på hävning.⁶ Det kan alltså argumenteras att omleverans utgör en hävning avseende en viss vara med bibehållet anspråk på leverans av en annan, likvärdig, vara. En liknande konstruktion skulle förvisso kunna tänkas avseende tjänster: kunden häver avseende den tjänst som presterats, men bibehåller rätten att kräva en annan, likvärdig tjänst. I detta sammanhang gör sig dock tidsaspekten bemärkt: många tjänster kan inte ersättas av andra. En felaktigt skött bokföring kan inte ersättas av en korrekt bokföring efter det att skattemyndigheten

⁴ Hellner, *Kontraktsrätt 2*, s. 149; även Olsen, *Borgenärens val*, s. 470

⁵ Se 34 till 36 §§ köplagen

⁶ 34 § 2 st. jfr med 39 § 1 st. köplagen

underkänt redovisningen; en transport under vilken det transporterade godset skadats kan inte ersättas av en annan transport avseende samma gods under vilken det inte skadas⁷.

Det torde således vara omöjligt att "omleverera" en tjänst. När bokföringen underkänts av skattemyndigheten kan knappast bokföringsbyrån göra om arbetet, utan på sin höjd kan det handla om att rätta till de fel som förekommit. Sådana rättelser är emellertid att hänföra till avhjälpande, och det förefaller därför saknas utrymme för ett omleveransbegrepp inom ramen för tjänsteavtal. Det är också betecknande att konsumenttjänstlagen förvisso innehåller bestämmelser om avhjälpande men inte om omleverans.⁸

9.2.2 Avhjälpande

Avhjälpande förekommer i svensk lagstiftning i köplagen⁹, konsumentköplagen¹⁰ och i konsumenttjänstlagen¹¹. Med ett undantag har dessa lagar det gemensamt att föremålet för avtalet är ett fysiskt objekt, i köplagarnas fall det objekt som skall överlåtas, i konsumenttjänstlagens fall det objekt på vilket arbete skall användas¹². Undantaget består i att konsumenttjänstlagen också är tillämplig på förvaring av lösa saker (andra än djur), varom mera nedan.

Det gemensamma bland de bestämmelser om avhjälpande som avser fysiska objekt är att de i praktisk tillämpning måste anses ålägga gäldenären en reparationsskyldighet: felet i det köpta godset avhjälpas genom reparation liksom felet i det utförda arbetet avhjälpas genom reparation. Det är alltså ett statiskt tillstånd, nämligen egendomens skick, som genom avhjälpandet skall förändras och bringas i överensstämmelse med avtalet. Frågan är huruvida den uppenbarligen på reparation baserade regeln om avhjälpande kan tillämpas även på dynamiska skeenden som en pågående förpliktelse att visa omsorg. Frågan är, med andra ord, vad det skulle innebära att kräva att felet skall avhjälpas när det gäller långvariga förpliktelser att visa omsorg.

I förarbetena till konsumenttjänstlagen besvaras denna fråga på följande sätt:

⁷ Jfr avseende transporter Erling Selvig, *Om dom på naturaloppfyllelse, særlig i befraktningsforhold* [nedan Selvig, *Naturaloppfyllelse*], Arkiv for Sjørett, Bd. 5, s.553

⁸ 16 § konsumenttjänstlagen

⁹ 34 till 36 §§ köplagen

¹⁰ 26 och 27 §§ konsumentköplagen

¹¹ 20 § konsumenttjänstlagen

¹² Se 34 § 2 § köplagen, där omleveransbestämmelsen avser "en vara" samt allmänt 1 § 1 och 2 konsumenttjänstlagen

Vad härefter angår konsumentens befogenheter vid fel hos tjänsten [...] bör konsumenten även vid förvaring ha rätt att kräva att näringsidkaren utan extra kostnad för konsumenten avhjälper ett fel, dvs. i fortsättningen anordnar förvaringen på ett felfritt sätt.¹³

Resonemanget förutsätter att det kvarstår en tid under vilken avtalet skall löpa: vid avslutat uppdrag finns ju ingen fortsättning på förvaringen under vilken näringsidkaren skulle kunna avhjälpa felet. Detta förefaller implicera att kravet på avhjälpande i dessa fall mest är tänkt som ett civilrättsligt krav, då det knappast kan tänkas att konsumenten under pågående avtalsavveckling skulle utverka en dom mot näringsidkaren och sedan få kronofogdemyndigheten att förelägga näringsidkaren vid vite att avhjälpa felet i förvaringen. Detta intryck förstärks av att i 22 § konsumenttjänstlagen föreskrivs att ett prisavdrag enligt lagen skall motsvara vad det kostar för konsumenten att få felet avhjälpt. Även i detta avseende blir det emellertid svårt att förstå lagens logik: det kan knappast tänkas att konsumenten skulle få anlita en tredje part som ordnar näringsidkarens förvaring så att den motsvarar vad som stadgas i avtalet. Problemet vid en tillämpning av konsumenttjänstlagens bestämmelser i detta avseende torde därför vara att avgöra vilket marknadspris till exempel förvaring av möbler i fuktiga lokaler har jämfört med avtalsenlig förvaring i torra lokaler. Det är föga sannolikt att ett sådant marknadspris låter sig uppskattas, eller ens att konsumenten verkligen har ett intresse av att låta näringsidkaren fortsätta med den undermåliga förvaringen. Den enda praktiska lösningen tycks vara att konsumenten häver avtalet och låter någon annan förvara föremålet istället.¹⁴ Såvida den som i den ursprungliga partens ställe ordnar förvaringen begär ett högre pris än som framgår av det ursprungliga avtalet skulle prisavdraget motsvara mellanskillnaden mellan detta och det begärda priset. Problemet är bara att när avtalet väl är hävt, kan det inte finnas någon rätt till prisavdrag, utan frågan blir istället om skadestånd. Enligt reglerna för skadeståndsberäkningen torde emellertid ett dyrare täckningsavtal ersättas genom skadeståndet även utan någon särskild bestämmelse om näringsidkarens skyldighet att avhjälpa felet.

Bestämmelsen om avhjälpande vid fel i förvaringstjänster för konsumenter verkar således inte ens på det civilrättsliga planet vara sanktionerad, eftersom det inte kan anses utgöra något reellt rättsfaktum som med nödvändighet ingår i en annan civilrättslig regels tillämpningsrekvisit. Det framstår dessutom som tveksamt huruvida det kan finnas ett pro-

¹³ Prop. 1984/85:110 s. 118

¹⁴ Förutsättningen är ju här att tjänsten ännu pågår.

cess- eller exekutionsrättsligt krav på avhjälpande.¹⁵ Om det emellertid inte finns någon sanktion, kan kravet på avhjälpande av fel i förvarings-tjänster inte heller betecknas som juridiskt: kravet tycks finnas i lagen som en appell, inte nödvändigtvis som en regel som kan genomdrivas med juridiska medel.¹⁶

Detta torde gälla generellt för avhjälpande avseende förpliktelser att visa omsorg. I synnerhet i ett kommersiellt avtal förefaller det föga realistiskt att tänka sig att borgenären under löpande avtal skulle föra talan mot gäldenären om att denne skall höja standarden på sin prestation. Även om borgenären skulle göra det, kvarstår frågan vilka effekter detta skulle ha. Prisavdragets tillämplighet allmänt på kommersiella avtal har i förevarande arbete ifrågasatts och den civilrättsliga sanktion som stipuleras i konsumenttjänstlagen – om den ens går att tillämpa inom denna lags tillämpningsområde – kan alltså inte anses kunna överföras till logistikavtal. Vidare är det tveksamt huruvida ett krav på fullgörelse *in natura* av en förpliktelse att visa omsorg skulle kunna genomdrivas ens på det process- och exekutionsrättsliga planet.¹⁷ Vad gäller förpliktelser att visa omsorg tas därför i detta kapitel som utgångspunkt att det inte finns någon skyldighet att avhjälpa ett eventuellt fel.¹⁸

Vid resultatförpliktelser måste utgångspunkten vara en annan. Vid dessa skall ett visst specificerat resultat uppnås, och innan detta resultat har uppnåtts har inte gäldenären uppfyllt avtalet. Detta kan illustreras med konsumenttjänsträtten som exempel. Så länge det till exempel ännu är fel på en bil som skall repareras kan gäldenären inte sägas ha uppfyllt avtalet på rätt sätt, och borgenären har ett kvarstående anspråk på uppfyllelse. Att detta resonemang dock måste föreses med inskränkande kvalifikationer även vad gäller resultatförpliktelser visar dels det exempel avseende förvaringsavtal mellan en näringsidkare och en konsument som gavs ovan – att förvaringsutrymmet skall hållas torrt kan nog betecknas

¹⁵ Se nedan 9.4

¹⁶ Denna sanktionsinriktade syn på frågan om naturafullgörelse har kritiserats av Olsen, *Borgenärens val*, s. 469 som icke frigjord från löftesteorin. I förevarande sammanhang utgörs dock ledstjärnan av frågan huruvida det går att genomdriva en påstådd rätt i domstol, och perspektivet är därför pragmatiskt, snarare än teoretiskt till sin natur.

¹⁷ Detta spørgsmål kommer att dryftas i större detalj nedan under 9.4.

¹⁸ Här kan tänkas att det finns en länk till frågan om vederlagsrisken: lösningen på problemet med felaktigt utförda förpliktelser att visa omsorg skulle kunna vara att anse att gäldenären inte presterat på ett sådant sätt att han intjänat sitt vederlag för prestationen. Detta torde vara praktikabelt vid grava försummelser. Vid mindre fel bör dock anses att det är lättare att hantera borgenärens anspråk på kompensation genom att låta gäldenärens vederlagsanspråk kvarstå, men att mot detta kvitta borgenärens anspråk på skadestånd. Felaktigt utförda förpliktelser att visa omsorg förhållande till vederlagsrisken skall inte diskuteras närmare här.

som ett resultat som skall uppnås – dels det faktum att tidpunkten för leveransen inte kan säkerställas med en avhjälpandebestämmelse ens i köprätten. Dröjsmål sanktioneras inte med en plikt för gäldenären att avhjälpa. Detta torde i själva verket inte heller vara praktiskt möjligt: när den överenskomna tidpunkten väl passerat kan ingen makt i världen avhjälpa ett dröjsmål. Avhjälpande kan alltså inte komma ifråga vid förpliktelser där tiden är ett väsentligt element. Dessutom tycks avhjälpande som sanktion vara beroende av att resultatet av prestationen kan påverkas efter det att det en gång uppnåtts: om detta inte kan ske – såsom till exempel vid en transport under vilken godset skadats – kan avhjälpande knappast komma ifråga. Det som ”avhjälpande” därför måste anses innebära är att vid prestation av ett fysiskt objekt gäldenären är förpliktad att även efter det att tidpunkten för den ursprungliga prestationen förflutit reparera det presterade föremålet. Avhjälpande är i detta perspektiv inget annat än en reparationsskyldighet. Utanför området för de avtal som går ut på prestation av ett fysiskt objekt förefaller inte avhjälpande ha någon förnuftig innebörd. Avhjälpande är, om det förstås på detta sätt, en aspekt av plikten att uppfylla avtalet *in natura* som gör sig gällande vid just avtal om prestation av ett fysiskt objekt och har i så fall ingen självständig systematisk ställning inom kontraktsrätten.

Avhjälpande framstår vid närmare betraktelse som en fråga huruvida avtalsförpliktelsen kvarstår trots att gäldenärens uppfyllelseansträngningar redan en gång slagit fel. Frågan kan omformuleras så att den gäller problemet huruvida den primära avtalsförpliktelsen substitueras av en sekundär skadeståndsförpliktelse, eller om den kvarstår trots det felslagna uppfyllelseförsöket.

9.3 Vad innebär ett krav på naturafullgörelse? Överväganden med ledning av en rättskomparation

Svaret på den ovan ställda frågan – i vad mån kravet på uppfyllelse kvarstår efter ett felslaget uppfyllelseförsök – framställs typiskt som den punkt där kontraktsrätten i *common law* och i den kontinentaleuropeiska rätten mest markant skiljer sig åt: medan de kontinentaleuropeiska rättsordningarna håller fast gäldenären vid förpliktelsen att uppfylla *in natura* sägs *common law* substituera den primära uppfyllelseförpliktelsen med en skadeståndsförpliktelse.¹⁹ Ett närmare studium av denna fråga visar dock

¹⁹ Hellner, *Kontraktsrätt 2 häftet*, s. 147; Hagström, *Obligationsrätt*, s. 362; Ramberg, *Köplagen*, s. 64

att inte heller i den engelska rätten ett kontraktsbrott alltid endast leder till ett krav på skadestånd.

En viktig skiljelinje går här mellan kontraktsbrott som inträffar när tiden för prestationen är inne och anteciperade kontraktsbrott. De senare benämns vanligen *repudiatory breach*²⁰, och innebär att gäldenären genom sitt beteende indikerar att han inte längre anser avtalet vara gällande mellan parterna. Man skulle kunna uttrycka saken så att det handlar om en hävningsförklaring genom kontraktsbrott. I detta läge är det två mycket grundläggande läror inom den engelska kontraktsrätten som ställs mot varandra: å ena sidan står läran om att naturfullgörelse – *specific performance* – endast kan göras gällande i undantagsfall, å andra sidan motsäges detta av den också i engelsk rätt gällande maximen att *pacta sunt servanda*, det vill säga att en part inte ensam kan avgöra avtalets fortsatta öde.²¹

Den grundläggande regeln är att borgenären inte behöver acceptera hävningen, utan att han kan hålla fast vid avtalet och kräva fullgörelse, i vart fall till dess tiden för prestation är inne; han kan, som det uttrycks, *affirm the contract*. Det är först vid den i avtalet bestämda tiden för fullgörelse som frågan om kontraktsbrott och de påföljder som skall följa därav slutligen avgörs. Det uppstår dock ett problem när borgenären själv, i sin ställning som gäldenär enligt det kontraktuella motlöftet, håller på att tjäna in ett vederlag, och han alltså genom att hålla fast vid avtalet kan fortsätta att tjäna pengar. Denna effekt är till sina praktiska effekter mycket nära *specific performance* i det att den kontraktsbrytande parten påtvingas en prestation som han förklarat sig inte vilja ha.

De olika regelkomplexen och den konflikt de kan leda till när de ställs mot varandra framgår av fallet *White and Carter (Council) Ltd. v. McGregor* [1962] A.C. 413. Käranden hade slutit avtal med svarandens försäljningschef om att den förre skulle sätta svarandens reklam på soptunnor som käranden hade ställt upp runtom i staden. I avtalet fanns en klausul med innebörd att om inte delbetalningar hade influtit inom vissa angivna tider, hela det avtalsenliga priset skulle omedelbart förfalla till betalning. Svaranden insåg vad försäljningschefen hade gjort bara någon dag efter det att avtalet hade slutits – innan käranden hade satt igång med förberedelserna för att fullgöra avtalet – och hörde av sig till käranden med en förklaring om att han ville avbeställa reklamtjänsten. Käranden vägrade att acceptera

²⁰ Treitel, *Contract*, s. 857

²¹ Denna motsättning mellan två fundamentalt viktiga principer rättfärdigas för övrigt även Hellners uttalande att principen om *pacta sunt servanda* allena inte kan motivera läran om rätten att kräva fullgörelse *in natura*; se Jan Hellner, *Pacta sunt servanda* i Anders Bratholm m.fl. (utg.), *Samfunn, rett, rettferdighet. Festskrift till Torstein Eckhoffs 70-årsdag*, Tano, Oslo 1986, s. 335

denna form av *repudiatory breach* och började, oaktat hävningsförklaringen, att sätta upp reklamen. Svaranden vägrade att betala, och kåranden stämde honom enligt avtalet på hela priset. Fallet avsåg frågan huruvida kåranden hade rätt att fortsätta uppfylla ett avtal som han visste att svaranden inte längre ville stå fast vid, eller om han var tvungen att acceptera hävningsförklaringen, hyra ut reklamplatsen till någon annan och stämma svaranden på skadestånd i stället för priset.

House of Lords var delat i sin bedömning. Samtliga domare ansåg dock att de principer som gällde i detta fall – ett skotskt fall – också var tillämpliga inom engelsk rätt. Utfallet bestämdes av en majoritet av tre mot två av lorderna; majoriteten var i sig delad i Lord Hodson och Lord Tucker på den ena sidan – som avgav en gemensam dom, formulerad av Lord Hodson – och Lord Reid på den andra sidan, som avgav ett eget yttrande men röstade för samma utgång som lorderna Hodson och Tucker. Majoriteten godkände kårandens krav på betalning. Samtliga lordar i majoriteten betonade att ett avtal inte upphör bara för att en av parterna väljer att redan före tiden för prestation förklara att han inte kommer att fullgöra det. Lord Reid sade:

The general rule cannot be in doubt. It was settled in Scotland at least as early as 1848 and it has been authoritatively stated time and again in both Scotland and England. If one party to a contract repudiates it in the sense of making it clear to the other party that he refuses or will refuse to carry out his part of the contract, the other party, the innocent party, has an option. He may accept that repudiation and sue for damages for breach of contract, whether or not the time for performance has come; or he may if he chooses disregard or refuse to accept it and then the contract remains in full effect.²²

Lord Hodson förtydligade detta uttalande:

This [argumentet att motparten måste acceptera gäldenärens hävning, *min anm.*] produces an impossible result: if the innocent party is deprived of some of his rights it involves putting an end to the contract except in cases, unlike this, where, in the exercise of the court's discretion, the remedy of specific implement [specific performance, *min anm.*] is available.

The true position is that the contract survives and does so not only where specific implement is available. When the assistance of the court is not required the innocent party can choose whether he will accept repudiation and sue for damages for anticipatory breach or await the date of performance by the guilty party. Then, if there is failure in performance, his rights are preserved. [...] To hold otherwise would be to introduce a novel

²² *White and Carter (Councils) Ltd. v. McGregor* [1962] A.C. 413, s. 427

equitable doctrine that a party was not to be held to his contract unless the court in a given instance thought it reasonable so to do.²³

Lord Morton of Henryton och Lord Keith of Avonholm ville bifalla svarandens talan. I deras ögon skulle ett företräde för principen att *pacta sunt servanda* i detta fall leda till ohållbara resultat. Särskilt Lord Keith uppmärksammade den motsättning till reglerna om *specific performance* som majoritetens hållning innebär. Han ville lösa problemet genom att närmare specificera reglerna för när prestationen enligt avtalet skulle utges. Lord Morton formulerade problemet på följande sätt:

The present case is one in which specific implement could not be decreed, since the only obligation of the respondent under the contract was to pay a sum of money for services to be rendered by the appellants. Yet the appellants are claiming a kind of inverted specific implement of the contract.²⁴

Lord Keith utvecklade denna argumentation:

If I understand aright, counsel for the appellants would read time of performance as time of performance by the defender after the appellants had discharged their part of performance under the contract. Their claim then becomes a claim, not for damages for breach of contract, but for a debt due by the defender under the contract. [...] This, I think, goes beyond anything that has been decided in the cases where anticipatory repudiation has been considered. It makes an arbitrary distinction and one differing in its consequences according as performance is first called for under the contract from the repudiating party, or from the other party. [...] In the latter case, according to the submission made, he [den hävande parten, *min ann.*] is liable contractually for a debt at least where the consideration for performance by the other party is expressed in money.²⁵

Lord Keiths argumentation gick alltså ut på att det inte kunde gå an att ena parten under påstående om att han håller fast vid kontraktet fortsätter sina egna uppfyllelseansträngningar – och löper de därmed förbundna kostnaderna – bara för att kunna stämma motparten på betalning när väl tjänsten är utförd och tiden för betalning är inne. Lord Keiths lösning var följande:

If performance is first to be given by the other party and the time for his performance has arrived he must tender performance, in the sense of showing that he is now ready and able to give performance, and if this tender is still rejected by the repudiating party his only cause of action again arises to him as at that date.²⁶

²³ *Ibidem*, s. 445

²⁴ *Ibidem*, s. 433

²⁵ *Ibidem*, s. 436

²⁶ *Ibidem*, s. 436 f.

I och med att Lord Morton och Lord Keith befann sig i minoritet är alltså dessa argument och de föreslagna lösningarna överspelade. Ett problem med tolkningen av fallet är att majoritetsmeningen vid en strikt analys egentligen utgörs av lorderna Hodsons och Tuckers mening: Lord Reid anförde en egen motivering, men kom till samma utslag som lorderna Hodson och Tucker, medan Lord Keith och Lord Morton avgav var sin dom. Prejudikatsvärdet av samtliga uttalanden i fallet skulle därför kunna betraktas som mycket tveksamt, även om det är klart att den icke-kontraktsbrytande parten har rätt att välja huruvida han vill acceptera hävningen eller ej.

I fallet hade av parterna diskuterats följderna av den regel som kändanden stödde sig på. Diskussionerna under förhandlingen tycks ha kretsat runt exemplet med en expert som, trots sin uppdragsgivares oberättigade hävning, flyger från London till Hong Kong för att skriva en rapport. Med den regel som majoriteten tillämpade i *White and Carter v. McGregor* skulle experten vara oförhindrad att debitera uppdragsgivaren för detta oönskade arbete. Lord Reid var den ende av lorderna som närmare diskuterade exemplet och dess implikationer. Han var villig att erkänna följande begränsning av den generella regeln om att den kontraktsbrottslidande parten har rätt att välja huruvida han vill acceptera hävningen eller ej:

It may well be that, if it can be shown that a person has no legitimate interest, financial or otherwise, in performing the contract rather than claiming damages, he ought not to be allowed to saddle the other party with an additional burden with no benefit to himself.²⁷

Lord Reids uttalande kan tekniskt sett inte anses vara bindande såsom prejudikat. Frågan var dessutom vad han egentligen menade. Senare rättspraxis bytte över tiden inställning avseende Lord Reids uttalande. Först avvisades det som irrelevant för att sedan accepteras som en säkerhetsventil i vissa fall. Salmon L.J. uttalade i *Decro-Wall International S.A. v. Practitioners in Marketing Ltd.* [1971] 1 W.L.R. 361:

Mr. Ross-Munro [kändandens ombud, *min anm.*] also sought to rely on a passage in the speech of Lord Reid in *White and Carter (Councils) Ltd. v. McGregor* [1962] A.C. 413, 428, in support of the proposition that a contract-breaker may in some circumstances by his breach unilaterally bring the contract to an end in law. I do not think Lord Reid said anything of the kind. Indeed, in that case the majority decision, in which he concurred, was to the contrary. I think that in the passage relied on, Lord Reid was perhaps only restating an argument which had been addressed to the House. In any

²⁷ *Ibidem*, s. 431

event the only proposition in which he concurred was that you cannot claim money as payable under a contract if you have not earned it under the contract. The fact that the contract-breaker has prevented you from earning it by his breach cannot entitle you to claim it as due under the contract. All you then are entitled to is damages. In the *White and Carter* case the party who broke the contract by repudiating it was not in a position to prevent the other party from carrying out the contract and thereby earning his remuneration. The House of Lords held that the remuneration was recoverable.²⁸

Denna avoga inställning – som delades av Sachs och Buckley L.JJ. – till att använda den öppning i den generella regeln som Lord Reid hade lämnat kvarstod dock inte alltför länge. I *The Puerto Buitrago*²⁹ utnyttjades den. Lord Denning uttalade:

It [*White and Carter v. McGregor*, *min anm.*] has no application whatever in a case where the plaintiff ought, in all reason, to accept the repudiation and sue for damages – provided that damages would provide an adequate remedy for any loss suffered by him. The reason is because, by suing for the money, the plaintiff is seeking to enforce specific performance of the contract – and he should not be allowed to do so when damages would be an adequate remedy.³⁰

Browne L.J. höll med Lord Denning, medan Orr L.J. angav ytterligare en skillnad mellan *White and Carter v. McGregor*:

The present case differs from that case [*White and Carter v. McGregor*, *min anm.*] in that here it cannot be said that the owners could fulfil the contract without any co-operation from the charterers ...³¹

Regeln innebär alltså i sin i *The Puerto Buitrago* formulerade form att den förfördelade parten för uppfyllelsen av sin egen prestation inte får vara beroende av motpartens medverkan: han kan inte räkna med domstolarernas hjälp att genomdriva en medverkansförpliktelse *in natura*. Detta följer av begränsningarna i rätten att kräva *specific performance*. Därutöver måste den icke-kontraktsbrytande parten ha ett legitimt intresse av något slag att vilja fortsätta med sin uppfyllelse. I annat fall kommer domstolen att finna att han är förpliktad att kräva skadestånd istället för vederlaget.

