



Handelshögskolan
VID GÖTEBORGS UNIVERSITET

Avtals uppkomst i svensk rätt

– avtalsgrundande rättsfakta i teori, praxis och praktik

Tillämpade studier, 30 hp.

Programmet för juris kandidatexamen, termin 9

Ht 2008

Handledare: Ingmar Svensson

Författare: Jonas Öjelid

Innehållsförteckning

| | |
|---------------------------------------------------|--------------|
| 1 Inledning | s. 5 |
| 1.1 Syfte och frågeställning | s. 5 |
| 1.2 Metod | s. 5 |
| 1.2.1 En intressebaserad argumentationsmodell | s. 5 |
| 1.3 Avgränsningar | s. 6 |
| 1.4 Disposition | s. 6 |
| | |
| AVDELNING I – teoretiska modeller | |
| | |
| 2 Anbud-acceptmodellen | s. 8 |
| 2.1 Modellbeskrivning | s. 8 |
| 2.2 Krav på anbudet | s. 8 |
| 2.2.1 Tydlighet | s. 9 |
| 2.2.2 Riktat till en bestämd krets | s. 9 |
| 2.3 Accepten | s. 10 |
| 2.3.1 Lämnad i rätt tid | s. 10 |
| 2.3.2 Överensstämmelse med anbudet | s. 10 |
| 2.3.2.1 Tillämpningen av 4 § 2 st och 6 § 2 st | s. 10 |
| 2.3.3 Accept genom aktivt handlande | s. 11 |
| 2.4 Avtal mellan närvarande | s. 11 |
| 2.5 Viljeförklaringen har ett felaktigt innehåll | s. 11 |
| 2.5.1 Inledning | s. 11 |
| 2.5.2 Förklaringsmisstag | s. 12 |
| 2.5.2.1 Dold dissens i praktiken | s. 12 |
| 2.5.3 Befordringsmisstag | s. 13 |
| | |
| 3 Trestegsmodellen | s. 14 |
| 3.1 Modellbeskrivning | s. 14 |
| 3.2 Offert och order | s. 14 |
| 3.3 Orderbekräftelse | s. 14 |
| | |
| 4 Avtalade förhandlingsmodeller | s. 15 |
| 4.1 Inledning | s. 15 |
| 4.2 Avtalad skriftform | s. 15 |
| 4.3 Villkorad bundenhet | s. 16 |
| 4.4 Muntliga förhandlingar | s. 16 |
| | |
| 5 Successiv avtalsbundenhet | s. 17 |
| 5.1 Inledning | s. 17 |
| 5.2 Bundenhet i etapper | s. 17 |
| 5.3 Bundenheten uppstår endast vid slutligt avtal | s. 18 |
| 5.4 Analys | s. 19 |
| 5.4.1 Parternas intressen | s. 19 |
| 5.4.2 Samhällets intressen | s. 19 |
| 5.4.3 Slutsats | s. 19 |

| | |
|--------------------------------------------------------------------|--------------|
| 6 Avtalsbundenhet som sanktion | s. 20 |
| 6.1 Bakgrund | s. 20 |
| 6.2 Den utomkontraktuella lojalitetsplikten | s. 21 |
| 6.2.1 Lojalitetspliktens innebörd | s. 21 |
| 6.2.2 Lojalitetspliktens omfattning | s. 21 |
| 6.3 Lojalitetsbrott och sanktionen avtalsbundenhet | s. 22 |
| 7 Oskälighet som hinder för avtalsbundenhet | |
| 7.1 Avtalsrätten – från form till materia? | s. 23 |
| 7.1.1 Formellt och materiellt avtalsparadigm | s. 23 |
| 7.1.2 Paradigmens fördelar och nackdelar | s. 24 |
| 7.2 Oskälighet som avtalshindrande rättsfaktum | s. 24 |
| 8 Något om letters of intent | s. 25 |
| 8.1 Letter of intent – ett avtal om att ingå avtal? | s. 25 |
| 8.2 Den rättsliga betydelsen av ett letter of intent | s. 25 |
| AVDELNING II – praxis | |
| 9 Inledning praxisdelen | s. 27 |
| 10 Krav på anbudet och accepten | s. 27 |
| 10.1 Inledning | s. 27 |
| 10.2 Rättidig accept – den legala acceptfristen | s. 27 |
| 10.2.1 Högsta domstolens dom | s. 28 |
| 10.2.2 Analys | s. 28 |
| 11 Aktivt handlande som avtalsgrundande rättsfaktum | s. 28 |
| 11.1 Inledning | s. 28 |
| 11.2 NJA 1992 s 243 – det konkludenta konsultavtalet | s. 29 |
| 11.2.1 Yrkanden | s. 29 |
| 11.2.2 Bakgrund | s. 29 |
| 11.2.3 Högsta domstolens dom | s. 29 |
| 11.2.4 Analys | s. 30 |
| 11.3 Avtal genom tillägnad prestation – NJA 1961 s 658 | s. 30 |
| 11.3.1 Bakgrund | s. 30 |
| 11.3.2 Högsta domstolens dom | s. 30 |
| 11.3.3 Utom- eller inomkontraktuell betalningsskyldighet? | s. 30 |
| 11.4 Betydelsen av påbörjad avtalsenlig prestation - NJA 1980 s 46 | s. 31 |
| 11.4.1 Bakgrund | s. 31 |
| 11.4.2 Högsta domstolens dom | s. 32 |
| 11.4.3 Analys | s. 33 |
| 12 Omhändertagande av annans egendom | s. 33 |
| 12.1 Inledning | s. 33 |
| 12.2 Bilen i Färjestad, NJA 1948 s 752. | s. 33 |
| 12.2.1 Bakgrund | s. 33 |
| 12.2.2 Högsta domstolens dom | s. 33 |
| 12.2.3 Analys | s. 33 |
| 12.3 Tom Crown, NJA 1995 s 274 | s. 34 |
| 12.3.1 Bakgrund | s. 34 |

| | |
|------------------------------------------------------------------|--------------|
| 12.3.2 Högsta domstolens dom | s. 34 |
| 12.3.3 Analys | s. 34 |
| 12.4 Slutsats | s. 35 |
| 13 Bundenhet genom passivitet | s. 36 |
| 13.1 Bakgrund | s. 36 |
| 13.2 Högsta domstolens dom | s. 36 |
| 13.2.1 Domens tillämpningsområde | s. 36 |
| 13.3 Passivitet som avtalsgrundande rättsfaktum | s. 37 |
| 13.4 Håstads analys | s. 37 |
| 14 Avtalsrättslig lojalitetsplikt | s. 37 |
| 14.1 Inledning | s. 37 |
| 14.2 Landstingsprincipen | s. 38 |
| 14.2.1 Bakgrund | s. 38 |
| 14.2.2 Högsta domstolens dom | s. 38 |
| 14.2.3 Håstads särskilda tillägg | s. 38 |
| 14.2.4 Analys | s. 39 |
| 14.3 Motocrossbanefallet | s. 40 |
| 14.3.1 Bakgrund | s. 40 |
| 14.3.2 Högsta domstolens dom | s. 40 |
| 14.3.3 Analys | s. 41 |
| 14.4 Lojalitetspliktens betydelse i nordisk avtalsrätt | s. 41 |
| 15 Enighet på väsentliga punkter – den norska lösningen | s. 42 |
| 15.1 Inledning | s. 42 |
| 15.2 Rt 1998 s 946 | s. 42 |
| 15.3 Analys | s. 43 |
| 15.4 Modeller för väsentlighetsbedömningen | s. 43 |
| 15.4.1 Enighet på nödvändiga punkter | s. 43 |
| 15.4.2 Den kvantitativa modellen | s. 44 |
| 15.4.3 Anknytning till väsentligt avtalsbrott | s. 44 |
| 15.4.4 Anknytning till oren accept | s. 45 |
| 15.5 Slutsats | s. 46 |
| AVDELNING III – slutsatser | |
| 16 Den svenska avtalslagstiftningen | s. 47 |
| 16.1 Inledning | s. 47 |
| 16.2 Modellen för svensk avtalslagstiftning – två utgångspunkter | s. 47 |
| 16.2.1 En ny avtalslag? | s. 47 |
| 16.2.2 Den nuvarande modellen | s. 48 |
| 16.3 Den svenska avtalsrätten i framtiden | s. 48 |
| 17 Avtalsgrundande rättsfakta | s. 49 |
| 17.1 Inledning | s. 49 |
| 17.2 Avtalsgrundande rättsfakta | s. 49 |
| 17.2.1 Överensstämmande viljeförklaringar | s. 49 |
| 17.2.2 En generell lojalitetsbaserad passivitetsregel | s. 49 |
| 17.2.3 Påbörjad prestation enligt avtalet | s. 50 |
| 17.2.4 Direkt avtalsgrundande rättsfakta | s. 50 |
| 17.2.5 Successiv avtalsbundenhet | s. 50 |

1 Inledning

1.1 Syfte och frågeställning

Syftet med denna uppsats är att, med hjälp av rättspraxis och doktrin, undersöka under vilka förutsättningar bindande avtal kommer till stånd i den svenska rätten. Tanken är att uppsatsen skall kunna bidra till den aktuella debatten om vilka rättsfakta som är avtalsgrundande.

Förhoppningen är vidare att uppsatsen skall kunna bidra till debatten om hur den moderna svenska regleringen kring avtals ingående bör se ut. Avtal i olika former är en av de mest betydelsefulla byggstenarna i en marknadsekonomi och det är därmed av yttersta vikt att den avtalsrättsliga lagstiftningen – och tillämpningen av densamma – är väl anpassad till de behov som skall uppfyllas och de syften som skall uppnås.

Med ledning av det syfte som nämnts ovan lyder den frågeställning som skall besvaras i uppsatsen enligt följande: *under vilka förutsättningar uppkommer ett avtal i svensk rätt som är bindande för avtalsparterna?*

1.2 Metod

Metoden som används i uppsatsen är huvudsakligen den traditionellt rättsdogmatiska.¹ Den svenska avtalslagen är utgångspunkten för uppsatsen men även andra normer diskuteras i uppsatsen när detta är motiverat. Den modell-lagstiftning som är av intresse för uppsatsen är UP (UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts) och PECL (Principles of European Contract Law). Varken UP eller PECL är bindande lagstiftning men är användbara som argument i oklara frågor och för jämförelser av olika lösningar på avtalsrättsliga problem. Vidare behandlas i viss mån även CISG (United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods).²

Vad gäller analysen av rättspraxis och doktrin används huvudsakligen svenskt material. Eftersom likheten i lagstiftning och rättstillämpning är relativt stor inom de nordiska länderna vad gäller avtalsrättsliga frågor, används emellanåt även rättsfall och doktrin från de övriga nordiska länderna.³ Nordiskt material är särskilt användbart på förmögenhetsrättens område eftersom lagsamarbetet här går så långt tillbaka som mitten av 1800-talet.⁴

Anledningen till att jag har valt att använda även visst utländskt material i uppsatsen är man enligt min mening inte på ett meningsfullt sätt kan diskutera det svenska rättsläget utan att också ta hänsyn till utländsk rätt – den svenska rätten utvecklas inte helt utan inblandning från utländska rättssystem.

1.2.1 En intressebaserad argumentationsmodell

I några av de frågor som ännu är oklara argumenterar jag utifrån en modell som jag har valt att kalla för den intressebaserade argumentationsmodellen. Modellen innebär att jag i första stadiet analyserar vilka intressen som kan finnas hos de relevanta subjekten, d v s

¹ Även om viss kritik kan riktas mot begreppet ”rättsdogmatik” och vad dess egentliga innebörd är, så är det ändå ett sedan länge väletablerat begrepp, se Hellner, Metodproblem i rättsvetenskapen, s 23 f. Jag använder begreppet rättsdogmatisk metod i dess vidare betydelse, d v s till att omfatta dels traditionell rättsdogmatisk metod (analys av gällande rätt) och rättsanalytisk metod, se Graver, Vanlig juridisk metode? Om rettsdogmatiken som juridisk sjanger, TfR 2008, s 157. Jfr även avsnitt 1.2.1 nedan.

² Sverige har inte ratificerat den del av CISG som handlar om avtals ingående (CISG Part II, art 14-24). Dessa regler är dock praktiskt relevanta även för svensk del eftersom de, enligt IP-rättsliga regler, kan bli tillämpliga när säljaren finns i ett land som har ratificerat dessa regler. Se Ramberg/Herre, Internationella köplagen (CISG), 2 uppl, s 84.

³ Bryde Andersen, Aftaleloven – ruin eller monument? s 65 f.

⁴ Tørum, Nordisk obligasjonsrett og dens betydning for norsk kontraktsrett, TfR 2007, s 563 f.

avtalsparterna, men även vilka samhälleliga intressen som aktualiseras. De samhälleliga intressena är normalt sett rättspolitiska och rättsekonomiska avvägningar.⁵

Efter att intressena har analyserats föreslås lämpliga lösningar baserade på hur väl de olika intressena tas tillvara genom olika rättsliga lösningar och konstruktioner. Modellen har hämtat viss inspiration från den av Martinson använda argumentationsmodellen som bygger på argumentation utifrån normer, fakta och värden.⁶

1.3 Avgränsningar

För att ett såpass brett ämne som avtals uppkomst och avtalsbundenhet skall bli praktiskt hanterbart att skriva en tillämparupsats om krävs omfattande avgränsningar. Jag har valt att försöka behandla avtalsbundenheten på ett relativt grundligt sätt och lämna alla övriga (nog så intressanta) avtalsrättsliga frågor utanför uppsatsens ram.

Inledningsvis kan konstateras att uppsatsen endast behandlar avtals uppkomst mellan två avtalsparter. Avtalskonstruktioner som omfattar fler än två parter behandlas inte.⁷ Även frågor om *vilken* typ av avtal parterna har slutit faller utanför uppsatsen eftersom det då i vart fall är ostridigt att parterna på något sätt är bundna i förhållande till varandra.⁸

Inte heller behandlas frågor om behörighet för agenter och fullmäktiga eller andra frågor av mellanmansrättslig art. Frågan om ett bindande avtal har uppkommit eller ej är densamma oavsett om anbudet och/eller accepten har lämnats genom en behörig tredje man och sådana situationer är då givetvis relevanta – det som lämnas utanför uppsatsen är just frågor om huruvida det faktiskt förelegat en sådan behörighet.⁹

Vidare behandlar jag inga frågor om avtalstolkning, dvs frågor om *vad* det egentligen är parterna har kommit överens om. Frågor om avtals uppkomst och frågor kring avtalets egentliga innehåll kan ofta vara nära förbundna, men argumentationen kring dessa två ämnen bör behandlas separat.¹⁰ Min ambition är att försöka undvika att behandla situationer då parterna i vart fall är överens om att ett avtal ingåtts dem emellan och istället fokusera på situationen att det är tveksamt om något bindande avtal överhuvudtaget har kommit till stånd.¹¹

Slutligen kan sägas att uppsatsen primärt är inriktad på avtal av större ekonomisk betydelse, såsom avtal mellan näringsidkare som rör större värden eller avtal som är tänkta att gälla under en längre tid (t.ex. stående leveransavtal eller olika former av agentavtal). Anledningen till detta är dels att sådana avtal har större ekonomisk betydelse för de inblandade parterna och därför är av större intresse, dels att ingåendet av sådana avtal ofta är mer komplext och därmed oftare ger upphov till juridiska oklarheter. Det är också vid ingåendet av dessa avtal som den intressanta frågan om lojalitetsplikten aktualiseras. Vidare lämnas olika aspekter på konsumentskyddet vid avtals uppkomst utanför denna uppsats.