²⁸ *Decro-Wall International S.A. v. Practitioners in Marketing Ltd.* [1971] 1 W.L.R. 361, 370

²⁹ *Attica Sea Carriers Corporation v. Ferrostaal Poseidon Bulk Reederei GmbH* [1976] 1 Lloyd's Rep. 250

³⁰ *Ibidem*, s. 255

³¹ *Ibidem*, s. 256

Regeln behandlades i ytterligare några fall, varvid den dock väsentligen behöll sin nu beskrivna innebörd. I *The Dynamic*³² sammanfattade Simon J. rättsläget på följande sätt:

These cases establish the following exception to the general rule that the innocent party has an option whether or not to accept a repudiation: (i) The burden is on the *contract-breaker* to show that the innocent party has no legitimate interest in performing the contract rather than claiming damages. (ii) This burden is not discharged merely by showing that the benefit to the other party is small in comparison to the loss to the contract breaker. (iii) The exception to the general rule applies only in extreme cases: where damages would be an adequate remedy and where an election to keep the contract alive would be unreasonable.³³

Till detta skall alltså läggas den ytterligare preciseringen att den part som väljer att ignorera ett anteciperat kontraktsbrott inte får vara beroende av motpartens medverkan för att fullgöra sina egna åtaganden.

Detta inskränker reglerna avseende *specific performance* i väsentliga delar till fall där tiden för prestationen är inne. Vid anteciperat kontraktsbrott kan den kontraktsbrytande parten endast få motparten att inskränka sig till ett skadeståndskrav om motparten behöver den kontraktsbrytandes medverkan för att fullgöra sin egen prestation. I sådana fall förligger dock ett fullbordat kontraktsbrott från den kontraktsbrytande partens sida, då även medverkan omfattas av de avtalsenliga förpliktelserna.

Till och med när kontraktsbrottet är fullbordat är det dock inte så enkelt att avtalet helt enkelt upphör att gälla: reglerna om hävning³⁴ innebär att avtal inte kan sägas upp hur som helst. Det som är utmärkande för den engelska rättsordningen är att det bland de sanktioner som utöver hävning står till den kontraktsbrottslidande partens förfogande saknas ett krav att motparten skall tvingas fullgöra *in natura*.

Detta resultat tyder på att det som är utmärkande för den kontinentaleuropeiska rätten är att även efter fullbordat avtalsbrott – det vill säga när prestationen uteblivit eller är felaktig vid tiden för fullgörande – det finns ett krav på att motparten skall fullgöra sin primära avtalsförpliktelse. Som resonemanget om avhjälpande ovan visat är dock inte heller detta uttalande helt rättvisande. En första fråga är vad som händer om gäldenären blankt vägrar att fullgöra. Även i de kontinentaleuropeiskt systemen blir

³² *Ocean Marine Navigation Limited v. Koch Carbon Inc.* ("The Dynamic") [2003] 2 Lloyd's Rep. 693

³³ *Ocean Marine Navigation Limited v. Koch Carbon Inc.* ("The Dynamic") [2003] 2 Lloyd's Rep. 693 på sidan 698

³⁴ Se kapitel 8.

det förr eller senare absurt att kräva fullgörelse. Käranden kommer då antagligen att behöva finna sig i att kravet på fullgörelse *in natura* upphör och ersätts av ett skadeståndskrav.³⁵ Det förefaller föga troligt att en borgenär vid upprepade tillfällen skulle kunna framföra krav på naturaprestation. För det andra är frågan i de kontinentaleuropeiska rättsordningarna vilket exekutivt tvång som står bakom kravet på fullgörelse *in natura*. Det tjänar föga till att få rätt i princip om borgenären inte kan genomdriva sin rätt med domstolars och kronofogdemyndighetens hjälp. Hellner har påpekat att även om exekutivt tvång saknas, har kravet på fullgörelse *in natura* följd för skadeståndsberäkningen. Detta är förvisso sant, men inskränks av den kontraktsbrottslidandes plikt till skadebegränsning.³⁶ Det kan förvisso diskuteras huruvida skyldigheten att begränsa skadan kan påverka rätten att kräva naturafullgörelse³⁷, men övervägande skäl synes tala för att anspråket på fullgörelse *in natura* har en av sina gränser i skadebegränsningsplikten.³⁸ Det viktigaste av dessa skäl är att borgenären, om en skadebegränsningsplikt inte funnes, skulle kunna spekulera på gäldenärens bekostnad genom att upprätthålla sitt krav på naturafullgörelse till dess marknaden utvecklats på ett för honom optimalt sätt. Påståendet om att borgenären alltid har en rätt att kräva fullgörelse *in natura* förefaller alltså redan vid en första analys ha ett mycket mer begränsat innehåll än som skulle kunna antas.³⁹

Skillnaden mellan *common law* och den kontinentaleuropeiska rätten ligger alltså i att i den kontinentaleuropeiska rätten den avtalsbrytande parten sägs kunna tvingas att fullgöra sitt åtagande, trots att han uttryckligen vägrar att göra det. Ur detta perspektiv blir den centrala frågan inte vilka teoretiska utgångspunkter civilrätten har, utan hur de process- och exekutionsrättsliga reglerna ser ut. Det må vara så att en part formellt sett är bunden av sitt avtal, men om han inte genom exekutivt tvång kan förmå uppfylla det, står käranden till slut ändå endast med ett skadestånds- och eventuellt hävningskrav.

Vid denna punkt kan konstateras att de olika kontinentaleuropeiska rättsordningarna avser olika saker när det talas om fullgörelse *in natura*. Den franska rätten gör en skillnad mellan *obligations de faire ou de ne pas*

³⁵ Jfr här även de konverteringsregler som stadgas i några transporträttliga lagar; 13 kap. 28 § 3 st. sjölagen, 27 § 1 st. JTL, 31 § 1 st. VTL.

³⁶ Jfr 70 § 1 st. köplagen. Bestämmelsen kodifierar redan tidigare gällande allmänna avtalsrättsliga principer, se Ramberg, *Köplagen*, s. 694.

³⁷ Om skadebegränsningsplikten mera nedan under 9.5.2.

³⁸ Se Ramberg, *Köplagen*, s. 695 med ytterligare hänvisningar. Ramberg anser att skadebegränsningsplikten inträffar först efter det att avtalet hävts: denna åsikt delas alltså *inte* här.

³⁹ Hellner, *Specific Performance*, 138

*faire*⁴⁰ och andra förpliktelser⁴¹. Borgenärens krav på fullgörelse av förpliktelser att göra eller inte göra förvandlas enligt art. 1142 Code civil till ett skadeståndskrav när gäldenären inte efterkommer sina åligganden: det finns alltså inget krav på fullgörelse *in natura* i sådana fall. En närmare granskning visar dock att därmed endast menas att gäldenären inte genom personligt tvång kan förmås att fullgöra avtalet.⁴² Gäldenären kan dock ”indirekt” tvingas att fullgöra avtalet, antingen genom att borgenären låter fullgörelsen skötas av tredje man⁴³ eller genom att en domstol förelägger en såkallad *astreinte*: det senare kan jämföras med ett vitesföreläggande enligt svensk rätt och har numera stöd i lag 91-650 av den 9 juli 1991.⁴⁴ *Astreinte* kan föreläggas även för förpliktelser att göra eller inte göra, och ter sig alltså för den svenska betraktaren som ett kringgående av art. 1142 Code civil. I fransk rätt betraktas dock som sagt ett föreläggande om *astreinte* inte som en fullgörelse *in natura*.

Om den franska rätten således liknar den svenska, även om terminologin skiljer sig, går den tyska rätten å andra sidan mycket längre än den svenska. Även ett krav på skadestånd förutsätter att en *Nachfrist* satts ut.⁴⁵ Systemet liknar alltså hävningsinstitutet, och slutsatsen måste bli att borgenären har ett krav på naturafullgörelse under tiden till dess *Nachfrist* löpt ut. Borgenären ”kan” vidare kräva skadestånd efter *Nachfristens* utgång, vilket alltså innebär att han på intet sätt är förpliktad till det. I motsats till fransk rätt, där anlitande av tredje man anses utgöra ett indirekt sätt att kräva naturafullgörelse – och i motsats till engelsk rätt, där en sådan täckningstransaktion anses utgöra en skadeståndsrättslig fråga⁴⁶ – anses en täckningstransaktion i tysk rätt vara *Zwangsvollstreckung*, det vill säga en exekution av kravet på fullgörelse *in natura*. Täckningstransaktionen kräver, logiskt konsekvent, domstolens godkännande.⁴⁷ Vid förpliktelser som inte kan fullgöras av tredje man kan gäldenären enligt lagens ordalydelse dömas till betalning av vite eller till och med sättas i fängelse i ett försök att förmå honom att uppfylla avtalet.⁴⁸ I det senare avseendet liknar den tyska rätten den engelska, där sanktionen för *contempt of court* – med vilken en dom på *specific performance* sanktioneras – är böter eller fängelse.⁴⁹

⁴⁰ Se art. 1142 Code civil

⁴¹ Se art. 1145 Code civil

⁴² Se Bénabent, *Les obligations*, s. 426 f., som talar om *contrainte ”militaire”*.

⁴³ Art. 1144

⁴⁴ *Astreinte* utvecklades ursprungligen av domstolarna utanför Code civils system.

⁴⁵ § 281 BGB

⁴⁶ Treitel, *Remedies*, s. 46

⁴⁷ § 887 ZPO

⁴⁸ § 888 ZPO

⁴⁹ Treitel, *Remedies*, s. 63

Man kan alltså i ett komparativrättsligt perspektiv tvista om huruvida ”den kontinentaleuropeiska rätten” ger borgenären ett krav på fullgörelse *in natura*. Det praktiskt viktiga förefaller vara huruvida ett krav på fullgörelse *in natura* realistiskt kan genomdrivas på exekutiv väg. I detta avseende kan rättskomparationen inte längre ge ledning. Samspelet mellan de civilrättsliga och de process- och exekutionsrättsliga reglerna blir för komplext för att kunna ge någon värdefull ledning för tanken. I det följande skall därför endast de svenska process- och exekutionsrättsliga reglerna analyseras. Fokus kommer att ligga på frågan vilka civilrättsliga krav som kan bli föremål för en fullgörelsetalan, och vilka fullgörelse-domar som i så fall kan bli föremål för exekution.

9.4 Svensk process- och exekutionsrätt med avseende på krav på fullgörelse *in natura*

9.4.1 Inledning

Enligt utsökningsbalken finns olika former av exekution, varav somliga avser indrivning av en fordran på betalning – med avseende på sådana är ur exekutionsrättslig synvinkel utmätningen central – andra avser avhysning eller överförande av besittningen till ett föremål från gäldenären till borgenären.⁵⁰ I dessa fall är förfarandet förhållandevis enkelt: borgenären yrkar att gäldenären skall betala en viss summa pengar, avflytta från en lägenhet eller utge en viss sak. Sådana yrkanden uppfyller normalt utan vidare kravet i 42 kap. 2 § 1 st. 1 p. rättegångsbalken om att en ansökan om stämning skall innehålla ett bestämt yrkande. Om och när dom i enlighet med yrkandet avkunnas, kan sedan – beroende på domslutets innehåll – denna exekveras genom att ett föremål hos gäldenären utmäts, försäljs genom kronofogdemyndighetens försorg och borgenären får sin fordran betalt ur den influtna summan, genom att myndigheten flyttar ut gäldenärens möbler och annat husgeråd ur lägenheten, eller genom att kronofogden tar det relevanta föremålet ur gäldenärens besittning och lämnar det till borgenären.

Det som avses i förevarande diskussion om fullgörelse *in natura* är dock inte betalningskravet, och inte heller utgivande av egendom (avhysning torde vara av föga relevans för logistikavtalet). Det stora problemet vad gäller logistikavtalet i den mening som i denna framställning läggs i begreppet är logistikerns förpliktelse att organisera, implementera och förvalta en logistikkedja: frågan är i vad mån krav på fullgörelse *in natura*

⁵⁰ Se särskilt 4 kap. och 16 kap. utmätningbalken

av sådana förpliktelser kan göras gällande. Eventuella regler om att vissa tjänster av personlig karaktär inte med domstols hjälp kan inkrävas *in natura* skall behandlas i avsnittet om exekutionsrätten. Frågan är nu närmast under vilka omständigheter det är möjligt att utfå en fullgörelse-dom på att logistikern är skyldig att uppfylla avtalet. Därefter skall diskuteras huruvida en sådan dom – om den skulle kunna gå att uppnå – är exekverbar.

9.4.2 Processrättsliga regler

Enligt 42 kap. 2 § 1 st. 1 p. rättegångsbalken skall en ansökan om stämning innehålla ett ”bestämt yrkande”. Förarbetena anger att genom denna formulering markeras ”att käranden skall i detalj redovisa innehållet i det domslut som han vill att rätten skall meddela.”⁵¹ Om stämningsansökan inte innehåller ett sådant bestämt yrkande, skall rätten enligt 42 kap. 3 § förelägga den sökande att avhjälpa bristen och, om sökanden inte förmår detta, enligt kapitlets 4 § 1 st. avvisa ansökningen, förutsatt att den är så obestämmd att den inte utan väsentlig olägenhet kan läggas till grund för en rättegång. Sammanlagt innebär detta stora krav på konkretisering: parten skall inte endast klargöra vilken prestation som motparten skall fullgöra, utan också på vilket sätt prestation skall ske.⁵² Regeln kan illustreras med fallet NJA 1985 s. 172, som dock gällde kravet på att en fastställelse-, inte en fullgörelsetalan skall avse ett preciserat rättsförhållande.⁵³

Fallet avsåg ett avtal om samlevnad som i sin 1 § stadgade dels hälftendeling av parternas sammanlagda egendom, dels att giftermålsbalkens regler skulle tillämpas på denna delning. Käranden yrkade att domstolen måtte fastställa att avtalet var bindande mellan parterna, och både tingsrätten och hovrätten biföll detta yrkande. Högsta domstolen tog däremot *ex officio* upp frågan huruvida yrkandet avsåg ett sådant preciserat rättsförhållande som kan göras till föremål för en fastställsetalan. Högsta domstolen uttalade allmänt om frågan: ”Det är emellertid att märka, att giltigheten av ett avtal

⁵¹ Prop. 1986/87:89 s. 189

⁵² Peter Westberg, *Domstols officialprövning. En civilprocessuell studie i anslutning till RB 17:3 p. 1* [nedan Westberg, *Officialprövning*], Ak. avh., Juristförlaget i Lund, Lund 1988, s. 136

⁵³ I förevarande avseende torde kraven på utformningen av yrkandet i en fastställsetalan och de motsvarande kraven avseende fullgörelsetalan i grunden vara desamma i den meningen, att domstolen och motparten måste veta vad frågan gäller, och att detta i sin tur innebär att yrkandet måste vara bestämt. Även om tröskeln för att få föra en fastställsetalan måhända på vissa sätt är högre än den för en fullgörelsetalan, illustrerar alltså fallet hur domstolen resonerar med avseende på yrkandets utformning.

– eller som här av en klausul i ett avtal – kan bero just av hur avtalet eller klausulen skall tolkas. För att en fastställsetalan som avser enbart giltigheten skall få föras måste det därför krävas, att käranden anger sin uppfattning om avtalsinnehållet så utförligt att motparten i rimlig utsträckning kan överblicka vilka invändningar i giltighetshänseende som det påstådda avtalsinnehållet kan ge anledning till. Domstolen måste också ges tillräckligt underlag för den bedömning av frågan om avtalet är förenligt med tvingande lagbestämmelser som ankommer på domstolen.” När det gällde det konkreta fallet yttrade domstolen bland annat: ”För frågan om klausulens giltighet blir därmed den närmare innebörden av betydelse. Avtalstexten ger i det hänseendet inte mycket upplysning. Eftersom GB innehåller åtskilliga bestämmelser som under olika förutsättningar leder till att vid bodelning en hälftendelning av giftorättsgodset inte skall ske (se 13 kap. 3 § GB), framstår i själva avtalstexten de två föreskrifterna om hälftendelning och om tillämpning av GB som inbördes oförenliga. Från någon eller några av de åsyftade bestämmelserna i GB torde visserligen kunna i förevarande fall bortses med hänsyn bl.a. till att de inte kan ha aktualitet sedan separation skett. För svarandens möjligheter att ta ställning i fråga om avtalsklausulens giltighet synes det emellertid väsentligt att han känner till, om enligt Elsie L:s uppfattning exempelvis reglerna om gäldstäckning och den år 1973 tillkomna bestämmelsen i 13 kap. 12a § GB om jämkning av delningsgrunden vid obillighet skall gälla. [...] I avsaknad av påstående av Elsie L om vad avtalsklausulen närmare innebär kan, mot bakgrund av vad som sagts i det föregående, hennes talan inte anses avse ett rättsförhållande som är tillräckligt preciserat för att käromålet skall kunna prövas.”

I vissa fall kan yrkandet anses vara preciserat genom att det konkretiseras av de grunder som parten anger för sin talan. Detta framgår av NJA 1994 s. 473:

Käranden krävde betalning av ränta enligt en klausul i avtalet som stadgade om rörlig ränta. Tingsrätten, som fick medhåll av hovrätten, avvisade talan såsom för obestämd jämfört med kraven i 42 kap. 2 § 1 st. 1 p. rättegångsbalken, eftersom räntan just var rörlig och inte fast. Högsta domstolen yttrade: ”Det ligger i sakens natur att ett ränteyrkande som grundas på ett avtal om rörlig ränta alltid måste bli i någon mån obestämt och endast kan innehålla grunder för beräkningen. Avtal om rörlig ränta fyller ett praktiskt behov och är i princip godtagbara. Den avfattning som ränteklausulen har fått i detta fall – och som, enligt vad utredningen visar, inte är ovanlig i branschen – kan inte sägas vara så obestämd att den inte utan väsentlig olägenhet kan läggas till grund för en rättegång. Yrkandet borde därför inte ha avvisats.”

Högsta domstolens uttalande tycks innebära att det i vissa fall, och i vart fall när detta fyller ett praktiskt behov och är annars allmänt godtagbart, räcker med att ange grunden för beräkningen av ett belopp, så att alltså

beloppet inte behöver preciseras närmare. Denna tolkning stämmer överens med Westbergs åsikt att ett yrkande om utfående av ett visst belopp kan vara preciserat genom att grunden för beräkningen anges.⁵⁴ Om detta kan anses avse alla former av yrkanden måste åtminstone genom en konkretisering av yrkandet i grunderna i detalj framgå vad käranden vill, varvid kravet på konkretisering är synnerligen högt ställt.

Detta krav förefaller göra det svårt, för att inte säga omöjligt, att formulera ett yrkande som avser en komplex tjänsteprestation. Om till exempel en skatterådgivare vägrar att fullgöra sitt uppdrag torde borgenären inte kunna formulera ett yrkande som är så precist att det kan läggas till grund för en rättegång. Vad skulle borgenären yrka? Att rådgivaren formulerar ett råd? På vilket sätt? Vad skall rådet innehålla? Inte ens i grunderna för ett yrkande torde kunna anges på vilket sätt ett sådant åläggande skall fullgöras, eftersom avtalet normalt inte stadgar på vilket sätt rådgivaren skall ta fram sina råd.

Detta resonemang leder ännu en gång till den systematiska skillnaden mellan resultatförpliktelser och förpliktelser att visa omsorg. När det gäller en resultatförpliktelse kan normalt inga större svårigheter anses möta att ange vad som yrkas: gäldenären skall måla ett visst hus, han skall bygga en mur eller gräva ett dike av en viss sträckning och höjd, respektive ett visst djup. Det kan antas att det normalt inte heller är svårt för käranden att formulera sättet på vilket detta skall ske med erforderlig precision. Med undantag för eventuella särregler för tjänster av personlig karaktär⁵⁵ torde det därför normalt inte finnas några svårigheter att få till stånd en fullgörelsedom avseende en tjänst som i huvudsak innebär en resultatförpliktelse.⁵⁶

När det gäller förpliktelser att visa omsorg förefaller det däremot omöjligt både att formulera vad som skall åstadkommas och att formulera hur detta skall ske. Hur skall man formulera ett yrkande på fullgörelse *in natura* av en bokföringsfirmas åtaganden? Ett yrkande att firman

⁵⁴ Westberg, *Officialprövning*, s. 209. Westbergs åsikt har dock kritiserats som ”svårförståelig”, Peter Fitger, *Rättegångsbalken II. Supplement* 38, Norstedts, Stockholm 2002, 42:7.

⁵⁵ Se om dessa regler avsnittet om de exekutionsrättsliga reglerna nedan.