1.4 Disposition

I uppsatsens första avdelning behandlas de olika teoretiska modeller som finns för ingående av avtal. Även om uppsatsen framförallt är inriktad på hur man praktiskt hanterar frågor kring

⁵ För den rättsekonomiska aspekten se t ex Ulen & Cooter, *Law & Economics*, s 3 f och s 220 ff.

⁶ Se härom Martinson, *Kreditsäkerhet i fakturafordringar*, s 30 f.

⁷ Grönfors, *Avtalslagen*, 3 uppl, s 56.

⁸ Se t ex RH 1986:60 där parterna tvistade om huruvida det ingångna avtalet var ett kommissionsavtal eller ej.

⁹ Se t ex NJA 1958 s 186. Jag tar inte heller upp frågan om vem som skall anses vara rätt avtalspart i ett ingånget avtal, se t ex RH 163:81.

¹⁰ Ramberg, *The Hidden Secrets of Scandinavian Law*, s 251 f.

¹¹ Avgränsningen kan exemplifieras med NJA 1980 s 46 där parterna var oense dels om när avtalet hade ingåtts och dels vad det skulle omfatta men ingen av parterna hävdade att någon avtalsbundenhet aldrig hade inträtt.

avtalsbundenhet måste de teoretiska modellerna ligga till grund för de olika resonemangen. Även vissa, för uppsatsen principiellt viktiga, avtalsrättsliga frågor behandlas.

Vidare behandlas i den andra avdelningen huvuddragen i svensk rättspraxis kring frågor som rör avtals uppkomst och argumentationen kring dessa frågor. De principer som utvecklats i rättspraxis och som kompletterar lagstiftningen analyseras jämte de synpunkter som framkommer i doktrinen.

Avslutningsvis ges i den tredje avdelningen mina egna synpunkter i frågan om vilka rättsfakta som bör vara avtalsgrundande i den framtida svenska avtalsrätten. Resultatet baserar sig på de slutsatser som dragits i de föregående avdelningarna.

AVDELNING I – teoretiska modeller

2 Anbud-acceptmodellen

2.1 Modellbeskrivning

Anbud-acceptmodellen är en av de mest grundläggande konstruktionerna i svensk civilrätt. Modellen bygger på 1 § AvtL som är dispositiv (se 2 st) vilket innebär att parterna är fria att bestämma andra modeller för ingåendet av sitt avtal. Tanken med anbud-acceptmodellen är att ett avtal ingås genom ett anbud som möts av en ren accept – parternas ”gemensamma vilja” skall då vara återspeglad och denna kan läggas till grund för avtalsinnehållet.¹² Som framgår av lagtexten är ett anbud och en accept bindande för avgivaren, vilket innebär att svensk avtalsrätt bygger på löftesprincipen.¹³ Normalt sett gäller avtalsfrihet vad gäller formen för ingående av avtal. Den generella principen om avtalsfrihet har alltid varit relativt stark i Sverige.¹⁴ Formkrav för avtals ingående finns således endast för vissa särskilda avtalstyper.¹⁵

Ramberg & Ramberg anser att argumentationen kring avtalsrättsliga frågor riskerar att hämmas av en alltför stark fixering vid anbud-acceptmodellen.¹⁶ I en uppsats om avtals uppkomst skulle det dock kännas märkligt att inte utgå från modell för ingående av avtal som alljämt är lagreglerad och har varit det i nästan hundra års tid. Därmed är det inte sagt att anbud-acceptmodellen i praktiken nödvändigtvis är en viktig, eller ens vanligt förekommande, modell.¹⁷

2.2 Krav på anbudet

För att ett anbud skall vara ett giltigt anbud i avtalslagens mening krävs att det skall vara tillräckligt tydligt, vara riktat till en bestämd krets och inte innehålla något förbehåll om dess giltighet. Det ligger även i sakens natur att anbudet måste ha kommit till mottagarens kännedom. Detta måste ha skett genom att anbudet har utgivits, d v s att anbudsgivaren faktiskt har avsett att anbudet skulle komma till mottagarens kännedom.¹⁸

Ett förbehåll om att anbudet skall vara oförbindande för avgivaren gör att meddelandet istället ses som en uppfordran att avge anbud, 9 § AvtL. Anbudsgivaren har dock svarsplikt i de fall då han måste inse att ett inkommet anbud har framkallats av meddelandet. Svarsplikten innebär att avgivaren av det ursprungliga meddelandet blir bunden av det inkomna anbudet vid eventuell passivitet.¹⁹

Utgångspunkten är att ett anbud är bindande, 1 § AvtL. Anbudsgivarens bundenhet är alltså ensidig under en tid, s k haltande bundenhet.²⁰ På denna punkt skiljer sig svensk rätt från vad som gäller enligt både UP (art 2.1.4), PECL (art 2:202) och CISG (art 16). Eftersom reglerna i avtalslagen är dispositiva kan en anbudsgivare dock förbehålla sig rätten att

¹² Adlercreutz, Avtalsrätt I, s 62 x.

¹³ Almén, s. 8 f. Löftesprincipen framgår motsatsvis av AvtL 7 §. Motsatsen, dvs kontraktsprincipen, innebär att ingen av parterna är bunden förrän ett slutligt avtal har ingåtts. Bundenheten uppstår då samtidigt.

¹⁴ Se t ex NJA 1957 s 279 där det uttalades att undantag från avtalsfriheten måste tolkas restriktivt och att eventuella utökanden av sådana undantag får ske genom lagstiftning och inte genom rättspraxis.

¹⁵ Se t ex skriftlighetskravet i Jordabalken 4 kap 1 § och Bostadsrättslagen 6 kap 4 §.

¹⁶ Ramberg & Ramberg, 7 uppl, s 79.

¹⁷ Ramberg, The Hidden Secrets of Scandinavian Contract Law, s 250 m.

¹⁸ Almén, s 11.

¹⁹ Se nedan avsnitt 13 om tillämpningen av 9 § i praktiken.

²⁰ Grönfors, Avtalslagen, 3 uppl, s 47 ö.

återkalla anbudet innan mottagaren har hunnit acceptera detsamma.²¹ Att anbudsgivaren är bunden av sitt anbud innebär inte att anbudstagaren kan yrka på att anbudsgivaren skall prestera i enlighet med avtalsvillkoren utan skyldigheten till att prestera in natura uppstår bara inom avtalet.²² Sanktionen för att inte stå fast vid ett anbud som inte har återkallats blir således skadestånd enligt allmänna regler.

2.2.1 Tydlighet

Tanken är att ett anbud enligt anbud-acceptmodellen skall vara så pass tydligt utformat att det skall kunna besvaras med ett enkelt ”ja” av mottagaren för att ett avtal skall uppstå. Anbudstagaren skall kunna bestämma sig endast på grundval av informationen i anbudet.²³ Om det inte tydligt framgår av anbudet vilka villkor anbudsgivaren har tänkt sig för ett eventuellt avtal kan detta anbud alltså inte ligga till grund för ett avtal, såvida det inte rör sig om villkor som kan fyllas ut av parts- och/eller handelsbruk eller dispositiv rätt.²⁴

Är informationen i anbudet alltför knapphändig är den teoretiska grunden för ett avtal inte uppfylld eftersom det då inte framgår om viljeförklaringarna stämmer överens med varandra.²⁵ Den svenska avtalsrätten får visserligen sägas ha rört sig från en subjektiv modell baserad på viljeförklaringar mot en mer objektiv modell baserad på hur en förklaring objektivt sett framstår²⁶ – men oavsett vilken utgångspunkt man tar så kan ett anbud som saknar väsentlig avtalsinformation knappast utgöra en tillräcklig grund för ett avtal.

2.2.2 Riktat till en bestämd krets

För att få verkan som ett anbud måste meddelandet enligt svensk rätt vara riktad till en krets av mottagare som kan avgränsas.²⁷ Den svenska avtalsrätten har därmed samma inställning som finns i CISG art 14(2) men skiljer sig jämfört med PECL – enligt art 2:201(3) är presumtionen att t ex en annons är ett anbud men begränsat till annonsörens försäljningskapacitet för den aktuella varan.. Regeln är dock endast en presumptionsregel vilket gör att anbudsgivaren genom att uppställa vissa villkor kan avgränsa mottagarkretsen.²⁸

Enligt UP art 2.1.2 krävs att ett anbud är tillräckligt fullständigt för att ligga till grund för ett avtal och att det visar en intention hos anbudsgivaren att bli bunden om anbudstagaren accepterar anbudet. Anbudet behöver alltså inte nödvändigtvis vara riktad till en bestämd krets men om det är det ökar chansen för att meddelandet skall ses som ett anbud.²⁹

Även rättsläget i de nordiska länderna divergerar i denna fråga. I dansk rätt är annonsering i ett skyltfönster att anse som ett anbud medan frågan ännu är oklar i norsk rätt.³⁰ I svensk rätt anses däremot annonsering i ett skyltfönster normalt som utbud, dvs uppgifter som lämnas i marknadsföring och som inte är tillräckligt specifika för att kvalificeras som ett anbud.

Till skillnad från en uppfordran att avge anbud (se ovan 2.2) följer inte någon svarsplikt av ett utbud.³¹ Marknadsföringsåtgärder som har givits en personlig utformning och som vid en första anblick förefaller vara riktad till en viss mottagare torde dock kunna kvalificeras som

²¹ Ramberg & Ramberg, 7 uppl, s 89.

²² Grönfors, Avtalslagen, 3 uppl, s 48.

²³ Arnholm, Privatrett II – Avtaler, s 25 n.

²⁴ INJA 1957 s 239 var leveransplatsen ej avtalad mellan parterna men villkoret kunde fyllas ut med vad som ansågs vara handelsbruk.

²⁵ Se ovan avsnitt 2.1.

²⁶ Grönfors, Tolkning av fraktavtal, s 18 f. Kleineman, Avtalsbundenhet som avtalstolkningsproblem? s 526 f.

²⁷ Ramberg & Ramberg, s 82.

²⁸ Lando & Beale (ed.), Principles of European Contract Law Parts I and II, s 161.

²⁹ Letterman, Unidroit's Rules in Practice, s 115.

³⁰ Se det danska rättsfallet U 1985 s 877 (där köparen inte hade rätt att förlita sig på anbudet eftersom det ansågs ligga nära till hands för köparen att skyltningen var felaktig och denne dessutom inom rimlig tid blev informerad om detta) och Woxholth, Avtaleinngåelse – i og utenfor avtaleloven, s 38.

³¹ Ramberg & Ramberg, s 111 n.

uppfordran till anbud, oavsett om marknadsföringen de facto har riktats till en mycket stor mottagarkrets.³²

2.3 Accepten

2.3.1 Lämnd i rätt tid

Acceptfristen för ett anbud (den tid inom vilken en accept måste lämnas för att kunna leda till ett avtal) kan vara antingen avtalad mellan parterna (s k konventionell acceptfrist), 2 § AvtL, eller legal och följer då av 3 § 1 st AvtL. Den legala acceptfristens längd behandlas nedan i avsnitt 10.2.

En för sent lämnad accept är ett nytt anbud, 4 § 1 st. Av 2 st följer dock att när mottagaren måste inse att den som lämnat accepten tror att detta har gjorts i rätt tid, måste denne reklamera för att undgå avtalsbundenhet. Utebliven reklamation blir i det fallet ett avtalsgrundande rättsfaktum. Om tillämpningen av rekvisiten i paragrafen, se avsnitt 2.3.2.1 nedan.

2.3.2 Överensstämmelse med anbudet

En lämnad accept måste överensstämma med de villkor som följer av anbudet (annars finns det ingen gemensam partsvilja) för att ett avtal skall komma till stånd. En accept som ändrar villkoren jämfört med vad som följer av anbudet skall gälla som ett avslag jämte ett nytt anbud, 6 § 1 st AvtL. Ändringen måste dock vara av någon betydelse för parterna, d v s avtalets innehåll skall ha förändrats på ett sätt som är av någon betydelse.³³ Det är också vanligt förekommande att anbudstagaren, vid avgivandet av accepten, bifogar sina allmänna villkor. Endast en hänvisning till den typen av villkor gör inte accepten oren, men en anbudsgivare som mottar en sådan accept har givetvis möjlighet att protestera mot att de allmänna villkoren blir del av avtalet. Något avtal har då inte kommit till stånd.³⁴

Den situation som främst ger upphov till problem i praktiken är när avgivaren av accepten har ändrat innehållet i accepten jämfört med anbudet men utan att vara medveten om detta, dvs avgivaren av accepten tror att accepten i samtliga delar överensstämmer med anbudet. Om mottagaren av accepten måste inse att avgivaren av accepten har denna uppfattning har mottagaren (dvs anbudsgivaren) i detta fall reklamationsplikt gentemot anbudstagaren, 6 § 2 st AvtL. Om anbudsgivaren inte reklamerar mot accepten i ett sådant fall kommer denna alltså att läggas till grund för avtalsinnehållet.

2.3.2.1 Tillämpningen av 4 § 2 st och 6 § 2 st

Rekvisiten i 4 § 2 st och 6 § 2 st är uppbyggda på samma sätt och har utsatts för omfattande kritik för sin utformning. Eftersom kravet är att mottagaren måste inse att avsändaren utgått från att accepten varit rättidig (alternativt ren) innehåller de aktuella lagrummen alltså dubbla subjektiva kriterier. Sådana rekvisit anses ofta olämpliga och svåra att tillämpa.³⁵

Denna typ av regel saknar motsvarighet i många andra europeiska länder men har motiverats med att det inte kan anses tillfredställande att en part inte underrättar sin motpart när denne har en tydlig felaktig uppfattning.³⁶ Denna inställning stämmer väl överens med hur

³² Se Grönfors, Avtalslagen, 3 uppl, s 51 n.