⁵⁶ Se här SvJT 1957 rf 24, där det förvisso kan tvistas om frågan var om en resultat- eller en omsorgsförpliktelse, men där ett tidigare medgivet vite utdömdes för att just genomdriva en tjänsteprestation som åtminstone hade resultatnriktade inslag. Fallet handlar konkret om utdömandet av vitet – vilket för övrigt för sig självt betraktat uppfyller alla krav på konkretisering som rimligen kan ställas för att en resultatförpliktelse skall anses föreligga – och skall därför diskuteras nedan i samband med de exekutionsrättsliga reglerna, men på det processrättsliga planet kan anmärkas att svarandens medgivande avseende vitesföreläggandet i det tidigare målet förmodligen innebär ett kringgående av precisionskraven avseende yrkandet.

skall åläggas att ”sköta bokföringen” kan nog knappast anses uppfylla rättsgångsbalkens krav på precisering.

Detta innebär att oavsett vad som må gälla civilrättsligt, det uppenbarligen inte är möjligt att få en dom på fullgörelse av förpliktelser att visa omsorg, eftersom det inte går att formulera ett yrkande som skulle kunna ligga till grund för en rättegång. Om det emellertid inte skulle gå att utverka ett åläggande i en dom att gäldenären skall fullgöra en förpliktelse att visa omsorg, är det inte heller möjligt att få en exekutionstitel avseende en sådan förpliktelse.⁵⁷ I så fall är det omöjligt att anlita statlig tvångsmakt för att genomdriva ett sådant krav. Det har framgått ovan i avsnitt 9.3 att ett eventuellt civilrättsligt krav på fullgörelse normalt ter sig föga meningsfullt om det inte sanktioneras av process- och exekutionsrättsliga regler, eller åtminstone påverkar någon annan civilrättslig påföljd. Om ett civilrättsligt krav inte kan genomdrivas med domstols hjälp och inte heller påverkar något annat krav som kan sanktioneras genom dom, må det förvisso existera som en del av ett teoretiskt system eller som en moralisk föreställning, men det saknar juridisk realitet. Det har ovan argumenterats att kravet på fullgörelse av förpliktelser att *in natura* visa omsorg inte påverkar någon annan påföljd⁵⁸, och resultatet i detta avsnitt är alltså att det inte tycks vara möjligt att formulera ett yrkande bestämt nog för att det skall kunna läggas till grund för en rättegång. Med denna analys saknar kravet på naturafullgörelse alltså i förlängningen juridisk realitet.

Man skulle kunna vilja argumentera att kravet på fullgörelse *in natura* i de nu nämnda fallen i realiteten omvandlas till ett krav på skadestånd, alternativt avtalsstadgat vite. Det som då sker är dock just att käranden *inte* framställer ett krav på fullgörelse *in natura*, så att dessa fall stöder snarare än försvagar den här förda argumentationen. Eftersom kravet på naturafullgörelse i praktiken inte torde gå att driva, väljer i dessa fall käranden en annan påföljd, vilket rimligen måste anses innebära att inget krav på fullgörelse *in natura* framställs.

Eftersom de civilrättsliga reglerna vad gäller fullgörelsen *in natura* av förpliktelser att visa omsorg enligt det ovan sagda måste anses sakna juridisk realitet, bör frågan ställas om det över huvud taget är meningsfullt att tala om ett civilrättsligt krav på naturafullgörelse. Så kan knappast vara fallet. Det framstår som föga meningsfullt att ge med den civilrättsliga handen och sedan ta tillbaka med den process- och exekutionsrättsliga handen. Ett civilrättsligt krav som inte påverkar andra civilrättsliga regler och som inte heller sanktioneras på det process- och exekutionsrättsliga planet kan inte i någon rimlig mening sägas existera över huvud

⁵⁷ Jfr 3 kap. 1 § utsökningsbalken

⁵⁸ Se också om plikten att begränsa skadan nedan.

taget, utan förefaller snarare vara ett arv från den naturrättsliga eran då kravet på fullgörelse deducerades fram ur principen att *pacta sunt servanda*.⁵⁹ Om förevarande analys är riktig kan alltså konstateras att förpliktelser att visa omsorg inte sanktioneras av ett krav på fullgörelse. Det är avseende sådana förpliktelser därför endast hävning och skadestånd som kan anses sanktionera gäldenärens kontraktsbrott, och i det avseendet föreligger således med det perspektiv som åläggs här föga skillnad mellan den svenska och den engelska rätten. Följaktligen avser den fortsatta diskussionen i detta arbete av krav på fullgörelse *in natura* endast resultatförpliktelser.

9.4.3 Exekutionsrättsliga regler

Avseende resultatförpliktelser i tjänsteavtal är den exekutionsrättsliga utgångspunkten följande. Enligt 16 kap. 12 § 1 st. utsökningsbalken kan kronofogdemyndigheten i de fall som avses där – det vill säga andra fall än kvarstad – förelägga svaranden att fullgöra vad som åligger honom eller att iakttä förbud eller annan föreskrift. Sådana förelägganden kan enligt 2 kap. 15 § 1 st. utsökningsbalken sanktioneras med vite; detta vite skall enligt 3 § lagen (1985:206) om viten bestämmas till ett belopp som kan antas förmå gäldenären att följa föreläggandet. Enligt 2 § 2 st. samma lag får ett föreläggande inte förenas med vite om adressaten kan antas sakna faktisk eller rättslig möjlighet att följa föreläggandet. Enligt förarbetena avses med faktisk omöjlighet att gäldenären är sjuk eller på annat sätt fysiskt förhindrad att följa föreläggandet.⁶⁰ Vite skall enligt 9 § 1 st. lagen om viten inte dömas ut om ändamålet med vitet förlorat sin betydelse. Om det finns särskilda skäl, får enligt samma stadgande vitet jämkas.

Ett fall där vitet förlorat sin betydelse var NJA 1992 s. 194, där ansökan om verkställighet hade återkallats efter en förlikning mellan parterna. I NJA 1991 s. 643 kom Högsta domstolen till samma slut avseende en part som förelagts vid vite att inställa sig till domstolsförhandling, när inte endast han själv uteblev, utan också ett av åklagaren kallat vittne.

Dessa exekutionsrättsliga lagstadganden modifieras med en allmän regel om att prestationer av konstnärlig eller eljest starkt personlig karaktär inte kan genomdrivas med vitesförelägganden.⁶¹ Eftersom det saknas

⁵⁹ Naturakravet utgör antagligen verkligen ett arv från den naturrättsliga epoken: se Seve Ljungman, *Om prestation in natura* [nedan Ljungman, *Prestation*], Almqvist & Wiksells Boktryckeri AB, Uppsala 1948, kap. 1.

⁶⁰ Prop 1984/85:96 s. 48

⁶¹ Hellner, *Kontraktsrätt 2*, s. 151; Stig Strömholm, *Lag och lyra – En konflikt utan lösning* [nedan Strömholm, *Lag och lyra*], i Per Erik Lindblom (red.), *Process och Exekution*.

andra möjligheter att tvinga den till fullgörelse som vägrar att utföra en sådan prestation – utan i stället är beredd att betala ett eventuellt skadestånd – är alltså ett brott mot åtaganden av detta slag inte sanktionerat annat än genom ett krav på skadestånd. Kan man inte tvinga, eller försöka tvinga gäldenären att fullgöra sitt åtagande *in natura* kan man inte heller tala om att det finns ett krav på sådan fullgörelse. Exakt vad som menas med detta undantag är dock inte alls klart, och det är inte heller tydligt varför ett sådant undantag bör göras.

Vad gäller undantagets rättspolitiska bas är frågan varför ett undantag för personliga tjänster alls skall göras.⁶² De argument som brukar anföras som stöd för ett förbud mot vitesförelägganden avseende starkt personligt präglade uppdrag är dels att sådana förelägganden skulle i övermått inkräkta på den förpliktades personliga frihet⁶³, dels att resultatet av en prestation av denna karaktär som framtvings genom ett vitesföreläggande inte kan förväntas bli särskilt bra⁶⁴. För immaterialrättens del tillkommer dessutom vissa speciella överväganden som dock skall lämnas utanför den fortsatta diskussionen.⁶⁵

Vad gäller argumentet avseende prestationens kvalitet innehåller detta helt uppenbart en kärna av sanning. En operasångare som sjunger för att han vill undvika vite kan nog inte förväntas sjunga särskilt bra. Mot detta står argumentet att avgörandet bör överlämnas till borgenären huruvida han vill löpa risken att få en undermålig prestation (eller åtminstone en prestation som inte håller den höga nivå som borgenären ursprungligen förväntat sig). Det kan inte gärna vara rättsordningens sak att fatta ett sådant beslut i borgenärens ställe. Kvalitetsargumentet verkar därför inte vara helt övertygande.

Jan Rosén har vidare ifrågasatt huruvida vid särskilt krävande intellektuella arbeten inte själva huvudförpliktelsen är så oklar att den inte kan genomdrivas ens med avtalade viten.⁶⁶ Om huvudförpliktelsen emeller-

Vänbok till Robert Boman, Iustus förlag, Uppsala 1990, s. 328; Jan Rosén, *Förlagsrätt. Rättsfrågor vid förlagsavtal* [nedan Rosén, *Förlagsrätt*], ak. avh., Juristförlagen, Stockholm 1989, s. 189

⁶² Jfr Olsen, *Borgenärens val*, s. 476, som anser att undantaget medför att borgenärens rättskyddsintresse inte i tillräcklig mån tillgodoses.

⁶³ Rosén, *Förlagsrätt*, s. 189; Strömholm, *Lag och lyra*, s. 330

⁶⁴ NJA II 1914 s. 261

⁶⁵ Jfr Rosén, *Förlagsrätt*, s. 196 ff., men mot honom Strömholm, *Lag och lyra*, s. 325 ff. Se i synnerhet den senare på s. 327 där han påpekar att man i debatten om konflikten mellan upphovsrätten och förpliktelsen att fullgöra ett avtal *in natura* ofta tycks "glömma att konflikten mellan beställare och 'skapare' definitionsmässigt uppstår vid en tid då – ja, just därför att – något *verk* som ju är förutsättning och objekt för hela den upphovsrättsliga regleringen *inte är för handen*." [Kursiveringarna i originalet]

⁶⁶ Rosén, *Förlagsrätt*, s. 193

tid verkligen är till denna grad oklar förefaller det vara tveksamt huruvida borgenären ens kan skaffa sig en exekutionstitel. Det förefaller vara omöjligt att formulera ett tillräckligt preciserat yrkande. Exemplet med operasångaren visar dock att Roséns argument inte håller sträck. Ett åtagande att sjunga tenorpartituren i Händels *The Messiah* är nog så konkret att uppdragsgivaren inte torde finna det svårt att formulera ett klart och bestämt yrkande i en eventuell process. Varken den framtvingade prestationens kvalitet eller dess närmare bestämning kan därför tjäna som argument för ett förbud mot vitesförelägganden i här avsedda fall.

Detta leder diskussionen in på argumentet avseende gäldenärens personliga frihet. Det finns anledning att instämma i Stig Strömholms påpekande att

[d]et är svårt att inse varför en plåtslagare, som gripits av skräck för höga höjder eller en kroppsarbetare, som helt enkelt inte orkar, skulle ha mindre respektabla motiv än en journalist, som drar sig undan en helt rutinmässig beskrivning av en offentlig högtidlighet eller en debatt.⁶⁷

Om "normala" tjänsteprestationer kan genomdrivas med hjälp av ett vitesföreläggande, är det svårt att motivera varför inte också tjänster av högst personlig karaktär skall kunna genomdrivas på samma sätt. Konsekvensen tycks bjuda att antingen ett exekutionsrättsligt undantag görs för alla tjänster eller inget undantag alls. Åtskillnaden mellan konstnärliga och andra tjänster tycks vara konstlad och därför föga bärkraftig.⁶⁸ Regeln må således vara en del av den gällande rätten, men den saknar i så fall rättspolitisk motivering.⁶⁹

Undantagets tillämpningsområde, såsom det framställs i litteraturen, är inte heller så lätt att precisera. Det veterligen enda fall i praxis som skulle kunna belysa det exekutionsrättsliga undantaget är SvJT 1957 rf s. 24, men det fallet bidrar snarare till förvirringen än klargör undantagets räckvidd.

En författare hade avtalat med ett förlag om att han skulle skriva verket "Jazzen går vidare". Ingen tid inom vilken verket skulle vara färdigt bestämdes, utan författaren lämnade kapitel för kapitel när dessa var klara. Så småningom sinade emellertid strömmen av avlämnade kapitel, och författaren förelades, med hans medgivande, vite för det fall att han inte färdigställde

⁶⁷ Strömholm, *Lag och lyra*, s. 330

⁶⁸ Man kan undra om inte skillnaden har att göra med att jurister har mer förståelse för intellektuella än för fysiska prestationer. I så fall skulle den vara uttryck för ett skrå- och klasstänkande som inte bör få utrymme i den moderna juridiken.

⁶⁹ En viss förvirring härvidlag tycks också ha gjort sig gällande när lagberedningen tog fram förslaget till utskönningsbalk, se de riktlinjer, undantag och motundantag som diskuteras i förarbetena prop. 1980/81:8 s. 799.

verket till en viss tidpunkt. Verket blev inte klart inom den utsatta tiden, och först då, som invändning mot förlagets talan om utdömande av vitet, framförde författaren att det ”icke [kunde] vara lämpligt att under tvång frampressa ett arbete som det här ifrågavarande, vilket måste anses ha konstnärlig karaktär”. Hovrätten godtog inte denna argumentation, utan utdömde vitet.⁷⁰

Fallet är omdiskuterat i litteraturen, och någon enighet om vad det skall anses innebära, eller vilken betydelse det skall anses ha, kan inte skönjas. Jan Rosén säger att det är ”ganska tveksamt om hovrättens dom uttrycker svensk rätts ståndpunkt”, och åberopar som stöd härför uttalanden av Seve Ljungman och Stig Strömholm.⁷¹ Strömholm själv har påpekat att bedömningen av huruvida vite kan föreläggas för genomdrivande av en naturaprestation är så invecklad och oklar att en förläggare nog snarare bör lita på övertalning än till lagens långa arm.⁷² Lena Olsen menar att åtminstone avtalade viten kan utdömas även avseende tjänster av starkt personlig karaktär.⁷³ Från norskt håll har Viggo Hagstrøm påpekat att fallet saknar prejudikatsvärde, samt att utgången i målet enligt norsk rätt inte är hållbar.⁷⁴

Vad gäller frågan om fallets prejudikatsvärde kan konstateras att det inte finns någon annan svensk rättspraxis avseende undantaget från rätten att kräva naturafullgörelse. Även om fallet alltså förvisso må sakna prejudikatskvalitet⁷⁵, utgör det icke desto mindre rättspraxis’ ställningstagande i frågan. Således har fallet åtminstone en begränsad tyngd som argument i debatten, och då måste konstateras att vite utdömdes avseende en prestation som måste karakteriseras som högst personlig.

Inte heller vad gäller avtalade viten kan antas att det skulle finnas någon begränsning avseende de typer av tjänster vid vilka man kan komma överens om sådana. Såvida inte omständigheter föreligger som föranleder misstanken att avtalsklausulen om vite tillkommit på ett otillbörligt sätt, eller att en part utnyttjat sitt övertag utöver det skäligen gräns, finns i ljuset av SvJT 1957 rf s. 24 ingen anledning att betvivla möjligheten att stadga om vite avseende högst personliga tjänster. Eftersom det i fallet var möjligt att binda författaren till ett processuellt medgivande, torde det inte finnas någon anledning att betvivla möjligheten att binda en part till ett medgivande i avtal om att vite skall utgå vid underlåten prestation.

⁷⁰ Se om de processrättsliga aspekterna av fallet ovan under 9.4.2.

⁷¹ Rosén, *Förlagsrätt*, s. 194

⁷² Strömholm, *Lag och lyra*, s. 331

⁷³ Lena Olsen, *Ersättningsklausuler. Vite och andra avtalade ersättningar vid kontraktsbrott* [nedan Olsen, *Ersättningsklausuler*], Nerenius & Santérus Förlag, Stockholm 1993, s. 91

⁷⁴ Hagstrøm, *Obligationsrätt*, s. 367

⁷⁵ Eller kanske bättre uttryckt, formell prejudikatsstatus.

Rättsläget har kanske ändrats genom införandet av 36 § avtalslagen. I litteraturen tycks frågan om denna paragrafs tillämplighet på avtalsbaserade viten avseende personliga tjänster inte ha diskuterats annat än i fråga om en jämkning av beloppet.⁷⁶ Det förefaller inte särskilt troligt att vitesbestämmelser avseende personliga tjänster skulle förklaras oskäliga i och för sig. I synnerhet vid tjänster där gäldenärens personliga kvalifikationer står i förgrunden finns ett legitimt intresse att kunna hålla honom till den utlovade prestationen – någon annan kanske inte kan fullgöra prestationen på samma utmärkta sätt.⁷⁷ Övervägande skäl talar för att även högst personliga prestationer åtminstone bör kunna sanktioneras genom i avtal stadgade viten.⁷⁸

I rättspraxis förekommer veterligen inga fall förutom SvJT 1957 rf s. 24 där någon försökt att genomdriva ett krav på fullgörelse *in natura*. Det som däremot förekommer är processer om konkurrensbegränsningsklausuler, det vill säga situationer i vilka en part genom avtal åtagit sig att inte bedriva med motpartens affärer konkurrerande verksamhet. Fallen handlar typiskt sett om situationer i vilka det påstås ett brott mot den konkurrensgränsade klausulen och där det alltså handlar om att hävda dess giltighet.⁷⁹ Konkurrensbegränsande klausulers giltighet är numera starkt kringskuren av 38 § avtalslagen. Icke desto mindre är sådana klausuler i princip giltiga, förutsatt att de håller sig inom det skäligen gräns.⁸⁰ Detta innebär bland annat att vitesbeloppet för en överträdelse av konkurrensklausulen inte får vara orimligt högt tilltagen. Ett genomdrivande av en konkurrensklausul genom avtalsstadgat vite utgör emellertid ett genomdrivande av en fullgörelse *in natura*. Förpliktelsen som genomdrivs måste dessutom betecknas som högst personlig, eftersom den utgör ett förbud mot att använda sina i en tidigare verksamhet förvärvade kunskaper. En argumentation av denna innebörd fördes av sva-

⁷⁶ Se här diskussionen hos Rosén, *Förlagsrätt*, s. 193 samt Olsen, *Ersättningsklausuler*, s. 120 ff.

⁷⁷ Jfr dock Strömholm, *Lag och lyra*, s. 330 f., som vill göra ett undantag för fall där den erforderliga kompetensnivån är så hög att även sakkunniga bedömare anser fullgörelsen av prestationen som reellt ansträngande.

⁷⁸ Här bortses från eventuella hinder mot verkställighet som må finnas i den immaterialrättsliga lagstiftningen. Det har också påpekats att i många fall där gäldenären vägrar prestation något immaterialrättsligt verk ännu inte finns, så att de immaterialrättsliga reglerna på sin höjd kan tillämpas *ex analogia*; Strömholm, *Lag och lyra*, s. 327

⁷⁹ Se exempelvis AD 167/1977, AD 44/1990, AD 38/1991, AD 67/1992, AD 99/1992 och AD 1157/2002

⁸⁰ Se AD 38/1991, där domstolen uttalade: "Vad som här anförts utgör enligt arbetsdomstolens mening dock inte tillräckliga skäl för att på rättslig väg, under åberopande av grunderna för 38 § eller med tillämpning av 36 § avtalslagen, helt fränkänna ett avtal av det här ifrågavarande slaget verkan ..."

randen i AD 44/1990: argumentet löd att det enligt svensk rätt inte är möjligt att "framtvunga fullgörelse av en naturalförpliktelse". Arbetsdomstolen underkände argumentet:

Det kan även tilläggas att redan av det förhållandet att statsmakterna genom lagstiftning tillhandahåller regler för säkerställande av negativa naturalförpliktelser torde följa att det enligt svensk rätt inte föreligger något principiellt hinder mot att ålägga en part att fullgöra ett avtal som innebär en sådan förpliktelse.

Det kan uppmärksammas att Arbetsdomstolen här inskränker sitt yttrande till negativa förpliktelser. Konkurrensklausuler hindrar emellertid käranden från att utöva en viss verksamhet och måste därför betraktas som synnerligen ingripande i den personliga friheten. Om ett ingrepp i denna frihet kan accepteras vid konkurrensklausuler saknas anledning att anta att ett ingrepp i en uppdragstagares frihet principiellt skulle vara uteslutet vad avser fullgörelse *in natura* av en högst personlig tjänst.

Givet denna analys bör frågan ställas av vilken anledning man skulle göra en skillnad mellan viten som stadgats i avtal och sådana som föreläggs av kronofogdemyndigheten som ett medel att genomdriva en fullgörelsedom avseende en naturaprestation. En skillnad mellan dessa kategorier av viten torde inte vara motiverad. Det bör inte vara beroende av borgenärens sinnesnärvaro i avtalsögonblicket huruvida vite kan användas för att genomdriva ett krav på naturaprestation eller ej. Eventuella förbiseenden från borgenärens sida vid tidpunkten för avtalets ingående bör inte kunna leda till att han står utan sanktion när ett avtalsbrott förekommer. Kronofogdemyndigheten bör därför anses ha möjlighet att förelägga gäldenären vite. Det finns således enligt den här hävdade meningen inget hinder mot att verkställa en dom på fullgörelse av en naturalförpliktelse genom att förelägga gäldenären vid vite att efterkomma domen.

Ytterligare stöd för denna argumentation ligger i det faktum att många verksamheter numera är organiserade som juridiska personer. Om ett åtagande av en tjänst formellt sett gjorts av den juridiska personen kan det ur ett formellt perspektiv inte anses vara högst personligt. Reellt kan det dock röra sig om en sådan tjänst, i det att den fysiska person som til syvende og sidst skall utföra tjänsten behöver kvalifikationer som ger tjänsten en starkt personlig karaktär. Kan man i sådana fall kringgå förbudet mot vitesföreläggande genom att rikta yrkandet mot den juridiska istället för den fysiska personen? Utan att ta ställning i denna fråga kan konstateras att undantaget verkar föga motiverat.

Ett sista argument som kan anföras är att det inte tycks finnas någon heltäckande och precis definition av vad som utgör tjänsteprestationer av högst personlig karaktär. De exempel som nämns syftar ofta på konstnär-

liga eller konstnärsliknande prestationer såsom forskning eller annat författarskap. Hur är det då med en särskilt skicklig snickare som åtagit sig att framställa en möbel efter egen design? Systematiskt tycks det i ett sådant fall röra sig om ett tillverkningsköp. Ingenstans i den köprättsliga litteraturen framgår emellertid att kravet på fullgörelse *in natura* vid tillverkningsköp skulle hämmas av några exekutionsrättsliga principer. Icke desto mindre utgör dock vid ett sådant uppdrag gäldenärens särskilda och konstnärsliknande kvalifikationer med stor sannolikhet grunden för avtalets ingående. Skall "normala" exekutionsrättsliga principer tillämpas, eller handlar det om en tjänst av högst personlig karaktär?