³³ Almén, s 31. I PECL finns ett liknande resonemang i Art 2:210(a).

³⁴ En praktiskt vanlig situation är att båda parter har hänvisat till sina respektive standardvillkor och att detta problem inte uppmärksammas förrän långt efter avtalets ingående. Denna situation, s k battle of forms, behandlas inte i denna uppsats.

³⁵ Hellner, Standardavtal vid avtalsslutande, FJFT 1979, s 295. En snarlik tolkningsregel återfinns dock i CISG, se art 8(1).

³⁶ Vahlén, Avtal och tolkning, s 143 f.

Taxell beskriver lojalitetsplikten; att den som har bäst möjligheter att minimera eventuella problem som skulle drabba ena parten hårt också är skyldig att göra detta.³⁷

I det här fallet består alltså lojalitetsplikten konkret av en informations- och reklamationsplikt. Avtalslagens förarbeten talar inte uttryckligen om lojalitet men däremot om att situationer där den ena parten kan spekulera på motpartens bekostnad bör undvikas.³⁸ En sådan målsättning ligger inte långt från tanken om lojalitet mellan parterna.³⁹ Dessa lagrum har alltså tydliga inslag av lojalitetsförpliktelser. Den praktiska användningen begränsas dock av svårigheten att styrka vad någon måste ha insett, vilket är ett högt beviskrav.⁴⁰

2.3.3 Accept genom aktivt handlande

En accept behöver inte nödvändigtvis bestå av att mottagaren av ett anbud meddelar anbudsgivaren att dennes anbud accepteras. Om anbudstagaren genom sitt handlande tydligt visar att denne accepterar anbudet och exempelvis börjar fullgöra sin prestation enligt avtalet, är detta en form av accept som kallas konkludent handlande.⁴¹ Exempel på fall där ett visst agerande har bedömts vara en accept i konkludent form ges i avsnitt 11 nedan.

2.4 Avtal mellan närvarande

Vid förhandlingar som består av direktkontakt mellan parterna (förhandlingar inter praesentes) gäller delvis annorlunda regler. Enligt 3 § 2 st måste ett muntligt anbud, som ges utan någon konventionell acceptfrist, accepteras omedelbart. Det innebär alltså att samma regler som för avtalsslutande inter absentes skall vara tillämpliga, med det undantaget att det inte finns någon legal acceptfrist.⁴² För att mottagaren av ett anbud under en muntlig förhandling (eller förhandling via telefon) skall vara berättigad till betänketid krävs att han förhandlar fram en sådan med anbudsgivaren och därigenom gör 2 § tillämplig.⁴³

Regeln kritiserades redan vid tillkomsten eftersom anbud-acceptmodellen inte ansågs lämplig för muntliga förhandlingar.⁴⁴ 3 § 2 st torde dock endast undantagsvis bli tillämplig i det praktiska affärlivet, se närmare avsnitt 4 nedan.

2.5 Viljeförklaringen har ett felaktigt innehåll

2.5.1 Inledning

Det händer att en part som förhandlar om ett avtal på grund av ett misstag ger ett förslag som inte överensstämmer med vad parten egentligen ville föreslå. Ett sådant misstag kan vara av två typer som normalt kallas förklaringsmisstag respektive befordringsmisstag.

Termen förklaringsmisstag används när förhandlingsparten själv har orsakat misstaget i viljeförklaringen. En motsatsvis tolkning av 32 § 1 st innebär att avgivaren är bunden av sin förklaring när mottagaren är i god tro, d v s varken har eller borde ha insett avgivarens misstag. Befordringsmisstag regleras i 32 § 2 st och innebär att ett misstag av en tredje part, t ex ett bud eller en telegrafist, har gjort att viljeförklaringen fått sitt felaktiga innehåll. Rättsföljden blir då att den ursprungliga avgivaren av viljeförklaringen kan undgå bundenhet

³⁷ Taxell, Avtal och rättsskydd, s 81. Liknande hos Ramberg & Ramberg, s 36 m även om inställningen till lojalitetsplikten tycks vara något mer restriktiv, s 36 ö.

³⁸ Almén, s 26 ö, 33 ö.

³⁹ Jfr även Adlercreutz, Avtalsrätt I, s 35 f.

⁴⁰ Se t ex NJA 1922 s 389.

⁴¹ Adlercreutz, Avtalsrätt I, s 72.

⁴² Vahlén, Om slutande av avtal, s 372 m.

⁴³ Almén, s 23 f.

⁴⁴ Se Vahlén, Avtal och tolkning, s 124 f.

vid sin avgivna förklaring genom att, när han får kännedom om detta, meddela mottagaren om misstaget. Mottagarens goda tro saknar alltså betydelse vid beföringsmisstag.

2.5.2 Förklaringsmisstag

I den svenska avtalsrätten är lösningen på problem som uppstår i samband med förklaringsmisstag relativt enkel – om mottagaren av den felaktiga viljeförklaringen är i god tro blir avsändaren bunden av dess innehåll. Syftet här är att tilliten hos motparten skall skyddas i omsättningens intresse.⁴⁵ De negativa konsekvenserna för avsändaren begränsas till en skälig nivå genom kravet på mottagarens goda tro.⁴⁶ För att mottagaren med framgång skall kunna åberopa att denne var i god tro torde också krävas att denne inte haft anledning att tvivla på riktigheten i meddelandet.⁴⁷

Genom att bedömningen enligt 32 § 1 st endast fokuserar på mottagarens goda eller onda tro blir bedömningen något enkelspårig. Andra intressanta faktorer att ta hänsyn till kan t ex vara vilken typ av misstag det rör sig om och om vårdslöshet kan tillskrivas någon av parterna.⁴⁸ I svensk rätt kan dock sådana faktorer indirekt få betydelse, nämligen vid en skälighetsprövning enligt 36 §.⁴⁹

2.5.2.1 Dold dissens i praktiken

När ett förklaringsmisstag uppdagas redan innan ett avtal har slutits vållar detta sällan något problem, eftersom lagregeln då kan tillämpas utan större svårigheter. Ett stort praktiskt problem är dock när det först långt efter avtalets ingående visar sig att parterna haft olika uppfattning om vad avtalet egentligen innebar, s k dold dissens.⁵⁰ Avtalet skulle då eventuellt kunna ogiltigförklaras med stöd av 32 § 1 st eftersom det de facto inte funnits några överensstämmande viljeförklaringar. Den teoretiska grunden för avtalet saknas således.

Såsom 32 § 1 st är formulerad är dock ogiltighet inte den enda möjliga rättsföljden. Möjligheten finns att en part anses bunden till vad som får anses omfattas av dennes vilja.⁵¹ Som Ramberg & Ramberg övertygande argumenterar för, finns det dessutom goda skäl (framförallt rättsekonomiska) till att behandla sent uppkomna dissensfrågor som en fråga om avtalstolkning och inte om bundenhet.⁵² Det är helt enkelt en opraktisk och olämplig lösning att försöka ”återställa” ett avtalsförhållande där prestationsfasen redan har påbörjats.

Följande exempel illustrerar hur jag anser att dold dissens bör behandlas i ett praktiskt perspektiv: A köper den 1 juni ett antal aktier i ett marknadsnoterat bolag av B för en total köpeskilling om 1 miljon kr. Det visar sig så småningom att uppgifterna i prospektet var felaktiga och den ekonomiska situationen i det aktuella bolaget var sämre än A med fog hade förväntat sig. Aktiekursen sjunker dessutom med tio procent under de nästkommande månaderna.

A vänder sig därför till B som vid ett möte den 1 september lovar att köpa tillbaka samtliga aktier som ingick i köpet. Något pris diskuteras inte. Det visar sig i efterhand att A hela tiden utgått från att priset skulle vara 1 miljon kr, d v s detsamma som hans inköpspris. B har

⁴⁵ Ussing, Aftaler, s 153.

⁴⁶ Om avvikelser mellan vad avsändaren velat säga och vad denne uttryck för är alltför stor, kan mottagaren knappast hävda god tro (bedömningen är ju objektiv, se 32 § 1 st). Avsändaren drabbas därför bara i de fall då förklaringsmisstaget ligger nära vad denne egentligen velat uttrycka vilket gör att extrema situationer undviks. Se t ex NJA 1922 s 498 och NJA 1986 s 495.

⁴⁷ Se Ussing, Aftaler, s 160 som menar att mottagaren i så fall är tvungen att fråga mottagaren för att reda ut oklarheten.

⁴⁸ Jfr hur frågan har lösts i PECL art 4:103 och UNIDROIT art 3.5.

⁴⁹ Ramberg & Ramberg, s 118 m.

⁵⁰ Adlercreutz, Avtalsrätt I, s

⁵¹ Adlercreutz, Avtalsrätt I, s 266 n.

⁵² Ramberg & Ramberg, s 110 n. Se även Hellner, Kommersiell avtalsrätt, 4 uppl, s 45 f.

däremot hela tiden utgått från att aktierna skulle köpas tillbaka för dagskursen den 1 september, vilket skulle innebära en köpeskilling om 900 000 kronor.

I ovanstående exempel har någon gemensam partsvilja inte funnits vad gäller priset för aktierna. Eftersom priset aldrig diskuterades utgick båda parter från sin egen uppfattning om vilket pris som skulle vara rimligt. A ansåg 1 miljon kr vara ett skäligt pris eftersom prospektet innehöll fel och B ansåg 900 000 kr vara ett skäligt pris eftersom A då får tillbaka större delen av sin investering och dessutom utan något krångel.

I en sådan situation, där lång tid har förflutit mellan avtalstillfället och upptäckten av dissensen, anser jag att det inte är lämpligt att diskutera frågan om avtalsbundenhetens vara eller icke vara. Man bör istället fokusera på att tolka och/eller utfylla avtalet med ett lämpligt pris. Vid en sådan bedömning kan olika faktorer vägas in såsom parternas beteende efter förhandlingen, om någon av parterna har varit culpös i sin uppfattning eller andra vedertagna tolkningsmetoder men även en ren skälighetsbedömning kan bli aktuell.⁵³

2.5.3 Befordringsmisstag

När det gäller befordringsmisstag så har tillitsprincipen inte fått något genomslag, till skillnad från vad som gäller vid förklaringsmisstag. Här gäller istället att när ett meddelande har förvanskats vid befordringen är den ursprunglige avgivaren inte bunden, oavsett om mottagaren av meddelandet är i god tro, 32 § 2 st. Denna lösning ligger alltså närmare det viljeteoretiska synsättet.

Syftet med att avvika från huvudregeln torde vara att avsändaren inte skall behöva ansvara för misstag som sker genom annans oaktsamhet (i typfallet budets eller telegrafistens). I de fall där bestämmelsen enligt ordalydelsen skulle kunna tillämpas men parterna ändå är i direktkontakt med varandra – vid kommunikation via exempelvis e-post och telefax – tillämpas sannolikt huvudregeln i 32 § 1 st som skyddar godtroende mottagare.⁵⁴ I PECL så behandlas befordringsmisstag på samma sätt som andra typer av misstag, art 4:104. Samma lösning återfinns i UP, art 3.6. Dessa modell-lagar har alltså valt att inte göra någon skillnad på befordringsmisstag och andra typer av misstag.

För egen del anser jag att det är lämpligt att tillämpa huvudregeln i 32 § 1 st för samtliga de fall då parterna är i direktkontakt med varandra. Idag sker mycket av kontakten parter emellan via e-post och min uppfattning om e-postsystemet är att det mycket sällan sker sådana fel vid befordringen att mottagaren inte bort inse misstaget.⁵⁵ För de fall då befordran av ett meddelande sker via en mellanhand, såsom vid exempelvis kommunikation genom bud, anser jag att 32 § 2 st alltså kan tillämpas med det tillägget att avsändaren inte är skyddad om denne har varit vårdslös i sitt val av befordringssätt. Har en part valt ett befordringssätt som är uppenbart mer osäkert än ett annat befordringssätt som funnits tillgängligt utan att det krävt någon nämnvärt större ansträngning, är denne inte längre skyddsvärd på det sätt som avses i 32 § 2 st. I det fallet bör avsändaren således ändå stå risken på grund av sin vårdslöshet.⁵⁶

Slutligen anser jag att risken för befordringsfel bör vara en sådan fråga som parterna skall kunna disponera över genom sitt avtal. 32 § 2 st bör därför uttryckligen göras dispositiv så att parterna själva kan avgöra vem som bör bära risken för sådana fel under olika förhållanden.⁵⁷ Eftersom 36 § förhindrar alltför skeva fördelningar av risken finns det egentligen inget tungt

⁵³ Jfr KöpL 45 §.

⁵⁴ Grönfors, Avtalslagen, 3 uppl, s 202 m samt Persson i Karnovs kommentar till avtalslagen, fotnot 47.

⁵⁵ När fel uppstår vid e-postkommunikation torde det vara vanligast att meddelandet i sin helhet är förvanskat, vilket gör att mottagaren utan svårighet inser att fel i befordringen skett (om nu denne överhuvudtaget kan läsa meddelandet).

⁵⁶ Jfr Udsen, Uagtsomhed som aftalestiftende retsfaktum, s 141 f.

⁵⁷ Se även Sisula-Tulokas, Datatransmissioner och risken för befordringsfel, s 408 f.

vägande argument mot en sådan lösning, särskilt med tanke på kommersiella förhållanden där parternas avtalsfrihet inte bör begränsas i onödan.

3 Trestegsmodellen

3.1 Modellbeskrivning

En modell för avtalsslutande som har tydliga likheter med anbud-acceptmodellen, men som inte omfattas av avtalslagen, är det som jag har valt att kalla trestegsmodellen. Denna modell består, enkelt uttryckt, av offert-order-orderbekräftelse eller ett liknande förfarande.⁵⁸ Offerten blir då ett sätt för säljaren att visa vad denne har att erbjuda en potentiell köpare, varpå köparen kan välja att lägga en order på allt eller delar av det som erbjuds i offerten.

I denna modell är det säljaren som ”sluter” avtalet i den mening att det är denne som i slutändan avgör om något avtal kommer till stånd eller inte, tack vare förbehållet om att orderbekräftelse skall ske. En sådan möjlighet för säljaren kan motiveras med att en säljare vill kunna försäkra sig om sin leveranskapacitet och dessutom har större behov av att anpassa sin organisation efter avtalet än vad en köpare har.⁵⁹

3.2 Offert och order

Om principerna i AvtL skulle tillämpas analogt på trestegsmodellen skulle offerten vara att anse som antingen ett utbud eller en uppfordran att avge anbud. Offerten kan aldrig ses som ett anbud till köparen eftersom syftet med konstruktionen är att säljaren i slutändan skall få avgöra om avtal skall komma till stånd eller inte.⁶⁰

Ur en teoretisk synvinkel motsvarar köparens order ett anbud i AvtL:s mening. Ordern torde inte behöva motsvara den specifika vara/den specifika mängd som var tanken när offerten skrevs eftersom syftet med offerten är att säljaren skall presentera vad denne kan erbjuda och på vilka villkor. Något avtal är alltså inte slutet genom att köparen översänder sin order. För frågan om säljaren kan bli bunden genom att under lång tid förhåller sig passiv i förhållande till en av köparen placerad order, se nedan avsnitt 14.2.

3.3 Orderbekräftelse

I trestegsmodellen är orderbekräftelsen den rättshandling som – i vart fall teoretiskt sett – är avtalsgrundande. Orderbekräftelsens funktion enligt trestegsmodellen är densamma som acceptens vid avtalsslutande enligt anbud-acceptmodellen. En orderbekräftelse skiljer sig därmed från en bekräftelse i vanlig mening, som upprättas *efter* avtalsslutet (men likväl kan få betydelse som bevismedel för avtalets innehåll).⁶¹ Det krävs dock att säljaren i sin offert tydligt ger uttryck för sin vilja att använda trestegsmodellen, d v s att dennes rättshandling inte skall vara ett bindande anbud, för att dennes begäran skall få önskad effekt.⁶²

Användningen av orderbekräftelse är ett sätt för ena parten (vanligtvis säljaren) att försäkra sig om att få ge ett slutligt godkännande av affären, men tanken är inte att parten skall kräva något ytterligare av sin medkontrahent under den tid från att ordern lägges till att denna

⁵⁸ Lehrberg, Avtalsstolkning, 4 uppl, s 118.

⁵⁹ Kahn, La vente commerciale internationale, s 72 ff, refererad till i Vahlén, Om slutande av avtal, s 384.

⁶⁰ Se ovan avsnitt 3.1.

⁶¹ Lehrberg, Avtalsstolkning, s 123 f, Adlercreutz I, s 81 f.

⁶² Vahlén, Om slutande av avtal, s 385 n. Jfr Almén, s 35.

bekräftas. Om någon av parterna vill gardera sig på så sätt att denne också vill kunna kräva att särskilda förpliktelser har uppfyllts innan bundenheten inträder (t ex tillståndsansökningar eller ekonomiska garantier) bör istället ett ”closing”-förbehåll användas för att villkora bundenheten.⁶³

4 Avtalade förhandlingsmodeller

4.1 Inledning

Uttrycket ”avtalade förhandlingsmodeller” eller ”avtalade förhandlingsordningar” är i sig relativt vagt – det betyder egentligen inte mer än att parterna har bestämt sig för att ingå avtal på ett annat sätt än genom anbud-acceptmodellen. Exempel på förhandlingsmodeller som i praktiken är vanliga att parter avtalar om är avtalad skriftform, ramavtal och villkorad bundenhet.⁶⁴ Trestegsmodellen som beskrivits ovan (se avsnitt 3) är egentligen också en form av avtalad förhandlingsordning, låt vara att den ligger nära anbud-acceptmodellen. Modellerna i detta avsnitt används oftast för mer omfattande förhandlingar mellan parterna.

De två modeller som kommer att behandlas i detta avsnitt är avtalad skriftform samt villkorad bundenhet. Dessa modeller är valda eftersom jag anser att de stämmer bäst överens med inriktningen på uppsatsen, d v s kommersiella avtal av större ekonomisk betydelse.⁶⁵ Jag har valt att lämna ramavtal utanför uppsatsen eftersom dess konstruktion är något annorlunda – ramavtalet är ett avtal som ger vissa riktlinjer men inte reglerar några detaljförhållanden mellan parterna.

Ett ramavtal för beställning av varor kan t ex ge information om hur beställningarna ska gå till och hur varorna levereras, men avropet (själva beställningen) är ändå ett separat avtal, låt vara att det i viss mån är reglerat av ramavtalet. Frågeställningarna kring avtals ingående och bundenhetens uppkomst kan därför bli av en annan typ när det handlar om konstruktioner som bygger på ett ramavtal. Jag fokuserar istället på de avtal där i princip alla frågor av betydelse är reglerade i det avtal som är föremål för förhandling.

4.2 Avtalad skriftform

Den modell som ofta kallas avtalad skriftform innebär att parterna helt enkelt avtalar om att ingen av dem skall vara bunden förrän ett slutligt, skriftligt kontrakt har skrivits under. Avtalad skriftform kan vara en lämplig lösning för parter som skall förhandla om ett avtal eftersom det då blir tydligt när bundenheten uppstår. Därigenom undviks också problematiken med att tillämpa avtalslagens modell, främst att särskilja ett rättsligt förpliktande anbud från övriga meddelanden mellan parterna.⁶⁶

Modellen kan verka okomplicerad men så är det inte alltid i praktiken. Part som är mån om att avtalad skriftform skall användas måste tydligt ge uttryck för detta för att inte riskera att avtalslagens regler blir tillämpliga istället.⁶⁷ Så länge det aktuella avtalet inte är ett formalavtal kan ett krav på skriftform dessutom åsidosättas formlöst, d v s ett åsidosättande kräver endast parternas samtycke. Det torde vara tillräckligt med ett uppträdande från ena

⁶³ Se nedan avsnitt 4.3.

⁶⁴ Ramberg & Ramberg, s 92 ff.

⁶⁵ Se avsnitt 1.3.

⁶⁶ Grönfors, Avtalslagen, 3 uppl, s 47 ff.

⁶⁷ Grönfors uttrycker sig på så sätt att part som påstår att skriftform är avtalad har ”en mycket tung bevisbörda”, se Förhandlingarna vid det 30:e nordiska juristmötet 1984, s 454. Se även t ex NJA 1920 s 317 och NJA 1970 s 478.

partens sida som gör att motparten har fog för att förlita sig på att denna inte avser återropa skriftlighetskravet.⁶⁸

Möjligheten finns också att en klausul om att ett skriftligt avtal skall upprättas mellan förhandlingsparterna endast ses som ett krav på att en bekräftelsehandling skall upprättas som visar vad parterna har kommit överens om. Lösningen på problemet är inte uppenbart i svensk rätt eftersom frågan inte är lagreglerad, vilket är fallet i exempelvis tysk rätt.⁶⁹ Utgångspunkten får dock sägas vara att en sådan klausul in dubio anses vara ett krav på skriftform för att avtalsbundenhet skall inträda.⁷⁰

4.3 Villkorad bundenhet

Ett avtals giltighet kan villkoras av en särskild händelse som är nödvändig för avtalets funktion genom så kallade resolutiva villkor. Exempel på vanliga sådana villkor är att förvärvstillstånd (som krävs vid vissa fastighetsköp) ges, att konkurrensmyndigheterna godkänner ett visst företagsförvärv eller att bolagsstyrelsen godkänner avtalet. Förbehåll för avtalets uppkomst görs då för godkännandet och avtalet träder i kraft fr o m att tillståndet har givits. Denna typ av klausuler är vanligt förekommande i det praktiska affärlivet.⁷¹ Om ett resolutivt villkor inte är uppfyllt kommer avtalet inte till stånd.

Det är omdiskuterat om ett så kallat closingförbehåll skall anses vara ett hinder för avtalsbundenheten per se eller snarare ett krav på dokumentation av avtalet. Krüger menar att åsikterna i doktrinen pekar i riktning mot closing som ett krav på dokumentation och inte för bundenhet i sig.⁷² Det står i vart fall klart att ett closingförbehåll inte behöver vara ett hinder för avtalsbundenhet utan detta är beroende av de närmare omständigheterna kring parternas agerande.⁷³

En annan typ av tvist som kan uppstå handlar om vad closingförbehållet egentligen omfattar vilket närmast är en fråga om avtalstolkning – vad har parterna egentligen avtalat om att closingförbehållet skall omfatta och vad är förbehållets innebörd? Sådana frågor kan vara mycket komplicerade men ligger utanför uppsatsens ram.⁷⁴ Det är dock klart att en part inte kan använda förbehållet på ett illojalt sätt för att undgå avtalsbundenhet utan är skyldig att verka för att villkoret uppnås.⁷⁵ Detta stämmer väl överens med den prekontraktuella lojalitetsplikten som beskrivs närmare i avsnitt 6.2 nedan.⁷⁶

4.4 Muntliga förhandlingar

Ingående av avtal genom muntliga förhandlingar innebär, enkelt uttryckt att parterna träffas och diskuterar ett eventuellt avtal tills båda parter är nöjda med dess innehåll. Sådana muntliga förhandlingar skulle teoretiskt sett kunna omfattas av regeln om avtalsslutande inter praesentes (se avsnitt 2.4) men i praktiken tillämpas denna dispositiva regel sällan. Parternas syfte med att förhandla fram ett avtal är ju att kunna bolla förslag och lösningar mellan sig tills båda tycker att innehållet är tillfredsställande. Avtalslagens regler för avtalsslutande anses då ha avtalats bort.

⁶⁸ Ramberg, Standardavtal och avtalsinnehåll, s 450.

⁶⁹ BGB 154 § 2 st. ("...so ist im Zweifel der Vertrag nicht geschlossen...")

⁷⁰ Woxholth, s 70 ö. Grönfors, Avtalsgrundande rättsfakta, s 73 x. Adlercreutz, Avtalsrätt I, s 109.

⁷¹ Hov, Avtaleslutning og ugyldighet, s 112.

⁷² Krüger, "Closing"-forbehold ved kommersielle avtaleforhandling, s 268.

⁷³ Se ovan avsnitt 4.2 och nedan avsnitt 15.2.

⁷⁴ Woxholth, s 82 f.

⁷⁵ Adlercreutz, Avtalsrätt I, s 109. Ramberg & Ramberg, s 93.

⁷⁶ Om krav på att visa lojalitet och tydlighet gentemot motparten för att inte gå miste om rätten att kunna återropa ett slutet avtal, se NJA 1944 s 174.

En aktuell fråga som också är av stor praktisk betydelse är vad som skall krävas för att en förhandling skall anses ha resulterat i ett för parterna bindande avtal. Avtalsförhandlingar kan något schematiskt sägas bestå av fem faser – inledning, lojala förhandlingar, avtalsbundenhet, villkorsprecisering och fullgörelse.⁷⁷ I mer komplicerade avtal är det ofta svårt att dra någon klar gräns mellan de olika faserna.⁷⁸

Den relevanta frågan för uppsatsen är när parterna har nått fram till den tredje fasen som innebär avtalsbundenhet. Den närliggande frågan om successiv avtalsbundenhet behandlas i nästföljande avsnitt och en allomfattande utredning görs i avsnitt 15 nedan.

5 Successiv avtalsbundenhet

5.1 Inledning

Frågan om successiv avtalsbundenhet är omdiskuterad i den avtalsrättsliga litteraturen. Frågeställningen handlar helt enkelt om huruvida det är möjligt för en förhandlingspart att vara bunden vid en del av en överenskommelse även om inte det slutliga avtalet kan sägas vara bindande. Eftersom tvister som gäller större kommersiella avtal som har förhandlats fram så gott som alltid avgörs genom skiljeförfarande finns det ingen rättspraxis som kan ge vägledning. I svensk rätt får frågan fortfarande sägas vara oklar.⁷⁹

Nedan kommer de olika ståndpunkterna att diskuteras utifrån de argument som har framförts av olika författare på området. Detta leder till min egen slutsats av hur frågan om successiv avtalsbundenhet bör lösas. Frågan är viktig eftersom en stegvis bundenhet får stora effekter för avtals ingående. Om man tillämpar den stegvisa bundenheten kan en part bunden innan det slutliga avtalet är framförhandlat i sin helhet, vilket innebär en stor skillnad jämfört med om bundenheten aldrig uppstår förrän ”allt verkligen är klart”.

5.2 Bundenhet i etapper

Den främsta förespråkaren för existensen av en etappvis bundenhet är troligtvis Grönfors, som använder uttrycket ”stegvis låsning av förhandlingspositioner”. Med detta begrepp menar han att parterna blir stegvis bundna i en förhandling allt eftersom avtalsinnehållet växer fram.⁸⁰ Grönfors refererar bl a till Nehrman, som kallade en kort sammanfattning av ett ingått avtal för punctatio. Med denna term avsågs ett summariskt avtal som bara innehöll huvudpunkterna i det avtal som slutits mellan parterna.⁸¹

Grönfors tolkning av punctatio-begreppet är att avgörande för dess innebörd är hur långt framskridna förhandlingarna mellan parterna är. En sammanfattning som upprättas i början av förhandlingarna blir någon form av avsiktsförklaring, medan innebörden om det upprättas senare blir ett bindande avtal.⁸² Detta menar alltså Grönfors är en etappvis bundenhet. Jag tolkar dock Nehrman's inställning något annorlunda – nämligen att när två parter upprättar en sammanfattning av punctatio-typ blir detta ett bindande avtal som vid behov kan fyllas ut med dispositiv rätt. Avtalet är då inte fullständigt utan innehåller endast viktiga delar, men båda parter är medvetna om att luckorna förekommer och anser ändå avtalet bindande.

⁷⁷ Kihlman, Slutande av avtal genom förhandling, s 249. Se även Ramberg, Inkorporering av standardavtal, s 720.

⁷⁸ Adlercreutz, Avtalsrätt I, s 114.

⁷⁹ Ramberg & Ramberg, s 97.

⁸⁰ Grönfors, Avtalsgrundande rättsfakta, s 74.

⁸¹ Se Nehrman, s 156 under § 17.

⁸² Grönfors, Avtalsgrundande rättsfakta, s 75.

Ett (relativt kontroversiellt) exempel som Grönfors nämner är att när två parter har förhandlat fram 85-90% av ett färdigt avtal, kan en av parterna inte längre dra sig ur. Sanktionen blir alltså att parten tvingas förhandla färdigt avtalet.⁸³ Nehrman lägger stor vikt vid att det är parternas vilja och samtycke som är grunden för det bindande avtalet, vilket är typiskt för det viljeteoretiska synsättet.⁸⁴ Detta rimmar illa med att en sammanfattning under en förhandling, oavsett hur långt framskriden förhandlingen är, skall vara fullt ut bindande för parterna. Jag anser därför inte att Nehrman's inställning fullt ut ger stöd åt vad Grönfors vill göra gällande i frågan om etappvis bundenhet.