Undantaget måste således anses vara dåligt motiverat och illa avgränsat. Inte heller rättspraxis tycks ha tagit entydig ställning för dess existens: tvärtom utdömde hovrätten i SvJT 1957 rf s. 24 ett vite för icke-uppfyllelse av ett åtagande som klart måste betecknas som högst personligt. Om denna analys är riktig blir undantaget ohållbart: resultatförpliktelser bör kunna genomdrivas genom ett föreläggande av vite även i sådana fall där resultatets åstadkommande kräver insatser av högst personlig natur.

9.4.4 Sammanfattning

Medan alltså förpliktelser att visa omsorg redan på processrättsliga grunder måste anses vara omöjliga att genomdriva med domstols hjälp, tycks det, vad gäller resultatförpliktelser, varken finnas process- eller exekutionsrättsliga hinder mot ett krav på fullgörelse *in natura*. Någon regel om att det vid tjänster av högst personlig karaktär saknas exekutionsrättsliga möjligheter för deras genomdrivande tycks inte finnas. Med denna process- och exekutionsrättsliga analys som utgångspunkt skall i det följande civilrätten diskuteras.

9.5 Kravet på naturafullgörelse av resultatförpliktelser enligt allmän kontraktsrätt

9.5.1 Inledning

Det bör hållas i minnet att diskussionen nedan på flera sätt är begränsad och därför endast avser vissa specifika problem. Dels handlar diskussionen inte om förpliktelser att visa omsorg, då sådana förpliktelser på grund av processrättsliga regler inte anses kunna göras till föremål för en talan i domstol. Dels behandlas inte sådana resultatförpliktelser som exekutivt kan genomdrivas med hjälp av utmätning eller avhysning. Det kan inte betvivlas att krav på utlämnande av egendom, eller på avflytt-

ning från en fastighet, kan genomdrivas genom exekutivt tvång. Det som är föremål för diskussionen här nedan är istället sådana resultatförpliktelser som förutsätter arbete från gäldenärens sida, och som alltså exekutivt endast kan genomdrivas genom vitesförelägganden. Av analysen ovan har framkommit att sådana krav principiellt kan göras till föremål för en fullgörelsetalan, samt att en dom på fullgörelse principiellt kan exekveras. Frågan är alltså nu vilka andra begränsningar som kan antas gälla för genomdrivandet av resultatförpliktelser.

9.5.2 Plikten att begränsa sin skada

Skadebegränsningsplikten har numera lagfästs i 70 § 1 st. köplagen. Lagrummet har sin förebild i art. 77 CISG, ”men den innebär ingen nyhet jämfört med tidigare gällande rätt, eftersom den [principen i 70 § 1 st. köplagen, *min anm.*] ändå gällt på grund av allmänna avtalsrättsliga principer”.⁸¹ Det kan alltså antas att den regel som framgår av bestämmelsen även gäller utanför köprätten och att skadebegränsningsplikten gäller allmänt i hela kontraktsrätten.

Problemet i förevarande sammanhang är frågan hur skadebegränsningsplikten⁸² förhåller sig till rätten att kräva fullgörelse. Ramberg företräder följande uppfattning:

Vid köp av vissa typer av varor kan det vara naturligt att företa en täckningstransaktion men, som tidigare nämnts, har såväl säljaren som köparen principiell rätt till fullgörelse och skyldighet för köparen att företa en täckningstransaktion föreligger normalt endast *efter* det att köpet hävts och han sålunda träffat sitt val.⁸³

Argumentationen är något överraskande. Om man utgår ifrån att det är den kontraktsbrottslidande parten som har valet avseende vilken principiellt tillämplig sanktion som skall användas, har han också rätt att låta bli att häva avtalet, i synnerhet som hävningsrätten är begränsad och rättsordningen alltså värnar om avtals fortsatta bestånd efter kontraktsbrott.⁸⁴ Om alltså köparen av en eller annan anledning inte vill häva, skulle han enligt Rambergs mening normalt inte heller behöva begränsa sin skada. Detta resultat skulle kunna undvikas genom ett lojalitetsreso-

⁸¹ Ramberg, *Köplagen*, s. 694; även Hellner, *Kontraktsrätt 2*, s. 216 f.

⁸² Naturligtvis handlar det inte om en ”plikt” i snäv bemärkelse, utan om en åtgärd i eget välförstått intresse: sanktionen för en försummad skadebegränsning är att skadelidanden själv får bära den skada som han hade kunnat undvika.

⁸³ Ramberg, *Köplagen*, s. 695; kursivering i originalet. Liknande även Hellner, *Kontraktsrätt 2*, s. 217

⁸⁴ Jfr kapitel 8.

nemang med innebörd att köparen inte i illojalt syfte eller utan giltigt skäl får låta bli att häva när det står klart att säljaren inte kommer att uppfylla. Med detta argument hävdas emellertid också en skadebegränsningsplikt, med den enda skillnaden att detta sker via en okodifierad allmän rättsprincip. Frågan skulle i så fall vara varför inte 70 § 1 st. köplagen skulle bli tillämplig redan före hävningstidpunkten.

Om skadebegränsningsplikten gäller redan före hävningstidpunkten skulle alltså plikten att begränsa skadan kunna leda till att borgenären kan bli förpliktad att häva avtalet. Typiskt sett skulle detta bli fallet då marknaden med viss säkerhet utvecklas till gäldenärens nackdel. För ett ta ett köprättsligt exempel skulle i så fall köparen när marknadspriserna stiger vara tvungen att relativt omgående häva ett avtal med en tredskande eller oförmögen säljare för att företa en täckningstransaktion. Om han skjuter upp täckningstransaktionen skulle han riskera att inte kunna övervärtra det högre priset på säljaren. På en marknad där priserna faller skulle köparen däremot med ledning av ett lojalitetsresonemang av ett liknande slag som skadebegränsningsplikten kunna anses vara tvungen att hålla fast vid avtalet. Med ett sådant perspektiv skulle det alltså inte föreligga någon rätt att kräva naturafullgörelse hos *köparen*, utan det är den avtalsbrytande *säljaren* som skulle ha rätt att kräva att få uppfylla avtalet.⁸⁵ Detta utgör onekligen något helt annat än det som vanligtvis brukar avses med rätten till naturafullgörelse.

Mot ett resonemang som leder till överraskande konsekvenser står alltså ett annat resonemang som inte heller är utan problem. Antingen synes den part som utsätts för kontraktsbrott få spekulera på den kontraktsbrytande partens bekostnad, eller så tycks den kontraktsbrytande parten under vissa omständigheter kunna kräva att få fullgöra avtalet trots sitt kontraktsbrott. Båda resonemangen har sin grund i att ett krav på naturafullgörelse medges men begränsas av en skadebegränsningsplikt. De märkliga följderna av ovanstående analys kan alltså bara undanröjas genom att antingen den ena eller den andra regeln får ge vika. Antingen finns ingen skadebegränsningsplikt när borgenären väljer att kräva fullgörelse *in natura* – i vilket fall det kan betvivlas huruvida skadebegränsningsplikten utgör en allmän avtalsrättslig princip – eller så leder skadebegränsningsplikten till att inget krav på naturafullgörelse finns. Något annat alternativ tycks inte vara möjligt. Frågan är vilket alternativ som skall anses vara lämpligare.

I den internationella litteraturen avseende CISG och den skadebegränsningsplikt som där stadgas i art. 77 är meningarna delade. Medan Elmelund m.fl. och Perales Viscasillas uttalar att skadebegränsningsplik-

⁸⁵ En tanke av detta slag tycks ligga till grund för interpellationsregeln i 24 § köplagen.

ten kan leda till en plikt att företa ett täckningsköp (och alltså att häva det ursprungliga köpeavtalet)⁸⁶, antar Ziegler och Chengwei att rätten till naturafullgörelse inte påverkas av skadebegränsningsplikten⁸⁷. Från svensk sida har Jan Hellner uttryckt sin tveksamhet mot att använda art. 77 som en begränsning av rätten att kräva naturafullgörelse.

Suppose that the seller has at first required the buyer to pay the price for nonaccepted goods but that he later resorts to the remedy of declaring the contract avoided and claiming damages. Suppose further that the price of the goods has fallen between the time when the goods should have been paid and the time when the seller declares the contract avoided. Can it then be held that the seller unreasonably increased the buyer's loss by first requiring him to pay the price? In my opinion, the answer is no. A party who has chosen a remedy which is open to him under the Convention should not by doing so be placed at a disadvantage if he is later forced to declare the contract avoided. But I am not certain that everyone would agree. It could be argued that the Convention's lack of a rule requiring the seller to make a decision when the buyer refuses to accept the goods must be balanced, in order not to give him any possibility to speculate at the buyer's expense in the future development of prices. The only way of doing this would be to apply article 77.⁸⁸

Både argumenten för och emot att använda art. 77 som en inskränkning av den kontraktsbrottslidande partens rätt att kräva uppfyllelse *in natura* är tungt vägande. Särskilt med tanke på att rätten att kräva naturafullgörelse i många fall blir helt betydelselös om den inskränks av skadebegränsningsplikten kan tyckas att art. 77 CISG och dess svenska motsvarighet i 70 § 1 st. köplagen inte bör anses utgöra en begränsning av rätten att välja sanktion mot kontraktsbrott. Konsekvensen av att tillåta en oinskränkt rätt att kräva fullgörelse *in natura* skulle dock bli att en obalans byggs in i det köprättsliga och i förlängningen det allmänna kontraktsrättsliga systemet: den ena parten skulle i kontraktsbrottsfallet tillåtas spekulera på den andra partens bekostnad. Det finns ingen anledning att tro att en

⁸⁶ Nils Elmelund m.fl., *Lærebog i dansk og international køberet*, 2:a upplagan, Jurist- och Økonomforbundets Forlag, Köpenhamn 1996, s. 107; M. del Pilar Perales Viscasillas, *El contrato de compraventa internacional de mercanías* (Convención de Viena de 1980), *Capítulo VI. Derechos y acciones en caso de incumplimiento del contrato (I)*, www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/perales1-77.html

⁸⁷ J. Ziegler, *Report to the Uniform Law Conference of Canada on Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/ziegel77.html; L. Chengwei, *Remedies for Non-performance. Perspectives from CISG, UNIDROIT Principles and PECL*, www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/chengwei-77.html

⁸⁸ Jan Hellner, *The UN Convention on International Sales of Goods – an Outsider's View*, i Erik Jayme m.fl. (utg.), *Ius Inter Nationes. Festschrift für Stefan Riesenfeld aus Anlass seines 75. Geburtstages*, C.F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg 1983, s. 98 f.

sådan obalans varit avsedd, utan misstanken ligger nära att olika kontraktsrättsliga synsätt i detta fall med nödvändighet leder till en oupplöslig konflikt. Detta gäller särskilt CISG eftersom konventionen är ett uttryck för en internationell kompromiss mellan olika rättssystem.

Frågan är då vilken argumentation som skall ges företräde, den systematiska som lämnar stort utrymme åt den principiella rätten att kräva fullgörelse *in natura*, eller den pragmatiska som söker förhindra möjligheter till spekulation. Med tanke på den skälighetsprincip som genom-syrar svensk rätt⁸⁹ måste de reella skälen anses väga tyngre än de formella. Det synes vara alltför inkonsekvent att bygga en stor del av kontraktsrätten på en ekvivalenstanke som överges när ett kontraktsbrott skett. Skadebegränsningsplikten bör därför anses inskränka den kontraktsbrottslidande partens möjlighet att kräva naturafullgörelse. Det pragmatiska argumentet vinner ytterligare tyngd i det rättstekniska argumentet att så gott som alla förpliktelser som omfattas av tjänsteavtal – oavsett om det rör sig om förpliktelser att visa omsorg eller resultatförpliktelser – med den här företrädda synen skulle behandlas lika: något krav på naturafullgörelse skulle endast sällan kunna förekomma.

Även när det gäller resultatförpliktelser bör alltså rätten att kräva naturafullgörelse anses vara beskuren av plikten att begränsa sin skada. En oinskränkt rätt att kräva fullgörelse *in natura* föreligger med denna utgångspunkt endast när kontraktsbrottet avser en resultatförpliktelse och marknaden inte utvecklas på ett för den kontraktsbrytande parten oförmanligt sätt. Om marknaden utvecklar sig på det nämnda ogynnsamma sättet är enligt denna åsikt den kontraktsbrottslidande förpliktad att företa en täckningstransaktion, det vill säga att häva det ursprungliga avtalet. Detta innebär en mycket kraftig begränsning av rätten till naturafullgörelse.

9.5.3 Avtal som kan sägas upp utan angivande av skäl

I det följande kommer begreppet *uppsägning* att användas. Detta uttryck är inte helt klart bestämt till sitt innehåll⁹⁰ och bör därför klargöras. Lättest kan detta göras genom att kontrastera begreppet *uppsägning* mot begreppet *hävning*. Med *hävning* menas här, i anslutning till Sundberg⁹¹, sådant avslutande av avtalet som grundas på ett åberopat kontraktsbrott, medan med *uppsägning* avses ett avslutande som inte föranleds av ett åberopat kontraktsbrott.⁹² Härvid är det egalt om avtalet avsluts med

⁸⁹ Se kapitel 6.

⁹⁰ Hellner, *Kontraktsrätt 2*, s. 169

⁹¹ Sundberg, *Lejt gods*, s. 85; se också kapitel 8.

⁹² Begreppen bestäms alltså med ledning utav rättsfakta, inte rättsföljden.

omedelbar verkan eller efter en viss frist. Det avgörande är huruvida avslutandet utgör en sanktion mot ett påstått eller verkligt kontraktsbrott, eller om det framstår som utnyttjande av en kontraktuell rätt att avsluta avtalsrelationen.

Diskussionen i detta avsnitt gäller som sagts ovan endast resultatförpliktelser i immateriella tjänsteavtal. Denna inskränkning ger en sådan systematisk närhet till kommissionsinstitutet att det torde vara befogat att anse att kommissionsinstitutet utgör ett uttryck för de regler som gäller för hela detta område. Enligt 46 § kommissionslagen har både kommittenten och kommissionären rätt att fritt avsluta uppdraget. Det görs med avseende på ett förtida avslutande av uppdraget en skillnad mellan sådana uppdrag som lämnats på bestämd tid – där den som säger upp avtalsförhållandet skall ersätta motparten den förlust som denne gör genom att avtalet inte fortsätter att gälla hela den avsedda tiden – och sådana uppdrag som lämnats på obestämt tid, där i brist på motstående avtal en viss uppsägningstid gäller.⁹³ I båda fallen kan alltså uppdraget avslutas fritt och utan angivande av skäl, även om en viss ersättningsskyldighet under vissa omständigheter kan följa.⁹⁴

Stadgandets innehåll är i sin kärna oförändrat sedan 1914. Kommittén anförde avseende paragrafen att den ”står i överensstämmelse med allmänna rättsregler rörande sysslomannaskap”.⁹⁵ Exakt vad som kännetecknar en syssloman är omtvistat: frågan har framför allt diskuterats i samband med frågan om tillämpningen av 18 kap. 9 § handelsbalken.⁹⁶ En mening anser att tillämpningen av denna preskriptionsbestämmelse kräver att sysslomannen innehaft egendom.⁹⁷ Huruvida sysslomannabegreppet som sådant förutsätter egendomsförvaltning eller ej är emellertid i förevarande sammanhang irrelevant. I de kommitterades ovan citerade uttalande tycks nämligen ”sysslomannaskap” ha använts synonymt med ”uppdrag”. Detta ger ytterligare stöd för åsikten att 46 § kommissionslagen är analogt tillämplig på andra uppdrag än kommission.

⁹³ 50 och 51 §§ kommissionslagen. Avtal om kortare uppsägningstid än som följer av lagen är inte bindande mot kommissionären, 50 § kommissionslagen.

⁹⁴ Ersättningsskyldighet gäller inte i fall av hävning, det vill säga när ett kontraktsbrott åberopas som anledning för uppsägningen; 51 § kommissionslagen. Kommittenten undgår ersättningsskyldighet endast om kommissionärens kontraktsbrott är väsentligt, jfr 51 § 2 st. kommissionslagen.

⁹⁵ NJA II 1914 s. 260

⁹⁶ Jfr Mattias Göransson, *Specialpreskription. 18 kap. 9 § handelsbalken*, JT 2000-01 s. 147; Jan Hellner, *Preskription enligt HB 18:9*, JT 2000-01 s. 731; Jakob Heidbrink, *Preskription enligt 18 kap. 9 § handelsbalken – ett bidrag till diskussionen om kravet på uppdragstagarens egendomsförvaltning*, JT 2001-02 s. 196, samtliga med ytterligare hänvisningar.

⁹⁷ Se föregående fotnot.

Om uppdraget fritt kan bringas till upphörande innebär detta att ett krav på naturafullgörelse är uteslutet⁹⁸ då det inte är särskilt ändamålsenligt att tala om en rätt till fullgörelse för ena parten om den andra parten när som helst och utan angivande av skäl kan säga upp avtalet. Detta stod också klart för de kommitterade i förslaget till lagen om kommission:

Det skulle kunna ifrågasättas att i omhandlade fall icke låta kommissionärens avsägelse medföra uppdragets upphörande utan tillerkänna kommittenten befogenhet att vid sidan av eller i stället för skadestånd fordra, att den tredskande kommissionären måtte, eventuellt vid vite, åläggas att fullgöra det uppdrag han åtagit sig. En sådan utväg skulle dock kommittenten endast i ytterst sällsynta undantagsfall finna med sitt intresse förenligt att anlita; av en kommissionär, som av sagt sig sitt uppdrag, kan han nämligen ej förvänta sig något nit i handhavandet av uppdraget. Det är således praktiskt sett tämligen likgiltigt, huruvida lagen för här förutsatta fall giver kommissionären rätt att avsäga sig sitt uppdrag – mot skyldighet att ersätta den skada, som därigenom vållas kommittenten – eller förklarar kommissionären oberättigad att avsäga sig uppdraget och i följd av det oberättigade i åtgärden skadeståndsskyldig.⁹⁹

46 § kommissionslagen har alltså den effekten att ett krav på fullgörelse *in natura* är uteslutet vid kommissionsavtal och sådana avtal som liknar kommission. Detta leder till att även sådana resultatförpliktelser endast sällan kan genomdrivas *in natura*. Området för ett krav på naturafullgörelse minskar alltså enligt denna analys ännu mer.

Eftersom förpliktelser att visa omsorg ovan inte heller ha ansetts att kunna genomdrivas *in natura* framstår ett krav på naturafullgörelse i de här avsedda fallen som ett undantag, snarare än en regel. Frågan kan ställas vad denna analys egentligen lämnar kvar av kravet på fullgörelse *in natura*.

⁹⁸ Jfr Hellner, *Kontraktsrätt* 2, s. 151

⁹⁹ NJA II 1914 s. 261. Av uttalandet om skadeståndets likvärdighet med naturafullgörelse skulle kunna slutas att det inte finns någon plikt för kommittenten att i dessa fall begränsa sin skada. I denna riktning argumenterar också Hagström, *Obligationsrätt*, s. 231 f., som anser någon plikt till skadebegränsning inte föreligga. Det bör dock observeras att kommitténs uttalande syftar på de *praktiska* effekterna av de olika reglerna för uppsägning, varmed inte är sagt något om reglerna för skadeståndsberäkningen: uttalandet avser frågan om huruvida kommittenten skulle ha någon praktisk glädje av ett tvång till naturafullgörelse, och det är denna fråga som besvaras negativt. Vad gäller Hagströms argumentation har han visserligen gott stöd i – förvisso ganska gammal – norsk rättspraxis, men argumentet att frånvaron av en skadegränsningsplikt skulle uppmuntra till oacceptabel spekulation på motpartens bekostnad måste trots allt – åtminstone *de lege ferenda* – anses väga tyngst. Vidare är det även *de lege lata* – med hänsyn särskilt till 70 § 1 st. köplagen – osäkert vilken vikt som den av Hagström citerade norska rättspraxis har i Sverige.

9.5.4 Sammanfattning – vad kvarstår?

Det tycks inte finnas något allmänt giltigt och principiellt krav på fullgörelse *in natura* i kontraktsförhållanden. Förpliktelser att visa omsorg måste anses vara omöjliga att formulera på ett sätt som innebär att en processrättsligt acceptabel talan i domstol kan tänkas. Många resultatförpliktelser kan vidare av systematiska skäl – nämligen på grund av skadebegränsningsplikten och den mot kravet på naturafullgörelse stående uppsägningsrätten – inte sägas vara sanktionerade av ett rättsligt krav på fullgörelse *in natura*. Detta anses i denna framställning gälla *de lege lata*.

De lege ferenda kan då frågan ställas huruvida det inte skulle vara mera förnuftigt att acceptera den engelska utgångspunkten, att nämligen *specific performance* – ett krav på naturafullgörelse – inte finns annat än i vissa avgränsade undantagsfall. Frågan går till roten av det kontraktsrättsliga tänkandet i Sverige, och kan därför inte behandlas i en avhandling rörande sanktioner för brott mot ett logistikavtal. Analysen avseende krav på fullgörelse *in natura* har dock visat att området är föga genomarbetat, och att uttalanden om innehållet i gällande rätt upprepas vars reella kärna på goda grunder kan betvivlas. Det kanske krävs ett nytänkande runt kontraktssanktioner i Sverige.

Den traditionella inställningen i England har varit att *specific performance* inte kan medges där skadestånd är fullt tillräckligt som sanktion.¹⁰⁰ Detta anses normalt vara fallet där käranden kan erhålla ett tillfredsställande substitut för den uteblivna prestationen på marknaden. Andra faktorer som kan vägas in är huruvida skadeståndet är svårt att uppskatta exakt, eller huruvida det skadestånd som kan utdömas endast skulle vara nominellt och därför inte verkligen motsvara kärandens förlust. Det har sagts att "[t]he question is not whether damages are an 'adequate' remedy, but whether specific performance will 'do more perfect and complete justice than an award of damages'"¹⁰¹. Fortfarande är dock utgångspunkten frågan huruvida skadeståndet måste anses vara tillräckligt som sanktion. Oavsett om denna fråga besvaras med ekonomiska eller med rättvisöverbägganden som ledning är den principiella regeln att *specific performance* utgör undantaget, skadestånd regeln. *Specific performance* är vidare en sanktion som tillhör den gruppen regler

¹⁰⁰ Se avseende hela det förevarande stycket Treitel, *Contract*, s. 1019 ff.

¹⁰¹ Treitel, *Contract*, s. 1026. Jfr dock *Co-operative Insurance Society Ltd. v. Argyll Stores (Holding) Ltd.* [1998] A.C. 1, där House of Lords framförde ett i grunden ekonomiskt synsätt: kan avtalsbrottet sanktioneras genom ett skadestånd är *specific performance* uteslutet.

som med påminnelse om historien kallas för *equity*¹⁰², och är således en *discretionary remedy*. Detta innebär att domstolen inte automatiskt behöver medge *specific performance* när vissa rättsfakta är uppfyllda, utan att det finns en viss skönsmässighet i bedömningen. Samtidigt gäller dock att detta skön inte utgör någon "arbitrary ... discretion, but one to be governed as far as possible by fixed rules and principles".¹⁰³ *Specific performance* framstår alltså som en säkerhetsventil i vissa, relativt fast avgränsade undantagssituationer. Med den analys som presenterats ovan avseende de reella möjligheterna att få framgång med en talan om naturafullgörelse är frågan huruvida inte en liknande regel borde formuleras i svensk rätt.¹⁰⁴

9.6 Transporträtt – inget krav på fullgörelse *in natura*

Det är en allmän uppfattning i nordisk rätt att det inte finns något krav på fullgörelse *in natura* vad gäller transportavtal.¹⁰⁵ Denna uppfattning har numera sin grund i 13 kap. 11 § jämförd med 14 kap. 32 § 2 till 4 st. sjölagen, där avsändaren implicit ges rätt att frånträda transportavtalet mot ersättning av transportörens fraktförlust samt transportören åläggs en skyldighet att minimera sin skada. Denna grundläggande hållning har i den citerade litteraturen överförs till fraktavtalet som sådant, så att sjölagens bestämmelser i detta avseende måste anses vara analogiskt tillämpliga även på andra fraktavtal. Analogin stöds också av att sjölagens bestämmelser representerar just den lösning som ovan ansetts utgöra den allmänna kontraktsrättsliga regeln.

¹⁰² *Equity* har inte längre med skälighet att göra. *Equity* är ett motsatsbegrepp till *common law* och betecknar de regler som historiskt växte fram genom Lord Chancellors juridiska verksamhet. Det finns åtskilliga röster i England som anser att det är dags att överge den gamla distinktionen; se till exempel Sarah Worthington, *Equity*, Oxford University Press, Oxford 2003, *passim*.

¹⁰³ Citerat efter Treitel, *Contract*, s. 1026

¹⁰⁴ Jfr också avseende de problem som ett principiellt krav på naturafullgörelse kan ge upphov till i vart fall vid internationella avtal om köp av generiskt gods, samt om den engelska rättens fördelar i dessa sammanhang Martin Fehr, *Rätten att fordra fullgörelse enligt köplagen*, Festskrift tillägnad Erik Marks von Würtemberg, Isaac Marcus Boktryckeri-Aktiebolag, Stockholm 1931, s. 162. Se även om frågan huruvida kravet på fullgörelse *in natura* behövs vid genusköp Ljungman, *Prestation*, s. 41

¹⁰⁵ Kurt Grönfors, *Anmälan av Jacob Sundberg, Air Charter*, Arkiv för Luftrett, Bd. 2, s. 51; Kurt Grönfors, *Successiva transporter. En studie i transportörsansvar*, P.A. Norstedt & Söners Förlag, Stockholm 1968, s. 41; Grönfors, *Tidsfaktorn*, s. 65; Jan Ramberg, *Cancellation of Contracts of Affreightment on Account of War and Similar Circumstances*, Handelshögskolan i Göteborg, Akademiförlaget, Göteborg 1969, s. 96; Selvig, *Natural-oppfyllelse*, s. 569

Även rättspraxis har i det veterligen enda fallet från högsta instans intagit samma ståndpunkt.

I NJA 1922 s. 205 hade en transportör utan giltig grund frånträtt ett fraktavtal. Befraktaren stämde transportören bland annat på skadestånd avseende tiden efter det att transportören frånträtt avtalet, men vann inte framgång med detta. Samtliga domstolar fann att det skadestånd som befraktaren i och för sig var berättigad till måste beräknas med avseende på tiden för transportörens frånträdande från avtalet. För kärandens ytterligare förlust under tiden därefter kunde transportören inte göras ansvarig.

Hade ett krav på fullgörelse *in natura* funnits, skulle skadeståndet ha beräknats från en senare tidpunkt, då transportörens frånträdande inte i sig hade kunnat utlösa ett skadeståndsanspråk. Anspråket på naturaluppfyllelse skulle ju ha kvarstått och omvandlats till ett skadeståndsanspråk först senare.

Rodhe tolkar emellertid fallet som ett fall där käranden inte begränsat sin skada och därför inte kunde kräva ersättning för alla sina förluster.¹⁰⁶ Det finns inget i referatet som tyder på att denna tolkning skulle vara riktig. Rodhes uttalande tycks därför utgöra ett exempel på en tolkning av det empiriska materialet på ett sätt som leder till att det passar i förväg stipulerade principer i en situation där det borde erkännas att det såkalade principiella kravet på fullgörelse *in natura* inte kan upprätthållas.¹⁰⁷

Det kan anmärkas att Erling Selvig *de lege ferenda* argumenterat att den nordiska transporträtten skulle närmas *common law* på så sätt att naturaluppfyllelse borde kunna krävas i situationer där *common law* tillåter *specific performance*.¹⁰⁸ Han vänder sig alltså emot transporträttens totala brist på ett naturakrav efter kontraktsbrott. Som framgått företräds i detta arbete åsikten att *common laws* regler avseende *specific performance* även i svensk rätt allmänt borde anses gälla över hela det kontraktsrättsliga fältet. Det bör dock också påpekas att engelska domstolar veterligen aldrig medgivit ett krav på *specific performance* i transporträttsliga sammanhang.

¹⁰⁶ Rodhe, *Obligationsrätt*, s. 502 vid not 14

¹⁰⁷ Det kan dock anmärkas att, om Rodhe skulle ha rätt i sin tolkning, detta skulle utgöra stöd för den ovan anförda åsikten att plikten att begränsa sin skada i realiteten innebär att den kontraktsbrottslidande parten inte kan framföra ett anspråk på fullgörelse *in natura*. En sådan tolkning skulle framstå som en onödig omgång. Först skulle borgenären i princip medges ett krav på naturafullgörelse, men sedan skulle detta krav tyvärr bli meningslöst eftersom han måste begränsa sin skada så snabbt att han inte kan insistera på prestation från gäldenärens sida. Som teoretisk konstruktion skulle argumentationen emellertid eventuellt kunna vara hållbar.

¹⁰⁸ Selvig, *Naturaloppfyllelse*, s. 599 f.

Den regel avseende kravet på naturafullgörelse som ovan ansetts gälla i den allmänna kontraktsrätten utgör alltså utan tvekan gällande rätt vad avser transporträtten. Ett krav på naturafullgörelse kan inte framföras avseende sådana komplexa krav som det avseende fullgörelsen av ett transportåtagande. Den kvarstående frågan är därför huruvida det kan finnas argument av faktisk eller rättspolitisk natur som skulle kunna leda till en annan regel avseende logistikavtal.

9.7 Logistikavtal

Från den juridisk-tekniska synvinkeln har ovan argumenterats att ett krav på naturafullgörelse inte bör anses finnas avseende logistikavtal, i vart fall inte avseende annat än utlämnande av ena partens egendom efter det att grunden för den andra partens besittning fallit bort.¹⁰⁹ Transportavtal kan inte genomdrivas *in natura*, och även i övrigt är det mycket tveksamt hur långt det normalt postulerade principiella kravet på naturafullgörelse i kontraktsbrottssituationer egentligen sträcker sig. På denna bräckliga grund torde ingen analogi kunna byggas.

Givet hur beroende en logistikkund är av sin logistiker är frågan huruvida detta är ett rättspolitiskt tillfredsställande resultat. En logistiker som helt utan anledning och förvarning ställer in sitt arbete för kunden kan åsamka denne skador som kan visa sig icke-reparabla – ett skadestånd kan komma för sent för att rädda kundens verksamhet från konkurs.

Utan att ett krav på fullgörelse *in natura* kan käranden inte begära att domstolen interimistiskt förelägger svaranden att göra eller låta bli något, jfr 15 kap. 3 § rättegångsbalken. Det finns i sådant fall inget anspråk som skulle kunna tryggas genom ett interimistiskt föreläggande. I en situation där logistikern blankt vägrar att fullgöra sitt åtagande skulle alltså kunden – bortsett från sitt skadeståndskrav – stå utan rättsliga medel. Även om han skulle ha rätt till skadestånd skulle han – när möjlighet saknas för honom att begära ett interimistiskt förordnande – inte snabbt och effektivt kunna åtgärda en potentiellt ekonomiskt livshotande situation. Frågan är om detta resultat inte i sådan grad leder till obalans i förhållandet mellan kunden och logistikern att vägar borde sökas att undvika det.

Utgångspunkten bör vara det faktum att ekonomiskt livshotande situationer som föranleds av logistikerns vägran att fullgöra torde vara ytterst sällsynta. Vilket intresse skulle logistikern ha att riskera sitt anseende på

¹⁰⁹ Jämför det som inledningsvis i detta kapitel sades om krav på utlämnande av egendom med mera.

marknaden genom att driva en kund i konkurs? Det inte kan rekommenderas att rättssystemet belastas med svårhanterliga regler om fullgörelse *in natura* bara för att komma tillrätta med dessa undantagssituationer. Ett krav på naturafullgörelse kan dessutom normalt inte hjälpa kunden heller. Även om ett krav på fullgörelse *in natura* i princip skulle tillåtas måste hållas i minnet att logistikerns skyldigheter i detta avseende slutligt kan fastställas först efter förhållandevis lång tid. Kravet måste framföras i domstol eller skiljenämnd, och i många fall kan tänkas att parterna behöver gå genom hela instansordningen – eller, kanske mera realistiskt, genom ett skiljedomsförfarande och en åtföljande klanderprocess – till dess kundens krav på logistikern är fastställt i en exekverbar dom. Detta kan ta år. Till dess har kunden antingen löst sina transportproblem eller den befarade konkursen har redan inträtt. Från praktisk synvinkel kan därför kravet på fullgörelse *in natura* endast bli viktigt när det gäller interimistiska förelägganden.

Ett tvång till naturafullgörelse genom interimistiskt föreläggande innebär lätt att en framtida dom verkställs innan den har avkunnats. Käranden får ju i princip det som han påstår sig ha rätt till redan innan en process över huvud tagets förts.¹¹⁰ Interimistiska förordnanden av detta slag utgör alltså ett brott mot förbudet mot förtida verkställighet. Genom lagstiftning är ett sådant avsteg från förbudet förvisso principiellt möjligt, dock bara under få och strikt formulerade förutsättningar. Domstolarna rekommenderas normalt att vara ytterst försiktiga med att bevilja en ansökan om ett interimistiskt förordnande. Endast ett sådant skydd skall medges som krävs för att inte göra en framtida dom värdelös i kärandens hand.¹¹¹ Det är svårt att tänka sig på vilket sätt ett logistikåtagande skulle kunna genomdrivas interimistiskt utan att detta skulle innebära ett fullständigt godkännande av kärandens krav. Om logistikern interimistiskt åläggs att fullgöra avtalet till dess en slutlig dom är avkunnad kan han inte ”köra på halv fart”, utan han måste med nödvändighet fullgöra hela sitt påstådda åtagande. Skulle hans prestationsvägran senare visa sig ha varit berättigad, skulle han genom föreläggandet ha tvingats till en prestation som han inte var skyldig att fullgöra.

Det finns därför all anledning att tro att, även om ett civilrättsligt krav på fullgörelse *in natura* principiellt skulle godkännas, detta krav i praktiken inte skulle kunna skyddas genom interimistiska förordnanden. Om

¹¹⁰ Om detta och det följande se Peter Westberg, *Det provisoriska rättsskyddet i tvistemål* [nedan Westberg, *Det provisoriska rättsskyddet*], Bok 1, Juristförlaget i Lund, Lund 2004, s. 96 ff.

¹¹¹ Westberg, *Det provisoriska rättsskyddet*, s. 51 f.

några interimistiska förordnanden inte låter sig utverkas, försvinner emellertid det enda skäl som efter argumentationen ovan kan tänkas för att motivera ett principiellt krav på fullgörelse *in natura*.

Det kan också konstateras att vad gäller logistikavtal – och antagligen många andra avtal – den mest effektiva sanktionen ligger på det ekonomiska, inte det juridiska planet. Den logistiker som driver sin kund i konkurs genom att helt enkelt upphöra med sin verksamhet kan knappast räkna med att få andra potentiella kunder att lita på honom. Han skulle därför inte bara driva kunden, utan även sig själv i konkurs. Detta resonemang vinner ytterligare i styrka när det uppmärksammas att även logistikern är hänvisad till sin kund. Genomförande av ett logistikavtal kräver i regelfallet stora investeringar av logistikern, eller sysselsätter åtminstone en stor del av hans personal och maskiner, så att ett plötsligt bortfall av en kund inte alltför lätt kan kompenseras av logistikern, inte ens om han redan i förväg ordnat med ny sysselsättning. Det tar ändå en viss tid till dess logistiken fungerar tillfredsställande, och det torde inte finnas två kunder som har exakt samma logistikbehov.

Ett krav på fullgörelse *in natura* tycks således även ur ett mera ekonomiskt betonat perspektiv vara överflödigt. Det förefaller helt enkelt inte troligt att logistikern skulle vägra att fullgöra. Om han ändå gör det förefaller de juridiska reglerna inte under några tänkbara omständigheter kunna hjälpa kunden att begränsa de skadeverkningar som följer av en sådan vägran. Det enda som det rättsliga systemet i sådana situationer kan säkerställa är att kunden åtminstone befrias från sin skyldighet att prestera till logistikern samt att kunden får reparation för den skada som avtalsbrottet har åstadkommit hos honom. Ett krav på naturafullgörelse bör därför inte medges vid logistikavtal.

10 Sammanfattning och diskussion

10.1 Sammanfattning

Framställningen har visat att logistikavtalet ekonomiskt sett torde utgöra en särskild avtalstyp, eftersom det omfattar typsituationer som kännetecknas av en gemensam kärna av problemställningar som regelbundet återkommer vid denna form av uppdrag. Uppdraget består i att logistikern övertar ett producerande företags transportavdelning och aktualiserar regelbundet frågor om logistikerns ansvar för störningar i kundföretagets logistikkedja.

Det har vidare argumenterats att logistikavtalet även från juridisk synvinkel kan betraktas som ett sammanhållet helt, eller med andra ord som en avtalstyp. För att skapa den enhetliga ram som är nödvändig för att en juridisk avtalstyp skall kunna anses föreligga har i framställningen framförts den åsikten att den tvingande unimodala transporträtten inte är tillämplig på åtaganden om logistik. Denna åsikt har baserats på en metodologisk analys och kritik av de grunder på vilka den tvingande transporträtten anses vara tillämplig på avtal om transportorganisation. Även om den framförda meningen inte delas har i framställningen hävdats att åtminstone de delar av logistikavtalet som utan tvivel inte omfattas av transporträtten kan ses som en avtalstyp.

För att beskriva logistikavtalet som avtalstyp har arbetet närmare uppehållit sig vid de sanktioner för kontraktsbrott som bör kunna göras gällande vid denna avtalstyp. Den ledande frågan har således varit vilka kontraktspåföljder som kan användas vid ett logistikavtal. Även de närmare överväganden som i en logistikrättslig kontext kan anses göra sig gällande avseende de olika påföljderna har undersökts ingående. Ledstjärnan har härvid utgjorts av den systematiska skillnaden mellan resultatförpliktelser och förpliktelser att visa omsorg. Dessa två övergripande kategorier leder till olika typer av rättsliga bedömningar och påverkar därför argumentationen avseende olika former av påföljder för kontraktsbrott. På det mera konkret logistikrättsliga planet har dels transportbranschens faktiska funktionssätt, dels analogier från olika närbesläktade avtalstyper vägt in i bedömningen av de relevanta sanktionerna. Det har visats att på

detta sätt argumentationen kan förtätas och resonemangen avseende de olika sanktionerna fås att vila på ett relativt fast juridiskt fundament.

Av de kontraktsbrottspåföljder som finns i svensk rätt – skadestånd, prisavdrag, hävning och fullgörelse *in natura* (omfattande också krav på avhjälpande och omleverans) – har endast skadestånd och hävning befunnits vara adekvata påföljder för brott mot ett logistikavtal. De övriga påföljderna har ansetts vara mindre lämpliga vid logistikavtal och därför inte böra komma i fråga.

Vad gäller skadeståndet har argumenterats att avseende förpliktelser att visa omsorg *culpa* utgör ett nödvändigt led redan i bedömningen av huruvida kontraktsbrott över huvud taget föreligger. Vårdslöshet har därför vid denna typ av förpliktelse inte ansetts kunna utgöra något utöver kontraktsbrottet tillkommande krav för att skadestånd skall utgå. Vad gäller resultatförpliktelser har vid denna förpliktelsekategori kontrollansvaret ansetts vara den lämpliga ansvarsstandarden för logistikavtal. Denna åsikt har sökt stöd i analogier från köp- och transporträtten. Den har således tydligt påverkats av den transporträttsliga miljö i vilken logistikavtalet har sin plats.

Vad gäller hävning har argumenterats att logistikavtal bör kunna hävas vid väsentliga kontraktsbrott. Något därutöver tillkommande insiktsrekvisit har inte ansetts vara lämpligt vid logistikavtal. Väsentlighetsrekvisitet utgör i sig en hög tröskel och hävning bör därför även vid logistikavtal endast få förekomma i undantagsfall. Ett undantag från denna restriktiva hållning gentemot hävningspåföljden har ansetts kunna göras vad gäller logistikerns offentligrättsliga förpliktelser: försätter kunden logistikern i en situation då han oavsiktligen bryter mot dessa förpliktelser bör väsentlighet kunna anses föreligga även vid något enstaka kontraktsbrott.

Framställningen har genomgående tagit intryck av utländsk rätt, som använts till att förtydliga problemställningen vid vissa frågor samt även som förebild för lösningar i den svenska rätten i de fall då ett gemensamt synsätt funnits mellan de olika rättssystemen. I varje avsnitt i framställningen har dessutom de generella reglerna avseende kontraktsbrottspåföljderna undersökts. Framställningen har således rört sig mellan det allmänna kontraktsrättsliga och det mera konkreta logistikrättsliga planet. Dess resultat torde därför ha intresse även bortom logistikrätten.

10.2 Diskussion

10.2.1 Engelsk *common law* och logistikavtalet enligt svensk rätt

I denna framställning har argumenterats att logistikavtalet enligt svensk rätt omfattar två kontraktsbrottssanktioner, nämligen skadestånd och hävning. Dessa påföljder är också de enda som den engelska avtalsrätten erbjuder. Den i förevarande undersökning förespråkade meningen innebär därför att det i vart fall på logistikrättens område finns en strukturell närhet mellan den engelska och den svenska rätten. Detta resultat har några ytterligare konsekvenser som kort skall beröras i det följande.

Likheten mellan den svenska logistikrätten såsom den framställs i detta arbete och allmän engelsk kontraktsrätt torde ytterligare förstärka lämpligheten av de lösningar som föreslagits ovan. Den internationella handeln har ett av sina starkaste centra i London, och den engelska rätten har, särskilt på sjöfartens område, av tradition utgjort en av handelns starkaste rättsordningar. Resonemangen i detta arbete torde därför kunna vara förståeliga och förhoppningsvis övertygande även i det internationella samtalet med *common law*-rättsordningarna.

Samtidigt har den svenska rätten allmänt på det systematiska planet stora likheter med den tyska rätten och andra kontinentaleuropeiska rättsordningar, även om den svenska rätten normalt undviker de senares långt drivna bruk av begreppsdefinitioner.¹ På logistikrättens område innebär detta att den svenska rätten – om den i denna framställning föreslagna positionen accepteras – skulle kunna vara en tolk och förmedlare mellan de två stora grupperna av europeiska rättsfamiljer. En svensk jurist som accepterar detta arbetes resultat tycks – starkt tillspetsat uttryckt – kunna sägas tänka som en kontinentaleuropé och komma till samma resultat som en engelsman. Detta torde till icke oväsentlig del ha att göra med att den svenska rättskällesituationen liknar den engelska – rättspraxis' roll betonas starkt och lagstiftningen avser endast vissa väl avgränsade problemområden. Den svenska rättens metodologiska verktyg är emellertid i huvudsak kontinentaleuropeiska – här åsyftas framför allt den plats som det juridiska systemtänkandet intar i svensk rätt. Den svenska rätten delar därför grundläggande positioner med både den engelska och den kontinentaleuropeiska rätten och torde därför kunna inta en förmedlande roll mellan dessa.

¹ Zweigert, *Comparative Law*, s. 284 f.

I den mån detta skulle visa sig vara en korrekt beskrivning skulle den svenska och i förlängningen den nordiska kontraktsrätten kunna spela en viktig roll vad avser den pågående europeiska debatten om avtalsrättens framtid. Det kan diskuteras huruvida en heltäckande europeisk kodifikation är möjlig eller ens önskvärd, men rättskomparationer kommer med intill visshet gränsande sannolikhet att bli allt viktigare ju mer Europeiska unionen börjar ta sig an mera centrala civilrättsliga frågor. Den nordiska kontraktsrätten kan i denna process inta en förmedlande och tolkande position, och förhoppningen är att detta arbete – trots att det är skrivet på svenska – kan utgöra ett inlägg även i debatten om den europeiska rättens framtid.

För den svenska rättens egen del måste anses gälla att – rätt hanterad – den engelska rätten kan utgöra en inspirationskälla. Det systematiska tänkande som den svenska rätten övertagit från den tyska bör under inga omständigheter överges – den garanterar den enhetlighet i hanteringen av rättsreglerna som trots alla variationer i detaljerna ändå finns – men den engelska rätten och dess stränga krav på rättsfallstolkning liksom även dess förkärlek för till vissa problemställningar begränsade lösningar har en uppenbar relevans även för den svenska juridiken.

Behandlingen av logistikavtalet i detta arbete och dess resultat pekar således på ett behov av ytterligare metodologisk och rättsteoretisk forskning avseende den nordiska rättens ställning bland de europeiska rättsfamiljerna. Detta arbete kan kanske utgöra ett första steg i en ompositionering av de nordiska rättsordningarna bland sina europeiska grannar.

10.2.2 Den allmänna kontraktsrättens betydelse

Den allmänna kontraktsrättens ställning i modern civilrätt är inte längre självklar. Näringslivet utvecklas i allt snabbare takt och antalet avtalstyper utökas ständigt. Frågan är vilket utrymme det över huvud taget finns för allmänna läror samt vilken ställning dessa i så fall skall anses ha.