Krüger anser att bundenhet för förhandlingsparterna kan uppstå innan förhandlingarna har nått fram till ett uttryckligt avtal, nämligen om parterna har enats på de väsentliga punkterna.⁸⁵ Bundenhet kan alltså uppstå innan alla delfrågor är färdigförhandlade. Med ”väsentliga punkter” avses då främst pris, prestation och tid för prestation.⁸⁶ Woxholth anser att enighet om väsentliga punkter de lege lata kan vara tillräckligt för bundenhet i norsk rätt men argumenterar de lege ferenda för att det, åtminstone vid mer komplicerade avtal, bör krävas att avtalet är färdigförhandlat i sin helhet för att bundenheten skall inträda.⁸⁷

5.3 Bundenheten uppstår endast vid slutligt avtal

Ramberg & Ramberg tar avstånd från resonemanget om etappvis bundenhet. Deras inställning att man inte kan vara ”halv-bunden” av ett avtal – ett avtals innehåll kan växa fram successivt, men inte bundenheten till avtalet.⁸⁸ Sohlberg har samma inställning, åtminstone vad gäller franchiseavtal och andra typer av långvariga samarbetsavtal. Dennes huvudargument är att sådana avtal måste bygga på förtroende, och förtroende saknas om någon av parterna vill dra sig ur samarbetet. Sohlberg anser alltså att partsviljan skall ha företräde och att någon stegvis lösning av förhandlingspositioner inte kan förekomma.⁸⁹

Calissendorff resonerar på samma sätt och betonar dessutom att rättssäkerhetsskäl talar för att inte ålägga parterna bundenhet förrän avtalet är slutförhandlat. Alla typer av klausuler kan inte fyllas ut på ett lämpligt sätt av en domstol, samtidigt som en etappvis bundenhet skulle kunna leda till fler tvister är vad som annars skulle vara fallet.⁹⁰

Hellners inställning i frågan liknar den som framförts av Ramberg & Ramberg såtillvida att ett avtals innehåll ofta kommer successivt men inte bundenheten.⁹¹ Han har även ansett att avtalsbundenhet förutsätter ett löfte från någon av parterna.⁹² Hellner anser dock att möjligheten till en form av etappvis bundenhet finns i mycket speciella fall, nämligen när det en obetydlig del av avtalet återstår att förhandla fram. Med obetydlig avses värdet av det som återstår att enas om i relation till hela kontraktssumman.⁹³ I dessa fall anser att Hellner att avtalet skall vara bindande för båda parter.

⁸³ Se Grönfors, Avtalsgrundande rättsfakta, s 75 f.

⁸⁴ Se Nehrman, s 155 f under §§ 15-16.

⁸⁵ Krüger, Norsk Kontraktsrett, 2 uppl, s 44. Liknande i tysk rätt, se BGB 155 §.

⁸⁶ Hov, Avtaleslutning og ugyldighet, s 113.

⁸⁷ Woxholth, Avtaleinngåelse i og utenfor avtaleloven, s 72 ff.

⁸⁸ Ramberg & Ramberg, s 97.

⁸⁹ Sohlberg, Ingående av avtal – Back to Basics, JT 93/94, s 659.

⁹⁰ Calissendorff, Kurt Grönfors, Avtalsgrundande rättsfakta – några synpunkter, JT 93/94, s 239 f. Håstad menar att ett tungt vägande argument är att avtal ur marknadsekonomisk synvinkel lämpligen skall utfyllas av parterna, se Reform av de nordiska avtalslagarna?, s 258 m.

⁹¹ Hellner, Kommersiell avtalsrätt, 4 uppl, s 35 n.

⁹² Hellner, En kommentar till Stig Sohlbergs debattinlägg, JT 93/94, s 660.

⁹³ Som exempel nämns att det som återstår att förhandla om motsvarar 0,1% av kontraktssumman. Se Hellner i Förhandlingarna vid det nordiska juristmötet 1984, s 453.

5.4 Analys

Frågan om huruvida det existerar en etappvis avtalsbundenhet eller inte i den svenska rätten är, som visats ovan, oklar. Det är samtidigt en fråga av stor betydelse i den teoretiska avtalsrätten och sannolikt även i det praktiska affärslivet. Med hjälp av den argumentationsmetod som beskrivits ovan (se avsnitt 1.2.1) kommer jag här att behandla min inställning i frågan.

5.4.1 Parternas intressen

Ur partssynpunkt är det viktigt att i en avtalsförhandling kunna veta under vilka förutsättningar bundenheten uppstår. Även om det kan sägas vara upp till parterna själva att vara tydliga med hur bundenheten skall uppstå i just deras förhandling, är det viktigt med förutsebarhet i de fall då det är otydligt vad parterna egentligen har kommit överens om. Detta intresse delas av båda förhandlingsparterna, i vart fall om de är ekonomiskt jämnstarka.⁹⁴

Parternas intresse av förutsebarhet tillgodoses givetvis bäst genom tydliga regler. Det nuvarande rättsläget ger i princip ingen förutsebarhet eftersom det inte säkert går att säga vad som egentligen gäller. Ett tydligt rättsligt ställningstagande hade alltså bäst tillgodosett de enskilda parternas intressen i denna fråga.

5.4.2 Samhällets intressen

Calissendorff hävdar att om etappvis bundenhet erkänns uppstår problem, eftersom en domstol inte kan fylla ut alla typer av klausuler.⁹⁵ Detta är ett argument som kan användas både för parternas och för samhällets intressen. Parterna vill knappast att en domstol eller en skiljenämnd utan tillräcklig sakkunskap tar ställning till hur en klausul som rör tekniska frågor skall utformas.

Även ur ett samhällsperspektiv kan det många gånger vara olämpligt att domstolar utformar klausuler i avancerade avtal av stor ekonomisk betydelse. Risken måste vara överhängande att dessa klausuler ger upphov till ytterligare tvister mellan parterna (det kan rentav vara så att båda parter är missnöjda med dess innebörd) och det är inte tillfredsställande. Tvister medför höga transaktionskostnader i form av genomförandekostnader, vilket bör undvikas.⁹⁶

Den rättspolitiska inställningen torde däremot vara att parter inte ska kunna förhandla fram till slutfasen av ett avtal under förespeglingen att avtalet när som helst kommer att slutas, för att helt plötsligt avbryta förhandlingarna. Den avbrytande parten riskerar visserligen att bli skadeståndsskyldig för culpa in contrahendo, men detta är inte en tillräckligt avskräckande sanktion (se nedan avsnitt 6.1). Ur ett rättspolitiskt och lojalitetsinriktat perspektiv kan därför en etappvis bundenhet ses som en lämplig lösning.

5.4.3 Slutsats

I norsk rätt har en successiv avtalsbundenhet godtagits på så sätt att ett avtal blir bindande när parterna har enats om de väsentliga punkterna.⁹⁷ I svensk rätt är det ännu oklart om den norska lösningen eller någon annan lösning skall väljas.⁹⁸ Det oklara rättsläget gör att jag endast argumenterar för en lösning och därigenom ger min syn på problemet både de lege lata och de lege ferenda.

⁹⁴ Det är tänkbart att en part som har ett stort ekonomiskt övertag gentemot den andra medvetet kan vilja formulera överenskommelser otydligt, med vetskapen om att motparten inte skulle ha råd med en rättslig process. Detta problem behandlas inte i denna uppsats.

⁹⁵ Se ovan avsnitt 5.3.

⁹⁶ Cooter & Ulen, *Law & Economics*, 4th ed, s 94.

⁹⁷ Se nedan avsnitt 15 om rättsfallet Rt 1998 s 946.

⁹⁸ Kihlman, *slutande av avtal genom förhandling*, s 258.

För att frågan skall kunna få en tillfredsställande lösning är det viktigt att hålla isär olika avtalstyper. Vid exempelvis ett ordinärt köp av lös egendom kan den dispositiva rätten (i det här fallet KöpL) fylla ut de luckor som eventuellt finns i parternas avtal. Förutsebarheten blir därför mycket hög för parterna till ett sådant avtal även om flera detaljer lämnats oreglerade i avtalet. Den dispositiva rätten är förhållandevis enkel för parterna att skaffa kunskap om.

För de avtalstyper där ingen dispositiv lagstiftning finns tillgänglig, såsom entreprenadavtal och andra kommersiella tjänsteavtal, finns ingen reglering som kan fylla ut det som parterna inte har avtalat om. Sådana avtal skulle i så fall – om en etappvis bundenhet godtas – i sista hand få fyllas ut av domstol och/eller skiljemän. Även en sådan avtalstyp som företagsöverlåtelse anser jag bör höra till denna kategori, för även om en aktieöverlåtelse formellt faller under köplagen har en sådan transaktion få likheter med ett typiskt köp av lös egendom, inte minst på den omfattande ”due diligence”-undersökning som så ofta görs av köparen.

För sådana avtalstyper där det saknas uttrycklig dispositiv reglering att falla tillbaka på anser jag därför att om inget annat uttryckligen har avtalats mellan parterna, så uppstår ingen successiv avtalsbundenhet även om parterna har enats om de väsentliga punkterna.⁹⁹ Återstår det detaljer att förhandla om är avtalet alltså in dubio inte bindande för parterna.¹⁰⁰

Möjligheten att binda motparten till de huvudpunkter man har kommit överens om finns fortfarande även för dessa avtalstyper, genom att uttryckligt formulera avtalet på så sätt att båda parter medger att man är överens om de punkter som tas upp i avtalet och att förhandlingar om resterande detaljer skall fortsätta. Den part som då vill säkerställa att avtalet verkligen kommer till stånd kan som en sista utväg acceptera det avtalsförslag som motparten lägger fram vad gäller resterande detaljer. Det är således avtalsinnehållet som växer fram successivt och inte bundenheten.

En risk med den här föreslagna lösningen – att någon etappvis bundenhet inte uppstår om inte parterna på ett uttryckligt sätt avtalat om detta – är att en part på ett illojalt sätt drar sig ur en avtalsförhandling efter att under lång tid tydligt ha agerat som om ett avtal snart skulle komma till stånd. Detta ”kryphål” kan hanteras genom att avtalsbundenhet används som en sanktion vid uppenbara fall av lojalitetsbrott gentemot sin förhandlingspart. Därmed neutraliseras också det rättspolitiska argument som talar för en etappvis bundenhet för samtliga avtalstyper (se ovan avsnitt 5.4.2 nederst). Avtalsbundenhet som sanktion behandlas i avsnitt 6 nedan.

6 Avtalsbundenhet som sanktion

6.1 Bakgrund

Möjligheten att ålägga en förhandlingspart avtalsbundenhet som *sanktion* för ett klandervärt beteende under förhandlingarna behandlas överhuvudtaget inte i avtalslagen. I svensk rätt gäller principen om rätt till ersättning vid culpa in contrahendo, dvs ersättning motsvarande det negativa kontraktsintresset när motparten har förhandlat vårdslöst och detta har orsakat skada.¹⁰¹ I kommersiella förhållanden är möjligheten att få ersättning något begränsad eftersom det enligt Kleineman krävs ett kvalificerat oetiskt beteende för att ansvar skall inträda.¹⁰² Ett exempel på situationer då skadeståndskyldighet kan komma i fråga är enligt

⁹⁹ Jfr UP Art. 2.1.14(2).

¹⁰⁰ Se Gorton, Shipping and Contracting, s 64.

¹⁰¹ Se t ex NJA 1963 s 105, NJA 1978 s 147, NJA 1990 s 745, Hellner, Hager & Persson, s 198 f, Ramberg & Ramberg s 62 f.

¹⁰² Kleineman, Skadeståndgrundande uppträdande vid avtalsförhandlingar, JT 91/92, s 140.

Kihlman att fortsätta förhandlingar med den yttre förespeglingen att ett avtal fortfarande kan komma till stånd, även om förhandlingsparten har bestämt sig för att inte ingå något avtal.¹⁰³

Principen om culpa in contrahendo visar att förhandlande parter är skyldiga att visa varandra ett visst mått av lojalitet under förhandlingarna. En skyldighet att inte förhandla illojalt ("in bad faith") följer även uttryckligen av UP art 2.1.15. Alla prekontraktuella förhandlingar är dessutom underkastade den generella principen om "good faith and fair dealing" i art 1.7.¹⁰⁴

Lojalitetsplikten vid förhandlingar enligt PECL är i princip uppbyggd på samma sätt som enligt UP, se art 2:301 och 1:201. Denna lojalitetsplikt är obligatorisk men omfattningen är beroende av vad som bestämts i avtalet.¹⁰⁵ Enligt CISG finns ingen uttrycklig skyldighet att inte förhandla illojalt, men en sådan skyldighet torde ändå följa av hänvisningen till "good faith" i art 7.¹⁰⁶ Samtliga modell-lagar som behandlar den allmänna avtalsrätten har alltså ett krav på avtalsparter att inte förhandla på ett illojalt sätt. Enligt Lando genomsyrar principen om "good faith" hela den europeiska avtalsrätten.¹⁰⁷

6.2 Den utomkontraktuella lojalitetsplikten

6.2.1 Lojalitetspliktens innebörd

Lojalitetsplikten i utomkontraktuella förhållanden innebär kortfattat att parterna är skyldiga att ta hänsyn till varandras intressen under den tid som förhandlingar pågår. Sentensen culpa in contrahendo brukar användas som ett samlingsnamn för olika typer av beteenden som ej anses godtagbara i förhandlingssituationer.¹⁰⁸

I UP Art 2.1.15 och PECL Art 2:301 uttrycks att parter är fria att förhandla och inte behöver ansvara för eventuella förhandlingsmisslyckanden, så länge man inte i ond tro ("in bad faith") orsakar kostnader för sin motpart. Dessa principer är sannolikt överensstämmande med gällande svensk rätt.¹⁰⁹

Även om diskussionen kring lojalitetsplikten varit sparsam i Sverige och övriga Norden råder det ingen tvekan om att en viss lojalitetsplikt mellan obundna förhandlingsparter existerar *de lege lata*.¹¹⁰ Den utomkontraktuella lojalitetsplikten ansågs dessutom vara en allmänt vedertagen obligationsrättslig princip enligt Aktiemarknadsnämnden i uttalandet 2000:20, det s k Perstorpsfallet.¹¹¹ En liknande inställning återfinns i förarbetena till nuvarande köplagen, där det anges att modern köprättslig lagstiftning bör bygga på

*"att parterna i ett köpeavtal skall betraktas, inte som motståndare vilka var och en på sin sida utslutande försöker tillgodose sina särskilda intressen utan som medarbetare vilka gemensamt verkar för något som är till fördel för dem båda".*¹¹²

6.2.2 Lojalitetspliktens omfattning

Även om en utomkontraktuell lojalitetsplikt är en allmänt erkänd rättsprincip (se ovan avsnitt 6.2.1) är det en mer relevant fråga *vad* en sådan lojalitetsplikt omfattar – det är givetvis principens *inhåll* och dess tillämplighet som avgör i vilken utsträckning den påverkar de

¹⁰³ Kihlman, Slutande av avtal genom förhandling, s 249 x.

¹⁰⁴ Letterman, *Undroit's Principles in Practice*, s 131.

¹⁰⁵ Lando & Beale, *Principles of European Contract Law – Parts I and II*, s 116.

¹⁰⁶ Ramberg & Herre, s 116 f.

¹⁰⁷ Lando, *Is Good Faith an Over-Arching General Clause in the Principles of European Contract Law?*, ERPL 2007, s 852 f.

¹⁰⁸ Holm, s 94 m.

¹⁰⁹ Ramberg & Ramberg, s 62 ö.

¹¹⁰ Se t ex Regnér, JT 01/02, s 719 n. Adlercreutz, *Avtalsrätt I*, s 111, Ramberg & Ramberg, s 63, Björkdahl, s 290.

¹¹¹ Se vidare om lojalitetsplikten i samband med offentliga erbjudanden Lundblad, JT 03/04, s 331 f.

¹¹² Prop. 1988/89:76 s 23.

förhandlande parterna och inte endast det faktum att principen existerar. Eftersom lojalitetsplikten är en avvägningsnorm som skall kunna appliceras på vitt skilda situationer, är det mycket svårt att bestämma pliktens konkreta innehåll.¹¹³ Vad som kan konstateras är dock att lojalitetsplikten har fått en större betydelse nu än tidigare.¹¹⁴

Vad gäller lojalitetsplikten under avtalsförhandlingar torde den under inledningen av förhandlingarna vara mycket svag eller obefintlig, för att sedan stärkas efterhand. En lojalitetsplikt som kan ge upphov till sanktioner om den bryts uppkommer i normalfallet inte innan parterna är överens om några av huvudpunkterna i avtalet och/eller sluter någon form av föravtal.¹¹⁵

Det som avgör den utomkontraktuella lojalitetspliktens omfattning är i första hand den aktuella avtalstypen.¹¹⁶ Det är rimligt att förvänta sig en större lojalitet från motparten i förhandlingar om ett avtal som skall pågå under lång tid framöver och som bygger på personliga relationer, exempelvis ett agent- eller distributionsavtal.¹¹⁷

Vid avtal av enklare slag, såsom ett normalt köp, kan man knappast tala om någon utvecklad lojalitetsplikt. Det nämnda propositionsuttalandet till trots (se ovan avsnitt 6.2.1) så är den information som lämnas av säljaren under sådana förhandlingar nog snarare ett resultat av köplagens stränga felansvar än av en prekontraktuell lojalitetsplikt.¹¹⁸

6.3 Lojalitetsbrott och sanktionen avtalsbundenhet

Som nämnts i avsnitt 6.2.1-6.2.2 ovan existerar en viss lojalitetsplikt mellan förhandlande parter. Sanktionen för att inte förhandla lojalt kan bli skadeståndsskyldighet för det negativa kontraktsintresset. En starkare sanktion är att sanktionera ett lojalitetsbrott med avtalsbundenhet i den mening att den part som agerat klandervärt under avtalsförhandlingarna blir bunden i förhållande till sin motpart.¹¹⁹ Avtalsinnehållet kan då exempelvis bestämmas till det som denna part haft fog att förvänta sig baserat på förhandlingarna och den illojala partens uppträdande.

I de fall där lojalitetsbrottet är av stor betydelse, eller då ett skadeståndsansvar för lojalitetsbrottet av någon anledning inte är lämpligt, kan det argumenteras för att sanktionen skall vara avtalsbundenhet.¹²⁰ Viljeteoretiska argument överges alltså här till förmån för värden som istället bygger på moraliska värderingar.¹²¹ Ett beteende som närmast får ses som ett brott mot moraliska normer (däribland kan även lojalitet sägas ingå som en beståndsdel) kan alltså sanktioneras av en domstol genom tillskapandet av en ny rättslig princip som ger rättsföljden avtalsbundenhet.

Arvidsson & Samuelsson menar att det i allmänhet finns en viss (i deras tycke omotiverad) skepsis mot att domstolar bygger upp sina domslut på moraliska värderingar som sedan mynnar ut i rättsliga normer, trots att domstolarna har givits denna kompetens och det i viss

¹¹³ Dalbak, Lojalitetsplikt som grundlag for å begrense og utvide fleksibilitet i avtaleforhold, LoR 2007, s 606 f.

¹¹⁴ Se t ex Hultmark, Kontraktsbrott vid köp av aktie, s 104 f.

¹¹⁵ Adlercreutz, Avtalsrätt I, s 114 y.

¹¹⁶ Regnér, s 718. Holm, s 100 n, Nicander, s 46.

¹¹⁷ Jfr Taxell, Avtal och rättsskydd, s 81 x som dock framförallt syftar på kontraktuell lojalitetsplikt. Jag menar att samma resonemang torde kunna användas även i prekontraktuella situationer.

¹¹⁸ Jfr Martinson, Säljarens upplysningsplikt – en fråga om att gå över ån efter vatten? s 449. Se även Krüger, Norsk kontraktsrett, s 286 f.

¹¹⁹ Holm anser att vissa ageranden under förhandlingen kan skapa en ”ansvarshöjande relation”, som kan ge upphov till antingen avtalsbundenhet eller skadeståndsskyldighet. Se Den avtalsgrundade lojalitetsplikten – en allmän rättsprincip, s 88. Både avtalsbundenheten och skadeståndsskyldigheten är då sanktioner men av olika grader. Avtalsbundenhet är ostridigt en starkare sanktion än skadeståndsskyldighet för culpa in contrahendo.

¹²⁰ Se Grönfors, Avtalsgrundande rättsfakta, s 126.

¹²¹ Arvidsson & Samuelsson, s 30.

mån även är deras uppgift.¹²² Moraliska värderingar har trots allt betydelse vid bestämningen av rättsreglerna innehåll och i extrema fall kan de t o m leda till att en rättsregel förklaras vara en nullitet.¹²³ Att sanktionera ett särskilt klandervärt och oönskat beteende med exempelvis avtalsbundenhet (om det är en lämplig sanktion i det aktuella fallet) är därför inte en så långsökt lösning som det kan tyckas vid en första anblick.

Kopplingen mellan lojalitetsplikt och avtalsbundenhet i avtalsförhandlingar har behandlats av Högsta domstolen i NJA 2006 s 638 där ett illojalt beteende från ena partens sida i princip sanktionerades med avtalsbundenhet, se vidare avsnitt 14.2.

7 Oskälighet som hinder för avtalsbundenhet

7.1 Avtalsrätten – från form till materia?

Något som har influerat avtalsrätten utveckling under de senaste decennierna – både i Sverige och andra länder – är tanken på en ”modern” avtalsrätt.¹²⁴ Grönfors menar att man i den ”moderna” avtalsrätten måste anpassa avtalsrätten till de nutida problem som uppstår och att rätten också bör formas utefter dessa problem.¹²⁵ Denna uppfattning delas av Wilhelmsson, som talar om en behovsorienterad avtalsrätt framför strikt formbundenhet.¹²⁶ I förlängningen skulle behovsorienteringen på vissa områden kunna utsträckas så pass långt att en behovsbaserad rättighet att ingå avtal på vissa villkor uppstår.¹²⁷ I dessa fall kan man då inte längre tala om någon klassisk ”avtalsfrihet”.¹²⁸ Sådana tankar bygger dock på inslag av konsumentskydd och argumentationen är sällan användbar i kommersiella förhållanden.¹²⁹ Avtalsfriheten mellan näringsidkare får fortfarande anses vara relativt orörd.¹³⁰

En representant för det motsatta synsättet får sägas vara Lehrberg som i större utsträckning betonar att avtalet består av det som parterna har kommit överens om vid avtalslutet.¹³¹ Samtidigt bör det dock nämnas att det i praktiken knappast finns någon som tycker att man i alla situationer *helt* bör bortse från det materiella resultatet – gränsdragningen mellan tankesätten är därför inte knivskarp.¹³²

7.1.1 Formellt och materiellt avtalsparadigm

Skillnaden i synsätt på avtalsrättens funktion och användning kan sammanfattas i termerna *formellt* respektive *materiellt* avtalsparadigm.¹³³ Det formella avtalsparadigmet innebär i korthet att frågor om bundenhet (till avtal i sin helhet eller till motpartens standardvillkor) bedöms utifrån fixerade, tydliga regler där själva innehållet i avtalet/villkoren saknar relevans.

Att säga att de svenska reglerna för exempelvis kolliderande standardavtal, s k battle of forms, är tydliga är visserligen en överdrift oavsett om man anlägger ett formellt eller ett materiellt synsätt. Poängen är dock att det formella avtalsparadigmet bara tar hänsyn till *proceduren* för avtalets uppkomst eller standardvillkorens införlivande. För att göra en något

¹²² A a s 32.

¹²³ Hellner, Rättsteori, 2 uppl, s 16 f.

¹²⁴ Samuelsson, Tolkning och utfyllning, s 59 f.

¹²⁵ Grönfors, Avtalslagen, s 28.

¹²⁶ Wilhelmsson, Social civilrätt, s 46 f och 141 ff.

¹²⁷ Se t ex argumentationen hos Stridbeck, Från kontrakt till social rättighet, s 332 f.

¹²⁸ Se härtill Grönfors, Avtalsfrihet och dispositiva rättsregler, FJFT 1988, s 320.

¹²⁹ Se Stridbeck, Från kontrakt till social rättighet, s 312 ff och Von Post, Studier kring 36 § avtalslagen, s 250.

¹³⁰ Sandgren, Utvecklingstendenser inom avtalsrätten, s 99 m.

¹³¹ Lehrberg, Avtalsstolkning, s 122.

¹³² Samuelsson, Tolkning och utfyllning, s 67 f.

¹³³ Wilhelmsson, Materiell bedömning av standardvillkors giltighet, s 446.

långsökt liknelse kan man säga att frågor i det formella paradigmet behandlas på samma sätt som en tvist i ett skiljeförfarande – har det förekommit ett formfel kan skiljedomen klandras, men innehållet i själva domen kan (med vissa exceptionella gränser) vara hur materiellt felaktigt som helst utan att detta utgör någon grund för klander.

I det materiella avtalsparadigmet tar man däremot även hänsyn till det faktiska innehållet när man avgör om bundenhet föreligger.¹³⁴ Det materiella avtalsparadigmet använder alltså en ”öppen” modell där man kombinerar olika typer av rättsfakta i bedömningen medan det formella systemet är slutet i den mening att inget annat än vad som sker vid avtalsslutet/inkorporeringen kan få betydelse.¹³⁵

7.1.2 Paradigmens fördelar och nackdelar

Med ledning av den översiktliga beskrivning av paradigmerna som givits i avsnitt 7.1.1 ovan kan huvudargumenten för respektive sida sägas vara att det formella avtalsparadigmet förespråkar tydlighet och förutsebarhet medan det materiella avtalsparadigmet representerar en form av skälighet och materiell rättvisa.

Genom att använda sig av det formella avtalsparadigmet kan man hålla isär bedömningen av avtalsgrundande rättsfakta respektive oskäligt avtalsinnehåll. Detta ökar tydligheten och möjligen även förutsebarheten. Det kan också argumenteras att någon materiell bedömning av avtalsinnehållet inte är relevant för bedömningen av avtalets uppkomst, eftersom oskäliga villkor (och t o m bundenheten i sig) kan jämkas med stöd av 36 § AvtL.

Förespråkare för det materiella avtalsparadigmet kan till detta hävda att om en materiell bedömning ändå skall göras i efterhand så kan den lika gärna göras i ett tidigare led. Man slipper då ta omvägar runt problemet och processen blir mer effektiv. Vägen till en ”materiellt riktig” bedömning (i den mån en sådan bedömning finns) blir därmed kortare. Tydligheten och förutsebarheten kan bibehållas genom att domstolar öppet redovisar sina ställningstaganden och motiverar dessa.¹³⁶

7.2 Oskälighet som avtalshindrande rättsfaktum

Vid en bedömning av rättsläget de lege lata är det tydligt att det materiella avtalsparadigmet har påverkat dagens avtalsrätt.¹³⁷ Klausuler i standardavtal som anses vara ”tyngande och överraskande” behandlas på ett annat sätt än övriga klausuler när det gäller frågan om inkorporering.¹³⁸ Domstolar är exempelvis mycket restriktiva med att godkänna skiljeklausuler såsom skäligen i konsumentförhållanden.¹³⁹

Bedömningen av oskälighet som ett avtalshindrande rättsfaktum måste ta sin utgångspunkt i en skälighetsbedömning som görs enligt 36 § AvtL. Konsekvensen skulle annars kunna bli att det görs en skälighetsbedömning när det gäller avtalsbundenheten och en annan skälighetsbedömning när det gäller avtalsinnehållet, trots att de båda prövningarna egentligen

¹³⁴ Grönfors, *Avtalsgrundande rättsfakta*, s 42. Wilhelmsson, *Materiell bedömning av standardvillkors giltighet*, s 448

¹³⁵ Samuelsson, *Tolkning och utfyllning*, s 67.

¹³⁶ Jfr SOU 1974:83 s 130 f.

¹³⁷ Inslag av det materiella avtalsparadigmet kan ses även i något äldre rättspraxis, se SOU 1974:83 s 176 f. Man ska också komma ihåg att bara det faktum att rättsvetare argumenterar i en viss riktning gör att rättsläget i någon mån påverkas, se Samuelsson, *Tolkning och tillämpning*, s 72 ö.

¹³⁸ Se t ex NJA 2007 s 962 jämte Ramberg, *Inkorporering av standardavtal*, JT 07/08, s 723.

¹³⁹ NJA 1981 s 711. HD har intagit samma ståndpunkt i ett fall där avtalsparterna formellt sett var två näringsidkare, men förhållandet de facto hade större likheter med ett konsumentförhållande, se NJA 1987 s 639. Jfr NJA 1992 s 290 där den ekonomiskt svagare parten (som var näringsidkare) inte bedömdes ha tillräckliga skäl för att skiljeklausulen skulle kunna jämkas trots ett ojämnt förhållande. HD intog här en mer restriktiv hållning till jämkning av skiljeklausuler i näringsidkarförhållanden.

syftar till samma sak – att förhindra att oskäligen klausuler blir verksamma. Förutsebarhetsskäl talar således starkt för att dessa bedömningar skall göras på samma sätt.