Vad gäller utrymmet för den allmänna kontraktsrätten måste utgångspunkten vara att den svenska rätten inte vilar på en heltäckande kodifikation. Det kommer därför oundvikligen alltid att finnas områden inom rättsordningen som inte täcks av detaljerade regler. Den allmänna kontraktsrättens ställning är alltså beroende av hur man vill hantera dessa oundvikliga luckor i systemet. Skall man, liksom i engelsk rätt, hänvisa parterna till att skriva egna heltäckande avtal, eller skall det finnas regler som rättstillämparen kan falla tillbaka på och som kan fylla gapen mellan de olika i lag eller detaljerad rättspraxis reglerade avtalstyperna?

Det förefaller vara uppenbart att den allmänna kontraktsrätten i svensk rätt behövs som en bakgrund, som ett nät av regler som fångar upp

rättsbrukaren när han lämnar detaljreglernas relativt trygga område. Som påpekats i inledningen till detta arbete, och som sedan detta arbetes materiella del torde ha visat, behöver bristen på detaljerade regler inte innebära att rättstillämparen ser sig konfronterad med regler och principer som är så allmänna och därför oprecisa att de inte ger någon förnuftig ledning för tanken. De allmänna reglerna tar intryck av det specifika område inom vilket de skall tillämpas. De är allmänna i den meningen att de utgör material som kan användas i den rättsliga argumentationen, inte i den meningen att de i obearbetat skick skulle passa alla upptränkliga situationer. De liknar ett parti trävirke vid byggnation: de individuella bräderna kan behöva kapas och slipas, men virke måste ändå finnas.

Det är därför beklagligt att sedan Knut Rodhe ingen svensk forskare vågat sig på ett vetenskapligt verk avseende obligationsrätten i dess helhet, däri inbegripet kontraktsrätten. Jan Hellners och andra forskares läroböcker i speciell avtalsrätt är just läroböcker, och sådana lyder under andra krav än vetenskapliga avhandlingar. Den danska och i synnerhet den norska doktrinen är i detta avseende långt mera livlig. Det framstår ofta som märkligt att som svensk forskare behöva använda sig närmast uteslutande av annat nordiskt material när det gäller att få en överblick över rättsläget. Den nordiska rättsgemenskapen är förvisso fortsatt stark, och det är en fördel att de potentiellt mycket små nordiska rättsordningarna förstärker varandra genom ett långtgående samarbete. Ett norskt højesterettsavgörande är dock inget svenskt prejudikat, och ett danskt doktrinuttalande kan inte heller utan förbehåll anses vara relevant för den svenska rätten. Det finns ett stort behov av forskning på den svenska obligations- och kontraktsrättsens område. Om detta arbete kan inspirera till sådan forskning måste detta ses som en framgång.

10.2.3 Logistikavtalets framtid

Sedan de i stort sett misslyckade försöken i slutet av 1970- och början av 1980-talet att civilrättsligt reglera de multimodala transporterna har den transporträttsliga diskussionen på detta område inte riktigt syftat framåt längre. Jan Ramberg har gjort några försök att föra debatten in på nya spår, men alla reformförslag tycks stanna vid att det krävs lagstiftning – helst i form av en internationell konvention – för att komma tillrätta med de problem som den moderna transportindustrin juridiskt står inför.

Det kan knappast antas att i en värld där stater är upptagna med att bekämpa terrorism, med att utveckla den internationella regleringen av handeln inom ramen för WTO och med att bekämpa de alltmera på-

trängande tecknen på global uppvärmning nya samlade tag till en reform av transporträtten kommer att kunna tas. För närvarande förhandlas förvisso under UNCITRAL:s ledning en reform av sjörätten², men det återstår ännu att se huruvida ett eventuellt konventionsutkast vinner tillräckligt stor uppslutning för att bli en konvention, och huruvida denna eventuella konvention sedan verkligen träder i kraft.³ Dessutom är frågan om detta inte egentligen är fel väg att gå: återigen regleras en enskild transportnärings förhållanden.⁴ Utan att vilja ifrågasätta att sjörätten behöver reform kan undras huruvida inte samma energi istället borde ha lagts på en reglering av de multimodala transporterna eller ännu hellre av logistiknäringen.

Detta gäller i synnerhet eftersom transporträtten och den transporträttsliga forskningen på de multimodala transporternas och logistikrättens område gjort sig helt beroende av lagstiftaren. Med det förhärskande angreppssättet – där man ser varje unimodal konvention som tvingande tillämplig även på multimodala transporter – kan den stora knuten endast lösas av lagstiftaren. Detta arbete har tagit ställning för åsikten att det finns en annan väg att gå. Denna väg är oprövad och den har också nackdelar, i synnerhet i ett internationellt perspektiv, eftersom det är långt ifrån givet att någon enhetlighet i bedömningen kan åstadkommas.⁵ Icke desto mindre blir det alltmer angeläget att forskningen försöker fylla den lucka som lagstiftningen lämnat. Det kan inte vara forskningens enda uppgift att kommentera och fördjupa lagstiftningen. Där ingen lagstiftning finns och där lagstiftningen lämnar stora reglerings-

² Det diskuteras huruvida konventionen skall täcka mer än bara sjötransport, men ännu så länge tycks inget slutligt beslut ha fattats; jfr dokument A/CN.9/544 Report of Working Group III (Transport Law) på UNCITRAL:s hemsida www.uncitral.org.

³ MTO-konventionens öde inger här en viss försiktighet.

⁴ Det nya sjörättsförslaget som det såg ut på våren 2005 omfattade också så kallade "door-to-door"-transporter som ordnas av sjötransportörer. Grundperspektivet tycks dock återigen vara unimodalt. Frågan torde böra ställas om det inte är kontraproduktivt om en unimodal konvention ägnar sig åt "imperialism" genom att utsträcka sitt eget ansvarssystem till andra transportslag, i detta fall genom att utsträcka ett i grunden sjörättsligt betraktelsesätt till transporter på land.

⁵ Som framgått av detta arbete kan emellertid betvivlas huruvida ens till ordalydelsen internationellt enhetliga regler kan åstadkomma någon större enhetlighet i bedömningarna.

luckor bör forskningen hjälpa till att föra utvecklingen framåt. Detta arbete utgör ett försök som förhoppningsvis kan berika den logistikrättsliga diskussionen:

Sålunda genomträngd af erfarenheter från det närvarande och förflutna, men på samma gång stående öfver dem, sätter [den] oss [förhoppningsvis] ock i stånd att något lyfta på den slöja som döljer framtiden, och kasta anande blickar öfver dagar, som ännu icke kommit.⁶

⁶ Efter E.V. Nordling, *Om Romerska Rättens, Juridiska Encyclopediens och Rättshistoriens betydelse för rättsstudiet*, Föredrag vid inträdet i professuren i nämnda ämnen vid Upsala universitet, Tidskrift för lagstiftning, lagskipning och förvaltning utgifven av Christian Nauman, 4:e årgången 1867, s. 699.

Summary

1 Introduction

The transportation industry is currently in a state of rapid development and change. The traditional categories of unimodal and multimodal carrier, freight forwarder, broker, and agent are being transcended, and a new kind of contract is gaining in economic importance. This contract is often referred to as *Third Party Logistics*, or, rather more simply, as *logistics*. The term describes the outsourcing of a manufacturer's transport department to somebody else. The person taking on the task of organising, implementing, and administering supply chains on the principal's behalf is called a *logistician*.

The present study argues that, economically, this kind of outsourcing contract is seen as a single undertaking. It is seen, moreover, as an undertaking, not to carry the principal's goods, but to take over his transport department. The contract is thus more in the nature of a contract for consulting than of a contract for the carriage of goods. This view on the market, it is submitted, has given rise to considerable uncertainty as to the liability of the logistician. This uncertainty is due to the law's refusal to follow the lead of the market, and to regard the logistician as an integral part of the principal's organisation.

In transport law, the logistician is usually deemed to be in the nature of a freight forwarder. To the contract for freight forwarding services, different legal regimes are applicable, depending on the exact content of the freight forwarder's undertakings in each individual case. Thus, a freight forwarder can be deemed to be a carrier, a bailee, an agent, an adviser, or any other category of intermediary. The heterogeneous nature of the freight forwarding contract has entailed the application of the law of carriage to the contract in cases in which the freight forwarder may be deemed to have promised to carry the principal's goods. The law of carriage is, in this context, said to be of mandatory application. Given this point of departure, it is not possible to hold any unitary view of the logistics contract, as the various regimes for unimodal transport prevent the application of a unitary system of liability to it.

It is submitted that the application of the mandatory law of carriage to the logistics contract is inherently erroneous, as it fails to meticulously analyse the promises made in such a contract. A logistician, it is argued, does not typically promise to carry the goods, but, rather, to organise, implement, and administer a supply chain. As the various conventions regarding the international carriage of goods are applicable to carriage by a certain mode of transport, it does not seem to follow that they must be applied also to contracts for the services of a logistician.

If the law of carriage is not applicable to logistics, there is, in Swedish law, no other statute mandatorily regulating this kind of contract. Therefore, it is submitted, solutions to the problems facing the principal and his logistician are to be sought in the general law of contract. Even if the argument presented in this study – that the law of carriage has no application to the logistics contract – is not accepted, it is submitted that whatever part of the logistics service is not covered by transport law must be regarded as one single promise to organise, implement, and administer supply chains. From that perspective, the logistics contract is a mixed sort of contract to which either the mandatory law of transport or the general rules of contract law are applicable.

Regardless of the scope for freedom of contract, this study argues, the logistics contract must be seen as a contractual undertaking *sui generis*, and therefore ought to follow one distinct system of liability. Therefore, the special and particular considerations of importance in a transportation environment are used to adapt and modify the rules of the general law of contract with regard to the logistics contract, in order the contract to fit into the legal environment in which it operates.

As a contract for logistics services can contain any number of expressly stipulated different sorts of undertaking, this study approaches the field through the sanctions of which the innocent party may avail itself if and when the contract is broken. Instead of describing the express and implied terms that a logistics contract may contain, this study therefore focuses on remedies for breach.

2 Obligations as to Results and Obligations as to Reasonable Care and Skill

The tool used in this study to analyse the considerations relevant to the various contractual undertakings in a logistics contract is the fundamental distinction between obligations as to results and obligations as to reasonable care and skill. This distinction is accepted in French law (*obligations de résultat* are there distinguished from *obligations de moyens*) and

under English law (where it is acknowledged that obligations to employ reasonable care and skill are a special sub-category amongst contractual obligations in general). The most important difference between these two types of obligations lies in the fact that, as regards obligations to employ reasonable care and skill, there is no escaping an assessment of whether the alleged contract-breaker has been at fault when one establishes a breach of contract. The obligation to employ reasonable care and skill is thus seen as fundamentally related to the notion of duty.

When establishing a breach of an obligation as to a result, however, it suffices to show that the promised result has not been attained. An assessment as to whether the promisor has been at fault as regards this breach of contract, if any, will therefore be logically independent from establishing a breach of contract. Whereas there cannot be any strict liability regarding obligations to employ reasonable care and skill, any requirement as to fault is truly additional to the requirement that the contract must have been broken as regards obligations as to results.

It is submitted that Swedish courts make an unspoken distinction between these two types of obligations, and that the position taken in this study therefore correctly reflects the state of Swedish law.

3 Remedies for Breach of Contract

In Swedish law, there are four main categories of remedies for breach of contract, each of which, in this study, is analysed and discussed with a view to its application to the logistics contract. These categories are damages, reduction in remuneration, termination, and specific performance.

3.1 Damages

In Swedish law, liability for damages is traditionally said to require fault on the part of the party in breach. This study departs from a critical assessment of the notion of fault, and submits that contractual fault consists in a departure from what the contract prescribes the promisor must do. Even where the obligations of the promisor are clearly spelt out in the contract, it is argued, the Courts imply the terms necessary for a more detailed description of what the promisor must do in each individual situation. This implication of terms usually takes the outward form of an assessment of the promisor's fault in the relevant respect, and the implication of terms and an assessment as to the promisor's fault are therefore submitted to be two sides of the same coin.

If the obligation in regard to which the promisor is found to have been at fault, or, as the traditional terminology goes, negligent, is an obligation to employ reasonable care and skill, this also implies that he is in breach of contract. As regards obligations as to results, however, the question as to whether the defendant is in breach of contract can be decided independently from the question of fault. An assessment as to liability for damages for the breach of an obligation as to results therefore must consist of two steps, *viz.* an assessment as to whether there is a breach – *i.e.* as to whether the promised result has been attained or not – and an additional assessment as to whether the promisor's failure to attain the result stipulated in the contract is due to his fault.

As the assessment of contractual fault is identical with the implication of terms, the question as to what terms may be implied is analysed. An implied term must be reasonable. What is reasonable is measured against the obligations of the promisee. Roughly speaking, a party that has required a high price for its performance is under heavier an obligation than a party offering its services cheaply.

As terms are implied that are balanced against the promisee's performance, it follows that there are things a promisor does not need to do in order to fulfil his promise. In other words, there is a point at which the promisor is excused from further performance. Swedish law thus recognises that the fulfilment of contractual obligations may become so unreasonably heavy a burden that the promisor can no longer be held to his promise. What is unreasonably heavy a burden, too, is ascertained with regard to the balance between the obligations encompassed in the contract. Depending on, *e.g.*, the remuneration the promisor has required for his promise, the point at which he is excused from further performance may shift on a gliding scale. All that can be said *in abstracto* is that the event giving rise to the increase of his burden must be outside the risks he has contractually undertaken to bear. This means that the risk must not have been foreseeable, as it otherwise would be encompassed by the allocation of risks in the contract. It must also be unreasonable to require that the promisor overcome the effects of the event that increases his burden.

This description of when the promisor is excused from further performance comprises the same test, it is submitted, as the excuse from failure to perform provided in Art. 79 CISG. It is therefore submitted that the excuses available to a promisor under Swedish law are, as regards obligations as to results, identical with the excuse provided in CISG.

Against this background, this study analyses the bases of liability in the various Swedish laws and international Conventions regarding the contract for carriage of goods. It is submitted that the law of railroad car-

riage, as well as the law of carriage of goods by road, rests on the same basic principle as the excuse from further performance under Swedish law or the CISG. The law of air carriage is found to be even stricter, and the law of carriage of goods by sea is deemed to be so rooted in special considerations that it cannot affect the basic regime of liability under a logistics contract. It is therefore submitted that, under a logistics contract, a breach of an obligation as to results ought not to require fault on the part of the party in breach, but should, rather, be strict to the extent the promisor cannot claim that his failure to perform was due to an impediment beyond his control which he could not foresee, and the consequences of which he could not reasonably be required to overcome.

3.2 Reduction of Remuneration

The remedy of reduction of remuneration is provided in the Swedish Sale of Goods Act. In this study, it is argued that this remedy is extremely difficult to apply even in its statutory context. Therefore, it is submitted that it ought not to be applied outside the field of application of the Sales of Goods Act, and the other Acts where it may appear. The remedy is argued to be inapplicable to logistics contracts.

3.3 Termination

It is traditionally said that, in order the innocent party under Swedish law be entitled to terminate the contract, the relevant breach of contract must be fundamental, and that its fundamental nature must have been foreseeable by the party in breach. This study analyses in some detail the notion of fundamental breach, and argues that a breach is fundamental if remedies for breach of contract other than termination cannot reasonably compensate the innocent party. A breach cannot sensibly be compensated by other remedies, it is submitted, if it either engenders losses for the innocent party that cannot be compensated with money, or leads to the innocent party reasonably losing faith that the contract will be performed correctly in the future. Termination, therefore, is deemed to be the remedy of last resort.

As to the requirement that the fundamental nature of the breach be foreseeable to the party in breach, this study submits that such a requirement is influenced by exaggerated concern for the promisor, and that, therefore, no such requirement ought to be applied outside statutory law. The requirement that the breach be fundamental is thus deemed to be sufficient to ensure that frivolous termination will not be encouraged by the law.

The logistics contract, therefore, can be terminated when a fundamental breach has occurred. As to what is a fundamental breach, this depends on the circumstances of the individual case. Only breaches on the part of the principal which lead to the logistician coming into conflict with the authorities supervising the transport of dangerous goods are deemed to generally entitle the logistician to terminate.

As for the effects of termination, it is argued that dispositions before the contract is terminated will remain valid. As to the question of the amount of remuneration the logistician is entitled to after termination, this study submits that the carriage of each individual item of goods must be deemed to be an entire obligation. The logistician, therefore, is entitled to remuneration regarding such goods as has safely been delivered. As to his overhead costs, these become payable on a *pro rata* basis following the parties' custom as to when the logistician is to be paid.

3.4 Specific performance

It is traditionally said that the greatest divide between Continental European, and the common law lies in the Continental systems allowing a claim for specific performance after breach. In this study, it is argued that this, at least in certain regards, is a misconception. In English law, anticipatory breach of contract does not necessarily lead to the innocent party losing its claim for performance by the other party, as the innocent party at least in certain circumstances is entitled to affirm the contract. Differences between the systems as regards the claim for specific performance are therefore important in principle only as regards breach of contract at the time originally stipulated for performance.

Even at that point in time, however, Swedish law, it is argued, as a matter of practicality does not allow a claim for specific performance. As regards obligations to employ reasonable care and skill, it is submitted that it is impossible to formulate a claim in such a manner as to satisfy the procedural requirement of clearly formulated claims in a court action. Even as regards obligations as to results, rules as to the mitigation of losses by the innocent party, and the fact that many long-term contracts can be terminated as a matter of right whenever one of the party does not want to remain in the contract, are argued to mean that a practicable claim for specific performance, even in Swedish law, is the exception, rather than the rule. A similar position has traditionally been accepted in the Swedish law of carriage, and it is suggested, therefore, that regarding a logistics contract there is no claim for specific performance under Swedish law.

4 Results

The only remedies available for a breach of the logistics contract, it is suggested, are damages and termination. Neither any reduction of remuneration, nor specific performance ought to be available to the innocent party, as both are impractical as sanctions for a contract of the nature of a logistics contract.

This result means that there is a great similarity between English and Swedish law. It is therefore submitted that Swedish law, which traditionally has taken inspiration principally from German law, ought to acknowledge a strong link to the common law. If this is done, it is argued, Swedish – and in all likelihood other Nordic – law could take the role of an interpreter and mediator between the Continental systems and English law. Swedish law very often uses sources similar to English law, but maintains a systematic approach to legal reasoning very similar to the Continental systems. In this view, Swedish law comprises elements of both legal traditions, and can therefore be a bridge between them.

It is also suggested that this thesis shows that the general rules of contract law, properly managed, can be used to formulate detailed rules for specific contracts. As the general law of contract provides default rules, these rules ought to be seen as raw material when it comes to regulating new types of contract. The general law of contract, therefore, even in modern times has a significant role to play in commercial law.

Finally, this study argues that the law of carriage and logistics needs to liberate itself from the dependence of the legislator it traditionally has accepted. In systems that view law as a science, it is possible to academically create new ways of reasoning, and it is submitted that the way of reasoning which this study represents is the way to go forward. In a world of ever more complexity, it cannot be left to busy legislators to bring order into the chaos of everyday law, but it must be for science to prepare the ground on which new legal rules may be built.

Rättsfall

Sverige

Nytt Juridiskt Arkiv

NJA 1904 s. 180
NJA 1913 A 164
NJA 1917 s. 58
NJA 1922 s. 205
NJA 1924 s. 134
NJA 1932 s. 353
NJA 1937 A 413
NJA 1938 s. 524
NJA 1951 s. 1
NJA 1960 A 16
NJA 1973 s. 70
NJA 1978 s. 618
NJA 1981 s. 1091
NJA 1985 s. 172
NJA 1987 s. 692
NJA 1988 s. 363
NJA 1989 s. 156
NJA 1991 s. 217
NJA 1991 s. 643
NJA 1991 s. 808
NJA 1992 s. 194
NJA 1992 s. 439
NJA 1994 s. 473
NJA 1994 s. 598
NJA 1996 s. 564
NJA 1996 s. 700
NJA 1997 s. 5
NJA 1998 s. 792
NJA 1999 s. 71

NJA 1999 s. 197
NJA 2000 s. 213
NJA 2000 s. 629
NJA 2001 s. 177

Rättsfall från hovrätterna

RH 1990:7
RH 1995:82
RH 1995:88
RH 2001:77
RH 2002:20

Arbetsdomstolens domar

AD 167/1977
AD 44/1990
AD 38/1991
AD 67/1992
AD 99/1992
AD 115/2002

SvTJ

SvJt 1957 rf s. 24

Opublicerade avgöranden

T 283-93 (Hovrätten över Skåne och Blekinge)
T329/96 (Hovrätten för västra Sverige)
T-1891-03 (Hovrätten för västra Sverige)
FT 6552-04 (Svea hovrätt)

England

- Attica Sea Carriers Corporation v. Ferrostaal Poseidon Bulk Reederei GmbH* [1976] 1 Lloyd's Rep. 250
- Bunge Corporation New York v. Tradax Export S.A. Panama* [1981] W.L.R. 711
- Cehave NY v. Bremer Handelsgesellschaft mbH [The Hansa Nord]*, [1976] Q.B. 44
- Co-operative Insurance Society Ltd. v. Argyll Stores (Holding) Ltd.* [1998] A.C. 1
- Dairy Containers Ltd. v. Tasman Orient Line CV*, [2004] 2 Lloyd's Rep. 647
- Davis Contractors Ltd v. Fareham Urban District Council* [1956] AC 696
- Decro-Wall International S.A. v. Practitioners in Marketing Ltd.* [1971] 1 W.L.R. 361
- Fibrosa Spolka Akcyjna v. Fairbairn Lawson Combe Barbour Ltd.* [1943] AC 32
- G. L. Cicatiello S.R.L. v. Anglo European Shipping Services* [1994] 1 Lloyd's Rep. 678
- Gilbert-Ash (Northern) Ltd. v. Modern Engineering (Bristol) Ltd.* [1974] A.C. 689
- Hong Kong Fir Shipping Co. Ltd. v. Kawasaki Kisen Kaisha Ltd.* [1962] 2 Q.B. 26
- J. Lauritzen AS v. Wijsmuller BV (The "Super Servant Two")* [1990] 1 Lloyd's Law Rep. 1
- J.J. Silver Ltd. v. Islander Trucking Ltd.* [1985] 2 Lloyd's Rep. 243
- L. Schuler A.G. v. Wickman Machine Tool Sales Ltd.* [1974] A.C. 235
- Ocean Marine Navigation Limited v. Koch Carbon Inc.* [2003] 2 Lloyd's Rep. 693
- Photo Production Ltd. v. Securicor Transport Ltd.* [1980] A.C. 827
- Quantum Corporation Inc. v. Plane Trucking Ltd.* [2002] 2 Lloyd's Rep. 25
- Rice (t/a Garden Guardian) v. Great Yarmouth Borough Council*, The Times, 26 July 2000
- Ruxely Electronics and Construction Ltd. v. Forsyth* [1996] A.C. 344
- Samuels v. Davis* [1943] KB 526
- Scammel and Nephew v. Ouston* [1941] A.C. 251
- Sumter v. Hedges* [1898] 1 Q.B. 673
- Swiss Bank Corp. v. Brinks-MAT Ltd* [1986] 2 Lloyd's Rep. 79
- Tsakiroglou & Co. v. Noble Thorl GmbH* [1962] A.C. 93
- White and Carter (Council) Ltd. v. McGregor* [1962] A.C. 413
- Young & Marten Ltd. v. McManus Childs Ltd.* [1969] 1 A.C. 454

USA

Armour Pharmaceutical Co. v. Jet Air (Hong Kong) Limited d/b/a Jet Air,
ETL 1992 s. 411

Övrigt

ND 1980 s. 1

ND 1997 s. 84

NJW 1975 s. 1598

Bibliografi

Offentligt tryck

Propositioner

NJA II 1914 s. 160	Lagstiftning om kommission, handelsagentur och handelsresande
NJA II 1936 s. 446	1936 års sjölagsändringar
Prop. 1937:5	Förslag till lag om befordran med luftfartyg
Prop. 1974:33	Förslag till lagen om inrikes vägtransport
Prop. 1975/76:81	Förslag till ändring i lagen (1915:218) om avtal m.m.
Prop. 1983/84:117	Förslag till järnvägstrafiklag m.m.
Prop. 1984/85:110	Förslag till konsumenttjänstlag
Prop. 1984/85:96	Förslag till lag om viten
Prop. 1986/87:89	Förslag ett reformerat tingsrättsförfarande
Prop. 1988/89:76	Förslag till ny köplag
Prop. 1993/94:195	Förslag till ny sjölag
Prop. 2002/03:133	Förslag till lag om finansiell rådgivning till konsumenter

Statens offentliga utredningar

SOU 1990:13	<i>Översyn av sjölagen 2. Godsbefordran till sjöss</i>
SOU 2000:8	<i>Framtida godstransporter – transportköparnas krav på transportsystem</i>

Litteratur

- Abrahamsson, Hans; Sandahl, Freddy: *Internationella transporter och expedition*, 2:a upplagan, Liber Ekonomi, Stockholm 1996
- Adlercreutz, Axel: *Avtalsrätt I*, Tolfte upplagan, Juristförlaget i Lund, Lund 2002

- Adlercreutz, Axel: *Avtalsrätt II*, Femte upplagan, Juristförlaget i Lund, Lund 2001 [Adlercreutz, *Avtalsrätt II*]
- Almén, Tore: *Om köp och byte av lös egendom*, Fjärde delvis omarbetade upplagan ömbesörjd av Rudolf Eklund, P.A. Norstedt och Söners Förlag, Stockholm 1960 [Almén, *Köp*]
- Arnholm, Carl Jacob: *Privatrett III. Almindelig obligasjonsrett*, Johan Grundt Tanum, Oslo 1974 [Arnhom, *Obligasjonsrett*]
- Asariotis, Regina; Baatz, Yvonne; Gaskell, Nicholas: *Bills of Lading: Law and Contracts*, Lloyd's of London Press, London 2000
- Atiyah, P.S.: *Essays on Contract*, Oxford University Press, Oxford 1986
- Atiyah, P.S.: *An Introduction to the Law of Contract*, 5:e upplagan, Clarendon Press, Oxford 1995 [Atiyah, *Introduction*]
- Augdahl, Per: *Den norske obligasjonsretts almindelig del*, 5:e upplagan, H. Aschehoug & Co (W. Nygaard), Oslo 1978 [Augdahl, *Obligasjonsrett*]
- Baatz, Yvonne; Gaskell, Nicholas; Asariotis, Regina: *Bills of Lading: Law and Contracts*, Lloyd's of London Press, London 2000
- Bénabent, Alain: *Droit civil. Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, Montchrestien, Paris 2001
- Bénabent, Alain: *Droit civil. Les obligations*, 4:e upplagan, Montchestien, Paris 1994 [Bénabent, *Les obligations*]
- Bénabent, Alain: *Droit civil. Les contrats spéciaux*, 2:a upplagan, Montchrestien, Paris 1995 [Bénabent, *Les contrats spéciaux*]
- Bengtsson, Bertil: *Hävningsrätt och uppsägningsrätt vid kontraktsbrott*, P.A. Norstedt & Söners förlag, Stockholm 1967 [Bengtsson, *Hävningsrätt*]
- Bianca, C.M.; Bonell, M.J.: *Commentary on the International Sales Law. The 1980 Vienna Sales Convention*, Giuffrè, Milano 1987 [Tallon, *Commentary*]
- Bianca, C.M.; Bonell, M.J.: *Kommentar till art. 79 CISG* i C.M. Bianca, M.J. Bonell, *Commentary on the International Sales Law. The 1980 Vienna Sales Convention*, Giuffrè, Milano 1987 [Bonell, *Commentary*]
- Björling, Carl G. E.: *Om betydelsen af lagspråkets uttryck "vårda som sitt eget"*, NJA II 1900 nr. 5
- Bonell, M.J.; Bianca, C.M.: *Kommentar till art. 79 CISG* i C.M. Bianca, M.J. Bonell, *Commentary on the International Sales Law. The 1980 Vienna Sales Convention*, Giuffrè, Milano 1987 [Bonell, *Commentary*]
- Bonell, M.J.; Bianca, C.M.: *Commentary on the International Sales Law. The 1980 Vienna Sales Convention*, Giuffrè, Milano 1987 [Tallon, *Commentary*]
- Brækhus, Sjur: *Sjørettens område og særpreg*, MarLus nr 2 (1975) [Brækhus, *Særpreg*]

- Brækhus, Sjur: *The Hague Rules Catalogue* i Kurt Grönfors (Ed.), *Six Lectures on the Hague Rules*, Akademiförlaget Gumperts, Göteborg 1967
- Brownsword, Roger: *Retrieving Reasons, Retrieving Rationality? A New Look at the Right to Withdraw for Breach of Contract*, (1992) 5 *Journal of Contract Law* 83 [Brownsword, Rationality]
- Bugden, Paul: *Freight Forwarding and Goods in Transit*, Sweet & Maxwell, London 1999
- Bull, Hans Jacob; Falkanger, Thor: *Innføring i sjørett*, Sjørettsfondet, Oslo 2004 [Falkanger, *Innføring*]
- Burchard, Johannes: *Das Recht der Spedition*, Verlag von Ferdinand Enke, Stuttgart 1894
- Burrows, Andrew S.: *The Law of Restitution*, Butterworths, London 2002
- Burrows, Andrew S.: *Remedies for Torts and Breach of Contract*, Oxford University Press, Oxford 2004
- Canaris, Claus-Wilhelm; Larenz, Karl: *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 3:e nybearbetade upplagan, Springer, Berlin 1995
- Canaris, Claus-Wilhelm: *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz*, 2:a bearbetade upplagan, Duncker & Humboldt, Berlin 1983
- Carbonnier, Jean: *Droit civil. Les obligations*, 22:a upplagan, Presses universitaires de France, Paris 2000 [Carbonnier, *Les obligations*]
- Caves, Richard E.: *Air Transport and Its Regulators*, Harvard University Press, Cambridge (Massachusetts) 1962
- Chengwei, L.: *Remedies for Non-performance. Perspectives from CISG, UNIDROIT Principles and PECL*, www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/chengwei-77.html
- Clarke, Malcolm A.: *The Line in Law Between Land and Sea*, [2003] *Journal of Business Law* 522
- Clarke, Malcolm A.: *Contracts of Carriage by Air*, LLP, London, Hong Kong 2002
- Clarke, Malcolm A.: *International Carriage of Goods by Road: CMR*, 4:e upplagan, Lloyd's of London Press, London 2003
- Collins, Hugh: *Regulating Contracts*, Oxford University Press, Oxford 1999
- de Wit, Ralph: *Multimodal Transport*, Lloyd's of London Press, London 1995
- del Pilar Perales Viscasillas, M.: *El contrato de compraventa internacional de mercanías* (Convención de Viena de 1980), *Capítulo VI. Derechos y acciones en caso de incumplimiento del contrato (I)*, www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/perales1-77.html
- Dotenvall, Rolf: *Ekvivalensprincipen och jämkning av långvariga avtal*, SvJT 2002 s. 441 [Dotenvall, *Ekvivalensprincipen*]

- Dotevall, Rolf; Tiberg, Hugo: *Mellanmansrätt*, 9:e upplagan, Norstedts juridik, Stockholm 1997 [Tiberg, *Mellanmansrätt*]
- Ekelund, Per: *Nordisk speditörförbunds almindelige bestemmelser for expedition, transport og oplagring med kommentarer*, Jurist- och Økonomforbundets forlag, Köpenhamn 1991
- Elmelund, Nils: *Lærebog i dansk og international køberet*, 2:a upplagan, Jurist- och Økonomforbundets Forlag, Köpenhamn 1996
- Engisch, Karl: *Einführung in das juristische Denken*, 9:e upplagan bearbetad av Prof. Dr. Thomas Würtenberger och Dr. Dirk Otto, Kohlhammer Urban-Taschenbücher, Stuttgart 1997
- Falkanger, Thor; Bull, Hans Jacob: *Innføring i sjørett*, Sjørettsfondet, Oslo 2004 [Falkanger, *Innføring*]
- Fehr, Martin: *Rätten att fördra fullgörelse enligt köplagen*, Festskrift tillägnad Erik Marks von Würtemberg, Isaac Marcus Boktryckeri-Aktiebolag, Stockholm 1931, s. 162
- Fitger, Peter: *Rättegångsbalken II. Supplement 38*, Norstedts, Stockholm 2002
- Furmston, Michael: *Cheshire, Fifoot and Furmston's Law of Contract*, 14:e upplagan, Butterworths LexisNexis, London 2001
- Gaskell, Nicholas; Asariotis, Regina; Baatz, Yvonne: *Bills of Lading: Law and Contracts*, Lloyd's of London Press, London 2000
- Ghestin, Jacques: *Traité de Droit Civil. Les effets du contrat*, 2:a upplagan, L.G.D.J., Paris 1994 [Ghestin, *Droit Civil*]
- Gomard, Bernhard: *Obligationsret. 1. Del*, 3:e omarbetade upplagan, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, Köpenhamn 1998
- Gomard, Bernhard: *Obligationsret. 2. Del*, 3:e upplagan, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, Köpenhamn 2003 [Gomard, *Obligationsret 2*]
- Gorton, Lars: *Ship Management Agreements*, J.B.L. 1991, Nov., 562
- Gorton, Lars: *Volume Contracts of Affreightment*, Scandinavian Studies in Law, Volume 46, Stockholm 2004
- Gran, Andreas: *Vertragsgestaltung im Logistikbereich*, Transportrecht 1-2004, s. 1
- Grönfors, Kurt: *Anmälan av Jacob Sundberg, Air Charter*, Arkiv for Luftrett, Bd. 2, s. 51; Kurt Grönfors, *Successiva transporter. En studie i transportöransvar*, P.A. Norstedt & Söners Förlag, Stockholm 1968, s. 41
- Grönfors, Kurt: *Sjölagens bestämmelser om godsbefordran*, Under medverkan av Lars Gorton, P.A. Norstedt & Söners förlag, Stockholm 1982 [Grönfors, *Sjölagens bestämmelser*]
- Grönfors, Kurt: *Tidsfaktorn vid transportavtal*, Sjörättsföreningen i Göteborg, Akademiförlaget, Göteborg 1974 [Grönfors, *Tidsfaktorn*]
- Grönfors, Kurt: *Allmän transporträtt*, 5:e upplagan, P.A. Norstedt & Söners förlag, Stockholm 1977

- Grönfors, Kurt: *Avtalsgrundande rättsfakta*, N & S biblioteket, Stockholm 1998
- Grönfors, Kurt: *Avtalslagen*, 3:e reviderade upplagan under medverkan av Rolf Dotevall, Norstedts gula bibliotek, Fritzes, Stockholm 1995
- Grönfors, Kurt: *Fraktavtalet under etthundra år*, Sjörettsföreningen i Göteborg, Skrifter 66, Akademiförlaget Göteborg, Göteborg 1986 [Grönfors, *Fraktavtalet*]
- Grönfors, Kurt: *Successiva transporter – en studie i transportöransvar*, P. A. Norstedt & Söners Förlag, Stockholm 1968 [Grönfors, *Successiva transporter*]
- Grönfors, Kurt: *Transporträttsliga studier*, Sjörettsföreningen i Göteborg, Skrifter 50, Akademiförlaget, Göteborg 1975
- Grönfors, Kurt; Hagberg, Lennart: *De nordiska speditiovillkoren*, Göteborg 1963 [Grönfors, *Speditiovillkoren*]
- Gunnerstad, Annelie; Ingvarsson, Torbjörn: *Den komparativa rätten – värd en omväg?*, SvJT 1997 s. 152
- Göransson, Mattias: *Specialpreskription – 18 kap. 9 § handelsbalken*, JT 2000-01 nr 1 s. 147
- Hagberg, Lennart; Grönfors, Kurt: *De nordiska speditiovillkoren*, Göteborg 1963 [Grönfors, *Speditiovillkoren*]
- Hager, Richard; Persson, Annina H.; Hellner, Jan: *Speciell avtalsrätt II. Kontraktsrätt. 1 häftet. Särskilda avtal*, Fjärde upplagan, Norstedts juridik, Stockholm 2005 [Hellner, *Kontraktsrätt I*]
- Hagstrøm, Viggo: *Obligasjonsrett*, i samarbeid med Magnus Aarbakke, Universitetsforlaget, Oslo 2003 [Hagstrøm, *Obligasjonsrett*]
- Hammar skjöld, K.H.L.: *Om fraktavtalet och dess viktigaste rättsföljder*, Ak. avh., R. Almqvist & J. Wiksell's boktryckeri, Uppsala 1886
- Hart, H.L.A.: *The Concept of Law*, 2:a upplagan, Clarendon Law Series, Oxford University Press, Oxford 1994
- Hasselrot, Berndt: *Hvad innebær lagens uttryck "vårda som sitt eget"*, NJA II 1900 nr. 10
- Heidbrink, Jakob: *S.k. kringtjänster – tilläggsuppgifter eller integrerad del i logistikuppdraget?*, i Svante O. Johansson (red.), *Transportören, speditören, logistiken och juridiken – ett seminarium*, Svenska sjörettsföreningen, Skrifter 76, Stockholm 2003, s. 45
- Heidbrink, Jakob: *Preskription enligt 18 kap. 9 § handelsbalken – ett bidrag till diskussionen om kravet på uppdragstagarens egendomsförvaltning*, JT 2001-02 nr 1 s. 196
- Heidbrink, Jakob: *I gränsmarkerna mellan preskription och novation – återuppväckande av preskriberad fordran i konsumentförhållanden*, JT 2002-03 nr 1 s. 140
- Hellner, Jan: *Metodproblem i rättsvetenskapen. Studier i förmögenhetsrätt*, Jure, Stockholm 2001

- Hellner, Jan: *Rättsteori – en introduktion*, 2:a upplagan, Juristförlaget, Stockholm 1996
- Hellner, Jan: *The UN Convention on International Sales of Goods – an Outsider's View*, i Erik Jayme m.fl. (utg.), *Ius Inter Nationes. Festschrift für Stefan Riesenfeld aus Anlass seines 75. Geburtstages*, C.F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg 1983, s. 71
- Hellner, Jan: *Specific Performance in Swedish Contract Law*, i Attila Harmathy (utg.), *Binding Force of Contract*, Institute for Legal and Administrative Sciences of the Hungarian Academy of Sciences, Budapest 1991, s. 51 [Hellner, *Specific performance*]
- Hellner, Jan: *Om obehörig vinst. Särskilt utanför kontraktsförhållanden*, Ak. avh., Almqvist & Wiksells Boktryckeri, Uppsala 1950
- Hellner, Jan: *Preskription enligt HB 18:9*, JT 2000-01 nr 3 s. 731
- Hellner, Jan: *Speciell avtalsrätt II, Kontraktsrätt. 2 häftet. Allmänna ämnen*, Tredje upplagan, Juristförlaget, Stockholm 1996 [Hellner, *Kontraktsrätt 2*]
- Hellner, Jan: *Pacta sunt servanda* i Anders Bratholm m.fl. (utg.), *Samfunn, rett, rettferdighet. Festschrift till Torstein Eckhoffs 70-årsdag*, Tano, Oslo 1986, s. 335
- Hellner, Jan; Hager, Richard; Persson, Annina H.: *Speciell avtalsrätt II. Kontraktsrätt. 1 häftet. Särskilda avtal*, Fjärde upplagan, Norstedts juridik, Stockholm 2005 [Hellner, *Kontraktsrätt 1*]
- Hellner, Jan; Johansson, Svante: *Skadeståndsrätt*, Sjätte upplagan, Norstedts juridik, Stockholm 2002 [Hellner, *Skadeståndsrätt*]
- Herre, Johnny: Anm. av Laila Zackariasson, *Direktkrav. Om rätt att rikta anspråk mot gäldenärens gäldenär*, Ak. avh., Iustus förlag, Uppsala 1999, SvJT 2000, s. 523
- Huser, Kristian: *Avtaletolkning*, Universitetsforlaget, Bergen 1983 [Huser, *Avtaletolkning*]
- Höök, Rolf: *Entreprenadjuridik*, Norstedts juridik AB, Stockholm 1999
- Ingvarsson, Torbjörn; Gunnerstad, Annelie: *Den komparativa rätten – värd en omväg?*, SvJT 1997 s. 152
- Johansson, Svante; Hellner, Jan: *Skadeståndsrätt*, Sjätte upplagan, Norstedts juridik, Stockholm 2002 [Hellner, *Skadeståndsrätt*]
- Jørgensen, Stig: *Fire obligationsretlige afhandlinger*, Juristforbundets forlag, Köpenhamn 1965 [Jørgensen, *Afhandlinger*]
- Karlgren, Hjalmar: *Obehörig vinst och värdeersättning*, Av Fritjof Lejman översedd utgåva, Norstedts juridik, Stockholm 1982
- Karlgren, Hjalmar: *Kutym och rättsregel, en civilrättslig undersökning*, P.A. Norstedt & Söners Förlag, Stockholm 1960
- Kihlman, Jon: *Fel. Särskilt vid köp av lös och fast egendom*, MercurIUS, Stockholm 1999

- Kleineman, Jan: *Rådgivares informationsansvar – en probleminventering*, SvJT 1998 s. 185 [Kleineman, *Rådgivare*]
- Knoblock, Maria: *Logistikerns ansvar för mervärdestjänster utförda i köparens lokaler*, i Svante O. Johansson (red.), *Transportören, speditören, logistiken och juridiken – ett seminarium*, Svenska sjörättsföreningen, Skrifter 76, Stockholm 2003, s. 73
- Koller, Ingo: *Quantum Corporation Inc. v. Plane Trucking Limited und die Anwendbarkeit der CMR auf die Beförderung mit verschiedenen Transportmitteln*, Transportrecht 2-2003, s. 45 [Koller, *Anwenbarkeit*]
- Koller, Ingo: *Transportrecht. Kommentar*, 4:e upplagan, C.H. Beck, München 2000 [Koller, *Transportrecht*]
- Krüger, Kai: *Pengekrav*, 2:a upplagan, Universitetsforlaget AS, Bergen, Oslo, Stavanger, Trømsø 1984
- Krüger, Kai: *Norsk kontraktsrett*, 2:a upplagan, Alma Mater forlag AS, Bergen 1989 [Krüger, *Kontraktsrett*]
- Kötz, Hein; Zweigert, Konrad: *Introduction to Comparative Law*, 3:e omarbetade upplagan översatt av Tony Weir, Clarendon Press, Oxford 1998 [Zweigert, *Comparative Law*]
- Lakoff, George: *Women, Fire and Dangerous Things – What Categories Reveal About the Mind*, University of Chicago Press, Chicago 1987
- Larenz, Karl; Canaris, Claus-Wilhelm: *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 3:e nybearbetade upplagan, Springer, Berlin 1995
- Larenz, Karl: *Lehrbuch des Schuldrechts. Erster Band: Allgemeiner Teil*, 14:e upplagan, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München 1987
- Lehrberg, Bert: *Avtalstolkning*, Institutet för bank- och affärsjuridik, Uppsala 2003 [Lehrberg, *Avtalstolkning*]
- Lequette, Yves; Simler, Phillippe; Terré, François: *Droit civil. Les obligations*, Sjunde upplagan, Dalloz, Paris 1999 [Terré, *Les obligations*]
- Lewison, Kim: *The Interpretation of Contracts*, Sweet & Maxwell, London 2004
- Liman, Lars-Otto: *Entreprenad- och konsulträtt*, Svensk byggtjänst, Stockholm 2002
- Ljungman, Seve: *Om prestation in natura*, Almqvist & Wiksells Boktryckeri AB, Uppsala 1948
- Lundstedt, A.V.: *Grundlinjer i skadeståndsrätten. Förra delen culpa-regeln*, A.-B- L. Norblads bokhandel, Uppsala 1935
- Maultzsch, Felix; Oetker, Hartmut: *Vertragliche Schuldverhältnisse*, Springer, Berlin 2002 [Oetker, *Schuldverhältnisse*]
- Mazeaud, Henri: *Traité Théorique et Pratique de la Responsabilité Civile Délictuelle et Contractuelle*, 6:e upplagan, Editions Montchrestien, Paris 1965 [Mazeaud, *Traité*]