Med 36 § AvtL som ledning finns det tydliga möjligheter att oskälighet kan bedömas vara ett avtalshindrande rättsfaktum i ett förhållande mellan en näringsidkare och en konsument. En domstol skulle därmed kunna befria en konsument från bundenhet på den grunden att avtalsinnehållet är oskäligt mot konsumenten.

I näringsidkarförhållanden är dock oskälighetsbedömningen väsentligen annorlunda och utrymmet för jämkning av klausuler i kommersiella avtal är mycket begränsat.¹⁴⁰ Praxis på senare tid verkar gå mot en allt mer restriktiv oskälighetsbedömning i näringsidkarförhållanden.¹⁴¹ Bedömningen av oskäligen klausuler skiljer sig alltså avsevärt mellan kommersiella och icke-kommersiella förhållanden. Slutsatsen blir därför att oskälighet som ett avtalshindrande rättsfaktum inte är relevant i denna uppsats eftersom den endast fokuserar på förhållanden mellan näringsidkare, se avsnitt 1.3.

8 Något om letters of intent

8.1 Letter of intent – ett avtal om att ingå avtal?

Ett letter of intent (LOI) är en form av avtal som skrivs mellan parter på något stadium av en förhandling. Att skriva ett LOI är vanligt i praktiken när det gäller större avtalsförhandlingar.¹⁴² Syftet är ofta att skapa ”spelregler” för den resterande delen av förhandlingen men det kan också röra mer konkreta frågor som t ex vem som skall stå för vissa förhandlingskostnader.¹⁴³ Ett LOI kan användas för att dokumentera vad parterna hittills har diskuterat och vad man har hunnit komma överens om. Det vanligaste torde vara att LOI är en sammanfattning som stipulerar huvudlinjerna i ett framtida avtal och därmed också visar vilka detaljer som återstår att förhandla om.¹⁴⁴ Den rättsliga betydelsen av att parterna har skrivit ett LOI behandlas översiktligt i nästföljande avsnitt 8.2.

8.2 Den rättsliga betydelsen av ett letter of intent

Den rättsliga situationen kring betydelsen av ett LOI är ofta oklar.¹⁴⁵ När det handlar om att avgöra huruvida en viss klausul är bindande eller inte används allmänna principer för avtalstolkning, vilket innebär att det är själva innehållet i parternas LOI som är avgörande.¹⁴⁶ Vissa klausuler kan vara enklare än andra att tolka som bindande, exempelvis sekretessklausuler då det är närmast uppenbart att båda parter avsett att denna skall ha bindande effekt.¹⁴⁷

Tolkningen av eventuell bundenhet ger ofta upphov till problem i praktiken. Ett talande exempel är ett verkligt fall där det LOI som skrivits innehöll en klausul om förverkande av

¹⁴⁰ Von Post, Studier kring 36 § avtalslagen, s 247 ff. Hedwall, Tolkning av kommersiella avtal, 2 uppl, s 178 med hänvisning till framförallt NJA 1979 s 483.

¹⁴¹ Ruotsi, Kan skiljeklausuler i kommersiella förhållanden vara oskäligen? JT 07/08 s 172 f.

¹⁴² Gomard, Förhandlingar vid det 30:e nordiska juristmötet 1984, s 443.

¹⁴³ Gorton, Shipping and Contracting, s 45.

¹⁴⁴ Se Hellner i Förhandlingarna vid det 30:e nordiska juristmötet 1984, s 452 f.

¹⁴⁵ Ramberg & Ramberg, s 64 ö.

¹⁴⁶ Hellner, Kommersiell avtalsrätt, s 37.

¹⁴⁷ Ramberg & Ramberg, s 64 n, Adlercreutz, Avtalsrätt I, s 114 f.

handpenningen och säljaren ansåg denna vara rättsligt bindande.¹⁴⁸ Frågan om eventuell bundenhet för parter till ett LOI är dock egentligen inte en fråga om avtalsbundenhet i den mening som avses i den här uppsatsen. Parter som ingår ett LOI är i vart fall överens om att man har ingått *denna form av avtal*, men möjligen inte om dess rättsliga betydelse.

Som nämnts ovan får den rättsliga betydelsen (d v s den eventuella bundenheten) avgöras genom sedvanlig avtalstolkning. De huvudsakliga problemen med ett LOI anknyter alltså till avtalstolkning och ligger därmed utanför uppsatsens ram. Problemen med LOI kommer därför inte att behandlas ytterligare.

¹⁴⁸ Köparen ansåg (givetvis) inte att klausulen gav upphov till några rättsliga förpliktelser. Exemplet är hämtat från en skiljedom som avkunnats av professor Christina Ramberg och som finns som bilaga till hovrätten för Västra Sveriges dom den 8 maj 2008 i mål T1278-08. Se avsnitt 6.2 i skiljedomen.

AVDELNING II – praxis

9 Inledning praxisdelen

En lag och dess förarbeten kan aldrig täcka alla situationer som uppstår vid dess praktiska tillämpning. Genom rättspraxis och doktrin utvecklas då regler som kompletterar lagen på de punkter där denna inte ger något klart svar. I denna avdelning kommer jag att presentera några av de viktigaste principerna som utvecklats i svensk rättspraxis kring avtals uppkomst. När det är till hjälp för att tolka rättsfallens betydelse används också olika uttalanden i doktrinen.

10 Krav på anbudet och accepten

10.1 Inledning

Den teoretiska tanken är att ett anbud och accept är spegelbilder av varandra. De två rättshandlingarna skall alltså till fullo vara varandras motsvarigheter. Detta gäller dock bara till en viss rimlig gräns – obetydliga detaljer som inte överensstämmer leder inte till att en accept skall anses vara oren. Detta framgår redan av avtalslagens förarbeten.¹⁴⁹ Enligt PECL art 2:208 och UP art 2.1.11 skall en accept räknas som ren om den inte innehåller några väsentliga avvikelser från anbudet ("...do not materially alter the terms of the offer") och anbudsgivaren inte protesterar mot ändringarna. Rättsläget skiljer sig dock inte i någon större utsträckning från vad som gäller enligt svensk rätt, eftersom det endast är mindre detaljer som inte kan anses vara väsentliga avvikelser.¹⁵⁰

Frågan om acceptens överensstämmelse med anbudet skall inte sammanblandas med kravet på rättshandlingarnas fullständighet. Om anbudet och accepten är i alla delar överensstämmande men vissa frågor kring avtalet inte behandlas kan detta ändå vara tillräckligt för att ett bindande avtal skall uppstå.¹⁵¹

10.2 Rättidig accept – den legala acceptfristen

En accept måste givetvis vara lämnad i rätt tid för att anbudstagaren skall kunna hävda avtalsbundenhet, såvida inte 4 § 2 st blir tillämplig. Vid konventionella acceptfrister uppstår knappast några problem rörande om accepten lämnats i rätt tid eller inte, medan den legala acceptfristen är något mer diffus. Frågan om den legala acceptfristens längd behandlades i NJA 2004 s 862, där kärande, makarna L, anförde – såvitt är av intresse för frågan om acceptfristens längd – att ett förlikningsbud om 160 000 kr hade lämnats till makarna H den 2 februari 2000. Makarna H avslog förlikningsbudet den 21 februari och lämnade istället ett eget bud på 30 000 kr, som makarna L i sin tur avslog.

Makarna H:s ombud meddelade den 25 mars att det bud om 30 000 kr som tidigare lämnats fortfarande stod kvar. Anbudet accepterades av makarna L via telefax den 18 april. Makarna H meddelade dock den 20 april att accepten avvisades då den inte inkommit i rätt tid. Makarna L anförde fyra argument för att anbudet skulle anses ha antagits inom acceptfristen; p g a semester hade ombudet inte fått del av anbudet förrän den 4 april, att anbudet hade

¹⁴⁹ Almén, s 31.

¹⁵⁰ Letterman, *Unidroit's Rules in Practice*, s 124 f. Lando & Beale (ed.), *Principles of European Contract Law – Parts I and II*, s 178 f.

¹⁵¹ Se t ex NJA 1957 s 239.

befordrats via ombud innebar att acceptfristen hade utökats, att båda parter var privatpersoner samt slutligen att frågan som förhandlingarna gällde var komplicerad och därför krävde viss betänketid. I både tingsrätt och hovrätt ansågs den skäligen acceptfristen ha överskridits och att makarna L:s talan därför skulle ogillas. Hovrätten fastslog tingsrättens dom utan egen motivering.

10.2.1 Högsta domstolens dom

Högsta domstolen fastslog underinstansernas domar genom att meddela dom i enlighet med revisionssekreterarens betänkande. I betänkandet hänvisades bl a till avtalslagens förarbeten som nämner tre faktorer som är av betydelse vid bedömningen – den aktuella avtalstypen, om parterna är näringsidkare och om avtalsobjektet är föremål för prisväxlingar.¹⁵²

I domen konstateras att ombudets semester inte kan inverka på bedömningen av acceptfristens längd, eftersom bedömningen görs med utgångspunkt i vad anbudsgivaren kunnat räkna med vid anbudsgivandet och denne inte kände till ombudets semester. Att parterna var privatpersoner samt det faktum att värdet var högt tillmättes däremot betydelse. Att anbudet hade befordrats via ombud behandlades inte uttryckligen i domen men eftersom betänketiden beräknades från den 27 mars har det vid bedömningen inte tagits någon hänsyn till tid för befordran mellan ombudet och makarna L.¹⁵³

10.2.2 Analys

Av domen framgår tydligt att den legala acceptfristen generellt är kortare i kommersiella transaktioner än mellan privatpersoner.¹⁵⁴ I det aktuella fallet ansågs – för privatpersoner – en betänketid från 27 mars till den 18 april vara längre än vad som får anses skäligt. Det hade dock betydelse att ett identiskt anbud hade avgivits av makarna H i tidigare förhandlingar, varför den skäligen betänketiden förkortades ytterligare.

Den slutsats som kan dras av rättsfallet med avseende på kommersiella förhållanden blir därmed att betänketiden i vart fall måste vara kortare än vad som här var fallet, för att godtas av en allmän domstol. Hur stor skillnad i betänketiden som krävs för ett kommersiellt förhållande i relation till förhandlingar mellan privatpersoner ger dock rättsfallet inget svar på.

Om mottagaren av ett anbud är i kvalificerat ond tro om betydelsen av att svaret avges snabbt så är detta något som påverkar bedömningen av den skäligen acceptfristens längd. Vad som ännu är oklart är dock vilken betydelse det har att mottagaren endast är i normal ond tro om (d v s borde inse) betydelsen av ett snabbt svar.¹⁵⁵ Slutsatsen blir alltså att lojalitetshänsyn har betydelse vid beräkningen av den legala acceptfristen – om man vet att motparten räknar med ett snabbt svar kan man inte ignorera detta faktum – men i vilken mån oaktamsresonemang kan användas är än så länge oklart.

11 Aktivt handlande som avtalsgrundande rättsfaktum

11.1 Inledning

En parts faktiska handlande som grund för ett bindande avtal kan framgå direkt av lagtexten – i 25 § 2 st HagL anges exempelvis att om två parter fortsätter sitt agenturförhållande efter att

¹⁵² Almén, s 44 f. Se s 867 i domen.

¹⁵³ Se Lindell-Frantz, Den legala acceptfristen – en analys med utgångspunkt i rättsfallet NJA 2004 s 862, s 85.

¹⁵⁴ Se s 867 i domen.

¹⁵⁵ Lindell-Frantz, Den legala acceptfristen – en analys med utgångspunkt i rättsfallet NJA 2004 s 862, s 94.

deras avtal har löpt ut skall ett nytt, icke tidsbestämt, avtal med samma innehåll anses ha slutits.¹⁵⁶

Det finns flera exempel i rättspraxis på när ett visst handlande – i kombination med andra faktorer – har ansetts vara avtalsgrundande. Nedan skall ett urval av dessa fall behandlas för att undersöka i vilken utsträckning ett aktivt handlande kan kvalificera som ett avtalsgrundande rättsfaktum.

11.2 NJA 1992 s 243 – det konkludenta konsultavtalet

11.2.1 Yrkanden

Käranden AH yrkade skadestånd av revisorn YL på den grund att YL brustit i sitt rådgivaransvar gentemot AH. Enligt AH:s mening hade ett konsultavtal uppkommit mellan parterna och YL hade därför varit skyldig att upplysa henne om reglerna för beskattning av vinstbolag. Genom att inte göra detta hade YL vårdslöst orsakat henne ekonomisk skada.

YL bestred yrkandet med hänvisning till att något konsultavtal aldrig uppkommit, varken uttryckligen eller genom konkludent handlande. För det fall att ett avtal skulle anses ha kommit till stånd bestred YL att denne förfarit vårdslöst.

11.2.2 Bakgrund

När AH:s make LH avled övertog AH dennes aktier i bolaget C. Eftersom AH inte var intresserad av att driva bolaget vidare var hon intresserad att sälja aktierna. YL hade under ca 20 års tid arbetat som revisor för bolaget C och även givit personlig rådgivning till LH medan denne var i livet. YL har dessutom skött LH:s och AH:s deklarationer.

Enligt AH hade YL närvarat vid sju av tretton styrelsemöten som AH:s rådgivare. YL hade dessutom, felaktigt, uppgivit att försäljningen av aktierna inte omfattades av de skattemässiga bestämmelserna och därigenom varit försumlig i sitt uppdrag. Att YL hade diskuterat frågan om beskattningen av aktierna dels med AH och dels med hennes son, RH, innebär att YL måste ha insett att AH betraktade honom som sin personlige rådgivare.

YL:s uppfattning var att denne endast agerat som rådgivare åt bolaget C och inte åt AH. Genom att varna AH för risken med vinstbolagsbestämmelserna har han heller inte varit försumlig. Samtalet med RH har inte varit ett rådgivningssamtal utan endast ett samtal ”mellan bekanta”.

Tingsrätten och hovrätten ansåg båda att ett konsultavtal uppkommit mellan AH och YL. I båda instanserna fastslogs att under sådana förhållanden som det var fråga om i fallet, fanns en skyldighet för YL att klargöra för AH att denne inte agerade som personlig rådgivare i frågan om aktieöverlåtelsen. Eftersom så inte skedde, och YL varit vårdslös i sin rådgivning, skulle denne också vara skadeståndsskyldig gentemot AH.

11.2.3 Högsta domstolens dom

Högsta domstolen meddelade prövningstillstånd i frågan om YL:s skadeståndsskyldighet och var överens med underinstanserna om att ett konsultavtal hade ingåtts mellan AH och YL. Domen grundades på att AH uppfattat YL som sin ekonomiske rådgivare, att AH:s uppfattning varit välgrundad, och att YL aktivt hade deltagit i flera styrelsemöten som behandlade utförsäljningen av företaget.