- McFarlane, Ben; Stevens, Robert: *In Defence of Sumter v. Hedges*, (2002) 118 L.Q.R. 569 [McFarlane, *Defence*]
- McKendrick, Ewan: *Contract Law – Text, Cases, and Materials*, Andra upplagan, Oxford University Press, Oxford 2005
- Medicus, Dieter: *Schuldrecht I. Allgemeiner Teil*, 15:e upplagan, C.H. Beck, München 2004 [Medicus, *Schuldrecht I*]
- Medicus, Dieter: *Schuldrecht I. Allgemeiner Teil*, 12:e upplagan, C.H. Beck, München 2000
- Medicus, Dieter: *Schuldrecht II. Besonderer Teil*, 11:e, omarbetade upplagan, C.H. Beck, München 2003
- Mercadal, Barthélémy; Rodière, René: *Droit des transports terrestres et aériens*, Femte upplagan, Dalloz, Paris 1990 [Rodière, *Droit des transports*]
- Mervis, Carolyn; Rosch, Eleanor: *Family Resemblances: Studies in the Internal Structure of Categories*, *Cognitive Psychology* 7 [1975] 573
- Mestad, Ola: *Om force majeure og risikofordeling i kontrakt*, Universitetsforlaget, Oslo 1991 [Mestad, *Force majeure*]
- Millqvist, Göran: *Sakrättens grunder* Tredje upplagan, Norstedts juridik, Stockholm 2003
- Moberg, Pontus: *Logistikens tjänsteutveckling på kollisionskurs med traditionell mellanmansrätt*, i Svante O. Johansson (red.), *Transportören, speditören, logistiken och juridiken – ett seminarium*, Svenska sjörättsföreningen, Skrifter 76, Stockholm 2003, s. 57
- Munukka, Jori: *Harmonisation of Contract Law: In Search of a Solution to the Good Faith Problem*, in Peter Wahlgren (utg.), *Perspectives on Jurisprudence. Essays in Honor of Jes Bjarup*, Scandinavian Studies in Law Volume 48, Stockholm Institute for Scandinavian Law, Stockholm 2005
- Mustill, Lord Justice: *The New Lex Mercatoria: The First Twenty-five Years* in Maarten Bos, Ian Brownlie, *Liber Amicorum for the Rt. Hon. Lord Wilberforce*, Clarendon Press Oxford University Press, Oxford 1987, s. 149
- Nordling, E.V.: *Om Romerska Rättens, Juridiska Encyclopediens och Rättshistoriens betydelse för rättsstudiet*, Föredrag vid inträdet i professuren i nämnda ämnen vid Upsala universitet, Tidskrift för lagstiftning, lagskipning och förvaltning utgifven av Christian Nauman, 4:e årgången 1867, s. 699
- Oetker, Hartmut; Maultzsch, Felix: *Vertragliche Schuldverhältnisse*, Springer, Berlin 2002 [Oetker, *Schuldverhältnisse*]
- Olivecrona, Karl: *Beviskyldigheten och den materiella rätten*, Almqvist & Wiksells boktryckeri AB, Uppsala 1930
- Olsen, Lena: *Borgenärens val vid kontraktsbrott*, Norstedts juridik, Stockholm 1997 [Olsen, *Borgenärens val*]
- Olsen, Lena: *Ersättningsklausuler. Vite och andra avtalade ersättningar vid*

- kontraktsbrott*, Nerenius & Santérus Förlag AB, Stockholm 1993 [Olsen, *Ersättningsklausuler*]
- Persson, Annina H.; Hager, Richard; Hellner, Jan: *Speciell avtalsrätt II. Kontraktsrätt. 1 häftet. Särskilda avtal*, Fjärde upplagan, Norstedts juridik, Stockholm 2005 [Hellner, *Kontraktsrätt I*]
- Peterson, Claes: *Rättslig enhet genom naturrätt*, Juridisk tidskrift 1992-93:4 s. 620
- Pound, Roscoe: *What is the Common Law* (1936–37) 4 University of Chicago Law Review 176 [Pound, *Common Law*]
- Racine, Jean-Baptiste: *Le retard dans le transport maritime de marchandise*, Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique, nr. 2, april-juni 2003
- Ramberg, Christina; Ramberg, Jan: *Allmän avtalsrätt*, Sjätte upplagan, Norstedts juridik, Stockholm 2003 [Ramberg, *Avtalsrätt*]
- Ramberg, Jan: *Cancellation of Contracts of Affreightment on Account of War and Similar Circumstances*, Handelshögskolan i Göteborg, Akademiförlaget, Göteborg 1969
- Ramberg, Jan: *Köplagen*, Under medverkan av Johnny Herre, Fritzes, Stockholm 1995 [Ramberg, *Köplagen*]
- Ramberg, Jan: *The Future Law of Transport Operators and Service Providers*, Scandinavian Studies in Law, Volume 46: Maritime and Transport Law, Stockholm 2004 [Ramberg, *Transport Operators*]
- Ramberg, Jan: *Spedition och fraktavtal*, P.A. Norstedt & Söners Förlag, Lund 1983 [Ramberg, *Spedition*]
- Ramberg, Jan: *The Law of Transport Operators in International Trade*, Norstedts Juridik, Stockholm 2005 [Ramberg, *Transport Operators in International Trade*]
- Ramberg, Jan: *NSAB 75 år*, Nordiskt speditörförbund, Stockholm 1994
- Ramberg, Jan; Ramberg, Christina: *Allmän avtalsrätt*, Sjätte upplagan, Norstedts juridik, Stockholm 2003 [Ramberg, *Avtalsrätt*]
- Rodhe, Knut: *Obligationsrätt*, Fritzes, Stockholm 1956 [Rodhe, *Obligationsrätt*]
- Rodière, René; Mercadal, Barthélémy: *Droit des transports terrestres et aériens*, Femte upplagan, Dalloz, Paris 1990 [Rodière, *Droit des transports*]
- Rosch, Eleanor: *Cognitive Representations of Semantic Categories*, Journal of Experimental Psychology: General 104 [1975] 192
- Rosch, Eleanor: *Natural Categories*, Cognitive Psychology 4 [1973] 328
- Rosch, Eleanor; Mervis, Carolyn: *Family Resemblances: Studies in the Internal Structure of Categories*, Cognitive Psychology 7 [1975] 573
- Rosén, Jan: *Förlagsrätt. Rättsfrågor vid förlagsavtal*, ak. avh., Juristförlagen, Stockholm 1989 [Rosén, *Förlagsrätt*]
- Sandahl, Freddy; Abrahamsson, Hans: *Internationella transporter och spedition*, 2:a upplagan, Liber Ekonomi, Stockholm 1996

- Sandgren, Claes: *Om teoribildning och rättsvetenskap*, JT 2004-05 nr 2, s. 297;
- Sandström, Marie: *Axel Hägerström och realismen*, Juridisk tidskrift 2001-02 s. 858
- Savigny, Friedrich Karl von: *System des heutigen römischen Rechts*, Band I, Nytryck, Scientia, Aalen 1981
- Schapp, Jan: *Empfiehlst sich die "Pflichtverletzung" als Generaltatbestand des Leistungsstörungenrechts?*, JZ 2001, s. 583
- Schelin, Johan: *Last och ersättning*, Skrifter utgivna av Axel Ax:son Johnsons institut för sjörett och annan transporträtt nr 20, Jure, Stockholm 2000 [Schelin, *Ersättning*]
- Schlechtriem, Peter: *Schuldrecht. Besonderer Teil*, 6:e upplagan, Mohr Siebeck, Tübingen 2003
- Schlechtriem, Peter: *Schuldrecht. Allgemeiner Teil*, 5:e upplagan, Mohr Siebeck, Tübingen 2003 [Schlechtriem, *Allgemeiner Teil*]
- Schmidt, Karsten: *Handelsrecht*, 5:e helt nybearbetade upplagan, Carl Heymanns Verlag KG, Köln 1999
- Selvig, Erling: *Om dom på naturaloppfyllelse, særlig i befraktningsforhold*, Arkiv for Sjørett, Bd. 5, s.553 [Selvig, *Naturaloppfyllelse*]
- Selvig, Erling: *The Freight Risk. A Comparative Study*, Arkiv for sjørett, Band 7, hæfte 1, Rambæks Trykkeri, Oslo 1965 [Selvig, *Freight Risk*]
- Simler, Phillippe; Terré, François; Lequette, Yves: *Droit civil. Les obligations*, Sjunde upplagan, Dalloz, Paris 1999 [Terré, *Les obligations*]
- Sisula-Tulokas, Lena: *Felpåföljden prisavdrag*, Juristförbundets förlag, Helsingfors 1990 [Sisula-Tulokas, *Prisavdrag*]
- Sköld, Per-Olov: *Distributionsavtalet*, i i Svante O. Johansson (red.), *Transportören, speditören, logistiken och juridiken – ett seminarium*, Svenska sjörettsföreningen, Skrifter 76, Stockholm 2003, s.65
- Spera, Kurt: *Internationales Eisenbahnfrachtrecht – Die Einheitlichen Rechtsvorschriften für den Vertrag über die internationale Eisenbahnbeförderung. Kommentar*, GOF-Verlag, Wien 1991
- Stevens, Robert; McFarlane, Ben: *In Defence of Sumter v. Hedges*, (2002) 118 L.Q.R. 569 [McFarlane, *Defence*]
- Strömholm, Stig: *Lag och lyra – En konflikt utan lösning*, i Per Erik Lindblom (red.), *Process och Exekution. Vänbok till Robert Boman*, Iustus förlag, Uppsala 1990, s. 325 [Strömholm, *Lag och lyra*]
- Strömholm, Stig: *Rätt, rättskällor och rättstillämpning*, Nordstedts juridik, Stockholm 1996
- Stöth, Göran: *Transport- och logistikrätt – en grundläggande redogörelse*, Industilitteratur, Uppsala 2004 [Stöth, *Logistikrätt*]
- Sundberg, Jacob: *Om ansvaret för fel i lejt gods*, P.A. Norstedt & Söners förlag, Stockholm 1966 [Sundberg, *Lejt gods*]
- Sundberg, Jacob: *Avtalstyper och typavtal*, SvJT 1961 s. 11

- Sundell, Jan-Olof: *Tysk påverkan på svensk civilrättsdoktrin 1870-1914*, Nordiska Bokh., Stockholm 1987
- Taxell, Lars Erik: *Avtalsbrott och påföljd*, i Festskrift till Håkan Nial, Stockholm 1966
- Taxell, Lars Erik: *Avtalsersättning och culpa*, TFR 1987 s. 342
- Taxell, Lars Erik: *Avtal och rättsskydd*, Åbo Akademi, Åbo 1972 [Taxell, *Rättsskydd*]
- Terré, François; Lequette, Yves; Simler, Phillippe: *Droit civil. Les obligations*, Sjunde upplagan, Dalloz, Paris 1999 [Terré, *Les obligations*]
- Tiberg, Hugo; Dotevall, Rolf: *Mellanmansrätt*, 9:e upplagan, Norstedts juridik, Stockholm 1997
- Tisserand, A.: *Code Civil*, 102:a upplagan, Dalloz, Paris 2003 [Tisserand, *Code civil*]
- Treitel, G.H.: *An Outline of the Law of Contract*, 6:e upplagan, Oxford University Press, Oxford 2004
- Treitel, G.H.: *The Law of Contract*, 11:e upplagan, Thomson – Sweet & Maxwell, London 2003 [Treitel, *Contract*]
- Treitel, Guenther: *Remedies for Breach of Contract*, Clarendon Press, Oxford 1988 [Treitel, *Remedies*]
- Ussing, Henry: *Obligationsretten, Almindelig del*, Fjärde upplagan av A. Vinding Kruse, Juristforbundets forlag, Köpenhamn 1961 [Ussing, *Obligationsretten*]
- Vagner, Han Henrik: *Entrepriseret*, 3:e utgåvan under medverkan av Torsten Iversen, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, Köpenhamn 2001 [Vagner, *Entrepriseret*]
- Vahlén, Lennart: *Avtal och tolkning*, P.A. Norstedt & söners förlag, Stockholm 1960
- Walén, Gösta: *Lagen om skuldebrev m.m.*, Andra, omarbetade upplagan, Norstedts juridik, Stockholm 1997 [Walén, *Skuldebrev*]
- Waters, Donald: *Logistics: An Introduction to Supply Chain Management*, Palgrave Macmillan, New York 2003 [Waters, *Logistics*]
- Westberg, Peter: *Det provisoriska rättsskyddet i tvistemål*, Bok 1, Juristförlaget i Lund, Lund 2004 [Westberg, *Det provisoriska rättsskyddet*]
- Westberg, Peter: *Domstols officialprövning. En civilprocessuell studie i anslutning till RB 17:3 p. 1*, Ak. avh., Juristförlaget i Lund, Lund 1988 [Westberg, *Officialprövning*]
- Westberg, Peter: *Överraskande rättsbildning på grundval av handelsbruk eller allmänt tillämpade standardvillkor?*, Juridisk tidskrift 2000-01, s. 348
- Widmann, Hubert: *ADSp '99. Kommentar*, 6:e upplagan, Luchterhand, Neuwied 1999
- Wikander, Hugo: *Bidrag till arbetsbetsingsaftalet enligt svensk rätt*, A.-B. Akademiska bokhandeln, Uppsala 1913

- Wikander, Hugo: *Från 1720 års skråordning till 1929 års luftbefordringskonvention*, i *Minnesskrift ägnad 1734 års lag av jurister i Sverige och Finland*, Isaac Marcus Boktryckeri-aktiebolag, Stockholm 1934
- Wiklund, Holger: *God advokatsed*, P.A. Norstedt & Söners Förlag, Stockholm 1973
- Wittgenstein, Ludwig: *Philosophical Investigations*, Macmillan, New York 1953
- Worthington, Sarah: *Equity*, Oxford University Press, Oxford 2003
- Ziegler, J. *Report to the Uniform Law Conference of Canada on Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/ziegel77.html
- Zippelius, Reinhold: *Juristische Methodenlehre*, 8:e upplagan, Verlag C.H. Beck, München 2003
- Zweigert, Konrad; Kötz, Hein: *Introduction to Comparative Law*, 3:e omarbetade upplagan översatt av Tony Weir, Clarendon Press, Oxford 1998 [Zweigert, *Comparative Law*]

Annat material

- | | |
|---|---|
| ASG AB | Årsredovisning 1998 |
| Cambridge Advanced Learner's Dictionary | http://dictionary.cambridge.org |
| Chitty on Contracts | Bd. 1 och 2, 29:e upplagan, Sweet&Maxwell, London 2004 |
| Danzas Holding AG | Årsredovisning 1998 |
| FIATA | FIATA Review No. 55, December 2004 |
| FIATA | FIATA Review No. 56, Februari 2005 |
| J. von Staudinger | <i>Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen</i> , §§ 315–327, Sellier – de Gruyter, Berlin 2004 |
| Münchener Kommentar | <i>Bürgerliches Gesetzbuch</i> , C.H. Beck, München 2003 |
| Nordiskt Speditörförbund | Nordiskt speditörförbunds allmänna bestämmelser, NSAB |
| OTIF | Legal consequences of the entry into force of COTIF 1999 if not ratified by all States in due time; http://www.otif.org/otif/_epdf/A_56-00_501.2005_20.01.2005_e.pdf |
| OTIF | Central Office Report on the Revision of the Convention concerning International Carriage by Rail (COTIF) of 9 May 1980 and |

Principles of European Contract Law	Explanatory Reports on the texts adopted by the Fifth General Assembly; http://www.otif.org/html/e/pub_cotif99_rappexpl.php Principles of European Contract Law, Prepared by The Commission on European Contract Law, Edited by Ole Lando and Hugh Beale, Kluwer Law International, The Hague 2000
Statistisk årsbok	http://www.stockholm.se/templates/template_121.asp_Q_mainframe_E_template_117.asp_Q_number_E_49286_A_category_E_11032
UNCITRAL (www.uncitral.org)	A/CN.9/544 Report of Working Group III (Transport Law)

Sakregister

Detta register avser endast arbetets svenska text och således inte den engelskspråkiga *Summary* som avslutar den egentliga framställningen. Alla förekomster av ett ord har inte förtecknats, utan strävan har varit att endast registrera sådana ställen där det relevanta sakordet utgör en del av diskussionen. Vidare har i många fall bortsetts från böjningar och avledningar som föranletts av grammatiken eller av den speciella kontexten i vilken ordet förekommer. **Fetstilta** sidhänvisningar avser sådana passager i texten där sakordet diskuteras mera ingående. Förkortningen *f.* betyder att diskussion sträcker sig till sidan närmast den förtecknade, förkortningen *ff.* att diskussionen fortgår över flera sidor efter den nämnda.

A

AB 04 98f.
arbetsbeting 161ff., 167f., 232, 235
avtalsalternativet 48, 53, 55
avtalsstolkning 29f., 108, 172, 177,
179, 218
avtalstyp 27ff., 34, 68ff., 71f., 81,
85, 90, 155f., 161ff., 167f., 209,
230, 235, 237, 279, 282
ekonomisk 28f., 42
juridisk 29, 42, 79, 297
avtalsutfyllning 107f., 111ff.,
115ff., 123, 125, 133ff., 150f.,
157f., 179f.

B

begrepp 20f., 22ff.,
bestämt yrkande 255f.
bevisbörda 109, 149ff., 177f., 237
vid *obligations de résultat* och
obligations de moyen 81f.
blandade avtal 55f., 62f., 68

C

CIM 47, 137, 140ff.
civil law 21, 85, 108
CMR 136ff., 141, 143
tillämplighet 51ff.
common law 21, 85, 108, 246,
253, 274, 275, 281
condition 200ff.
container 38, 40, 55, 57
culpa 105, 106ff.
inomkontraktuellt begrepp
110ff., 117f., 122f., 133ff.
jämfört med *reasonable care and
skill* 79, 84,
vid *obligations de résultat* och
obligations de moyen 80ff.
vid *Pflichtverletzung* 86f.
vid resultatförpliktelser och
förpliktelser att visa omsorg
87ff., 100
och bevisbörda 149f., 177ff.
i logistikavtal 174ff.

D

deposition 74, **156ff.**, 164, 167
det faktiska alternativet **48f.**
dröjsmål 113f., **169ff.**, 219f.

E

ekvivalens 120f., **121ff.**, 133, 153,
182, 185
entire obligation 224f.
entreprenad **98**, 168
equity 85, 274
exculpation
frånvaro av *culpa* 100, 118,
132f., 135

F

faktura 191
FIATA 36, 41, 58, 168
force majeure 118, 123ff., **128ff.**,
137
vid *obligations de résultat* 80ff.
”*utmost care*” 137ff., 141f.
fraktförare
kontraherande **40**, 41, 46, 65,
152
verkställande **40**
fraktsedel 38f., **65f.**, 168, 171ff.
förmedling **58f.**
förpliktelser att visa omsorg **78ff.**,
174ff., 186, 188f., 192, 221ff.,
234ff., 243ff., 258ff., 273, 279f.
förutsebarhet **51ff.**, 67
förvaring **156ff.**, 164, 244f.

G

generalklausul **75f.**

H

Haag-Visby-reglerna 148f.
hyra 43f., 146,

I

innominate term 200, **202ff.**
integrerade transporter 17, 55, 59
Interessefortfall 205f.
interimistiskt förordnande 276f.

J

JTL **140f.**
jämkning **124f.**, 185f., 191ff.
järnvägstransport 47, **140ff.**, 164,
167, 169, 172

K

kommission 68f., 210, 216, 229,
236f., 271f.
kontraktsbrottsbegreppet
fransk rätt 80ff.
engelsk rätt 84f.
tysk rätt 86f.
kontraktsrätt **29ff.**, 48f., **67ff.**, 74,
90, 102, 133, 176, 213, 231,
246, 267, 269f., 273, **282f.**
kontrollansvar 45, 100, **123ff.**,
131ff., 153, 167ff., 169ff., 173,
174ff., 189, 280
konvertering **170f.**,
kringtjänst 57, **58ff.**
kärntjänst **58ff.**
köplagen 162, 208, 216, 227
köprätt 74, 135, 167, 169, 183,
218, 246, 266, 267, 269

L

landsvägstransport **136ff.**, 140f.,
171
lastbärare 38
logistik
avtalet 19f., 42, 63ff.
begreppet 57ff.
löftets innehåll **33ff.**, 41, **43f.**,
55f., 60f., 63ff., 71, 73f., 151ff.,
155ff., **165ff.**, 168ff., 188,
219ff, **279f.**, **283ff.**

tredjepartslogistik 41
lokaliseringsproblemet 40
lufttransport 47, 143 ff., 167

M

medverkan 99, 220, 223
vid *repudiatory breach* 251 f.
mellanman 59, 74
Montrealkonventionen 47, 143 ff.

N

Nachfrist 205 f., 254
naturaprestation 181, 186
och ekvivalens 121 f., 125 f.
vid hävning 226 ff.
och vederlag 109
NSAB 19, 36, 39, 58

O

obehörig vinst 224 ff., 231
objektiva bedömningar 75 ff.
obligation de moyen 78 ff.
obligation de résultat 78 ff.
offergräns 123 ff., 126 ff., 134 f.,
179
"utmost care" 138 f.
ombud 74, 155 f., 159 ff., 173
outsourcing 42, 219

P

Pflichtverletzung 79, 86
presumtionsansvar 81, 109, 149 ff.,
164
principer 20 ff., 33, 70, 74, 110
prototyp 23

R

reasonable care and skill 79, 84 f.
redovisning 65 f., 178
resultatförpliktelse 78 ff., 174,
176 f., 179, 186 ff., 191 f., 221 ff.,
234 ff., 245, 258, 260, 266 f.,
270 ff., 279 f.

rubbing av förtroende 199, 208 ff.,
220, 222 f.

Rücktritt 205

rådgivare 92 ff., 156, 159 ff.,
172 f.

finansiell rådgivning 96 f.

rättskälla 25

rättsregel 26 ff., 34, 49 f.,

rättsvetenskap 24, 29

S

samhällsintresse 49, 197, 214
samlastning 37 f.
sjötransport 47, 145 ff., 169, 233 f.
skadebegränsningsplikt 267 ff., 275
specific performance 247 ff., 254,
273 ff.
spedition 35 ff., 57, 58, 62, 173
standardavtal 24 ff., 98
strikt ansvar 137 f., 145, 181
styckegoods 38, 43 f., 45 f., 46 f.,
145, 216
syssloman 160, 271

T

transportanknutna tjänster 59, 67
transportavdelning 41 f., 61, 65, 66,
73 f., 156, 180, 219, 279
transportdokument 37 ff., 65 f.
transportlagstiftning 47, 53 f., 65 f.
transportlöfte 38, 45 f., 66
ospecificerat 46, 49, 53, 55, 61,
65
självständigt 66
specificerat 46, 55
transporträtt 16 f., 38, 42, 43 ff.,
45 ff., 61, 63 ff., 74, 136 ff., 168,
170, 234, 274 ff., 279 f.
tredje man 18, 74, 103, 236 f.,
254
tvingande rätt 49

U

unimodal transport 49, 153

uppgift 91 f., 103, 133 f., 168,
171 ff., 174, 179,

uppsägning 195, 205, 215 f., 270 ff.

ursäkt 114 f., 117, 118, 119 f., 132

utländsk rätt 26 f., 224 ff., 280

V

warranty 200

Warszawakonventionen 144

vederlag 47, 100 f., 120 ff., 134,
154, 181 ff., 190 ff., 223 f.

intjänat vederlag; vederlagsrisken
190, 229 ff., 245, 247

vetenskap 21 f., 23 f.

vite 254, 258, 259, 260 ff.

VTL 49 f., 136 ff., 171 f.

vägtransport 47, 49 f., 136 ff.

Z

Zwangsvollstreckung 254