På grund av dessa omständigheter ansågs YL inte ha kunnat undgå att inse att AH såg YL som sin ekonomiske rådgivare. YL ansågs därför skyldig att klargöra för AH att något konsultförhållande inte förelåg. Eftersom detta inte skett ansågs YL bunden av ett uppdragsavtal mellan honom och AH. Slutligen konstaterades att YL varit vårdslös i sin

¹⁵⁶ Agenturförhållandet måste dock vara detsamma som tidigare, dvs innebära samma avtalsvillkor, för att bestämmelsen skall vara tillämplig, se prop. 1990/91:63 s 100.

rådgivning genom att inte ge korrekt information om de skattemässiga konsekvenserna och därför var skadeståndsskyldig gentemot AH.

11.2.4 Analys

Rättsfallet visar tydligt att frågan om avtals uppkomst inte behöver ta sin utgångspunkt i anbud-acceptmodellen. Något ”anbud” eller någon ”accept” i avtalslagens mening var aldrig aktuell och Högsta domstolen diskuterade heller inte frågan utifrån avtalslagens perspektiv utan utifrån ett funktionellt, praktiskt inriktat perspektiv. Tillvägagångssättet att diskutera vad parterna måste ha insett och vilka skyldigheter som skall vara knutna till dessa insikter ligger istället nära en friare bedömning av vilket agerande som skall ge upphov till avtalsbundenhet.

Enligt UP art 2.1.1 är ett avtal slutet när parterna har agerat på ett sådant sätt att ett avtal får anses ha uppkommit mellan dem. Denna lösning har tydliga likheter med domslutet i det aktuella rättsfallet. Fallet skulle möjligen kunna ses som en ändring jämfört med i vart fall tidigare hovrättspraxis, se RH 69:80.

11.3 Avtal genom tillägnad prestation – NJA 1961 s 658

11.3.1 Bakgrund

Bolaget S fakturerade i augusti och december 1957 Grästorps kommun för två delleveranser av köksutrustning. Fakturorna betalades av kommunen. Bolaget H (som övertagit rätten till betalning enligt utställda fakturor från bolaget S) yrkade sedan ersättning av kommunen den 22 november 1958 för den sista delleveransen. Kommunen invände i maj 1959 att köpeavtalet ingåtts mellan bolaget S och KJ, som var en entreprenör anlitad av kommunen, och att kommunen därför inte var avtalspart.

Det var ostridigt att kommunen hade kvitterat ut varorna och även att kommunen hade betalat de fakturor som ställts ut av bolaget S år 1957 för de två första leveranserna. Bolaget H yrkade ersättning med fakturabeloppet i första hand på den grund att avtalet hade ingåtts med kommunen, och i andra hand att kommunen genom sitt agerande ådragit sig betalningsskyldighet för leveransen. Häradsrätten biföll bolagets talan men hovrätten ogillade yrkandet eftersom kommunen, oaktat att man kvitterat ut varorna, inte varit skyldig meddela bolaget H att kommunen inte var avtalspart.

11.3.2 Högsta domstolens dom

Högsta domstolen konstaterade i en mycket kortfattad dom först att det inte styrkts att något avtal slutits mellan kommunen och bolaget S. Vidare konstaterades att kommunens agerande att dels betala fakturorna för de två första leveranserna och dels kvittera ut varorna för den tredje leveransen gav anledning för bolaget H att anta att kommunen var avtalspart. Bolaget H hade också agerat utifrån att kommunen var den rätta avtalsparten.

Eftersom både varuleveranserna och fakturorna var ställda till kommunen ansåg Högsta domstolen att kommunen måste ha insett att bolaget utgått ifrån att det var kommunen som var part till avtalet och inte KJ. Eftersom kommunen kvitterat ut varorna utan att göra någon anmärkning mot detta ansågs kommunen vara betalningsskyldig gentemot bolaget H.

11.3.3 Utom- eller inomkontraktuell betalningsskyldighet?

Högsta domstolen tog aldrig uttryckligen ställning till om ett avtal ingåtts mellan bolaget H och kommunen utan konstaterade bara att kommunen genom sitt agerande blivit *betalningsskyldig* för varorna. Adlercreutz anser att det är osäkert om fallet skall tolkas som att kommunen ansågs vara part till avtalet eller om betalningsskyldigheten hade formen av en

sanktion; hans uppfattning är dock att fallet är ett exempel på ”konkludent partsinträde i ett bestående avtalsförhållande”.¹⁵⁷

Hellner anser att kommunen var betalningsskyldig på avtalsrättslig grund.¹⁵⁸ Även Ramberg & Ramberg anser att kommunen var betalningsskyldig på avtalsrättslig grund eftersom agerandet utgjorde en konkludent accept, varigenom ett avtal ingicks mellan bolaget H och kommunen.¹⁵⁹

Min uppfattning är att rättsfallet bör tolkas på så sätt att kommunen blev betalningsskyldig på avtalsrättslig grund, d v s som part till avtalet. Utgångspunkten måste vara att det är en avtalspart som skall betala för motpartens prestation och inte någon utomstående. Någon form av ”sanktion” där någon som inte är part till avtalet är inte tillfredsställande av förutsebarhets- och rättssäkerhetsskäl. Det bör krävas synnerliga skäl för att någon som inte är avtalspart genom en rättslig sanktion skall behöva prestera istället för den ursprungliga avtalsparten.¹⁶⁰

Kommunen har därför inträtt i avtalet och därmed blivit part. I en sådan situation torde konsekvensen vara att den ursprungliga parten utträder ur avtalet, d v s en form av partsbyte.¹⁶¹ Slutsatsen här blir alltså att, när ett avtal är slutet mellan A och B, ett konkludent handlande av C som ger A en befogad uppfattning att C är part till avtalet kan vara ett avtalsgrundande rättsfaktum, om A tror att C är den verkliga avtalsparten och C måste inse detta. Eftersom ett nytt avtal i det fallet kan sägas ha slutits mellan A och C (låt vara med precis samma innehåll som avtalet mellan A och B) torde samma sak gälla under förhandlingar mellan två parter, d v s när ett nytt helt avtal sluts och frågan inte endast är om partsbyte. Regeln skulle då kunna formuleras som att om A tror att ett avtal har ingåtts med B och B:s handlande ger fog för A:s uppfattning, skall ett avtal anses slutet mellan A och B om inte B klargör att denne inte anser sig bunden.¹⁶²

11.4 Betydelsen av påbörjad avtalsenlig prestation - NJA 1980 s 46

11.4.1 Bakgrund

Fallet NJA 1980 s 46 rörde inte en fråga om avtalsbundenhet i egentlig mening utan om bundenhet till ena partens bifogade standardvillkor, närmare bestämt en skiljeklausul. En lastbilscentral och en byggnadsfirma hade förhandlat med varandra den 15 juni 1976 och då muntligt kommit överens om villkoren för deras entreprenadavtal. Byggnadsfirman hade därefter den 16 juni – med hänvisning till förhandlingarna – skickat ett beställningsbrev för arbetet där det bl a fanns en referensklausul till standardavtalet AB72, som innehåller en skiljeklausul. Lastbilscentralen påbörjade arbetet utan att protestera mot referensklausulen.

I den tvist som senare uppkom mellan parterna yrkade lastbilscentralen (vid allmän domstol) ersättning för arbetet enligt avtalet. Byggnadsfirman yrkade att målet skulle avvisas eftersom en giltig skiljeklausul fanns mellan parterna. Både tingsrätten och hovrätten dömde till byggnadsfirmans fördel och att lastbilscentralens talan därmed skulle avvisas. I tingsrättens dom, som var kort men precis, anges att lastbilscentralen blivit bunden av AB 72 och därmed också av skiljeklausulen eftersom man påbörjat arbetet utan att göra någon invändning. Hovrätten fastställde tingsrättens dom utan egen motivering.

¹⁵⁷ Adlercreutz, Avtalsrätt I, s 84.

¹⁵⁸ Hellner, Kommersiell avtalsrätt, s 72 f.

¹⁵⁹ Ramberg & Ramberg, s 99.

¹⁶⁰ Att kommunen är betalningsskyldig på avtalsenlig grund är dessutom i linje med det senare avgörandet NJA 1982 s 244.

¹⁶¹ Se Adlercreutz, Avtalsrätt I, s 85 m.

¹⁶² Jfr 6 § 2 st AvtL.

11.4.2 Högsta domstolens dom

Högsta domstolen konstaterade att eftersom lastbilscentralen måste ha insett att byggnadsfirman inte ansåg sig slutligt bunden förrän beställningsbrevet översändes och lastbilscentralen inte gjorde någon invändning mot villkoren i detta brev ska dessa villkor vara del av parternas avtal. Eftersom skiljeklausulen inte heller ansågs oskälig avvisades lastbilscentralens talan med hänvisning till att skiljeklausulen var bindande.

11.4.3 Analys

Ingen av parterna yrkade att avtalet i sin helhet skulle ogiltigförklaras utan tvistefrågan rörde endast inkorporering av ett standardavtal. Fallet visar bl a vikten av att vid avtalstolkning fokusera på helheten och inte på den exakta tidpunkten för avtalets uppkomst.¹⁶³ Jag anser dock att rättsfallet är intressant även för frågan om avtalsbundenhet eftersom lastbilscentralens underlåtenhet att reklamera mot referensklausulen samt påbörjandet av sin avtalsprestation är två rättsfakta som kan användas på ett liknande sätt i frågan om avtalsuppkomst.

Låt säga att lastbilscentralen hade yrkat att något avtal överhuvudtaget inte hade ingåtts. Den rättsliga grunden för ett sådant yrkande hade då kunna vara att någon gemensam partsvilja egentligen aldrig funnits eftersom det visade sig att parterna hade olika förväntningar (lastbilscentralen utgick från att referensklausulen saknade verkan medan byggnadsfirman förväntade sig att de allmänna villkoren var del av avtalet).

Lastbilscentralen hade hypotetiskt sett också kunnat åberopa att man inte måste ha insett att byggnadsfirman utgick från att deras beställningsbrev överensstämde med lastbilscentralens anbud, för att på så sätt undvika avtalsbundenhet genom 6 § 2 st. Rättsföljden skulle då istället bli att något bindande avtal aldrig slutits.

Ur en rättsekonomisk synvinkel är en sådan lösning olämplig eftersom det skulle innebära onödiga kostnader för ena, eller båda, parterna. De kostnader som parternas prestationer innebär kommer förmodligen inte någon till godo om avtalet i efterhand bedöms ogiltigt. Av den anledningen är det sannolikt också ovanligt att parterna yrkar på ogiltighet i ett sådant fall – det är helt enkelt mer fördelaktigt att yrka på ”sitt” avtalsinnehåll.

Om någon av parterna ändå skulle yrka på ogiltighet i denna situation anser jag därför att den bästa lösningen är att tillämpa NJA 1980 s 46 analogt med följden att den som efter avtalsförhandlingar påbörjar fullgörandet av sin egen avtalsenliga prestation, utan att göra något förbehåll för eventuella ytterligare rättsfaktum som skall krävas för att bundenheten skall inträda, blir bunden av avtalet.¹⁶⁴ Om parterna därefter inte är överens om vad som egentligen avtalats är detta en fråga om avtalstolkning.

Möjligen kan man tänka sig att bundenheten inträder även om endast de objektiva kriterierna är uppfyllda, d v s att parten har påbörjat fullgörandet utan något förbehåll om bundenheten. Det subjektiva kriteriet som betonades i NJA 1980 s 46 (att lastbilscentralen måste ha insett att byggnadsfirman utgick från att referensklausulen var giltig) behöver då inte vara uppfyllt. En sådan lösning ligger närmare dissidentens mening i NJA 1980 s 46.¹⁶⁵

¹⁶³ Ramberg & Ramberg, s 166.

¹⁶⁴ Se även Håstad, Reform av de nordiska avtalslagarna?, s 267 f.

¹⁶⁵ Se s 51 f i domen.

12 Omhändertagande av annans egendom

12.1 Inledning

I detta avsnitt behandlas frågan huruvida ett omhändertagande av annans egendom utgör ett avtalsgrundande rättsfaktum, d v s om omhändertagandet i sig innebär att ett avtal uppkommer. För diskussionen har jag valt att titta närmare på två utvalda rättsfall, även om det finns fler rättsfall som berör frågan. Jag anser att dessa två rättsfall ger en intressant bild av resonemanget kring rättsverkningarna av omhändertagande av annans egendom. Fallen analyseras jämte åsikter i doktrinen vilket leder till en slutsats i avsnitt 12.4.

12.2 Bilen i Färjestad, NJA 1948 s 752

12.2.1 Bakgrund

En bilverkstad på Öland tog den 25 juni 1947 emot en personbil från A.O:s maka för förvaring. A.O:s maka parkerade bilen olåst på verkstadsområdet och lät startnyckeln sitta kvar i bilen varpå verkstadspersonalen körde in bilen i verkstaden. Följande morgon körde personalen ut bilen på verkstadsområdet igen och lämnade den olåst och med startnyckeln kvar i låset. En förbipasserande person tillgrep då bilen vilket ledde till att bilen skadades vid dikeskörning.

A.O. yrkade ersättning av verkstadsbolaget med 2 100 kronor för värdeminskning på bilen och med 100 kronor för avsaknad av bil under 10 dagar. Verkstadsbolaget bestred ersättningsskyldighet på den grunden att verkstaden ofta tillät personer från Öland som reste över till fastlandet att lämna sina bilar på verkstadsområdet. Detta gjordes av ren vänlighet och innebar inte att verkstaden åtog sig att vårda bilen såsom anförtrott gods.

12.2.2 Högsta domstolens dom

.Häradsrätten tillerkände A.O. ersättning med 2 100 kronor för värdeminskning och 50 kronor (5 kronor per dag) för avsaknad av bil under 10 dagar. Både Högsta domstolen och hovrätten fastställde häradsrättens dom utan några ändringar eller tillägg. Verkstaden ansågs ha ”åtagit sig vårda bilen som anförtrott gods” och ansågs också ha förfarit vårdslöst genom att lämna kvar startnyckeln i låset när bilen ställdes ut på verkstadsområdet igen. Detta gjorde att man var skyldig att ersätta käranden.

12.2.3 Analys

Materiellt sett anser jag inte att det finns mycket att invända mot domslutet. Att ställa ut någons bil med startnyckeln kvar i låset medför en sådan uppenbar risk för skador att den som gjort detta i normalfallet också bör bli ersättningsskyldig gentemot bilens ägare.

Heidbrink har påpekat att partskonstellationen i målet är något underlig eftersom det var A.O:s maka som gjorde överenskommelsen med verkstaden men A.O. var den som uppträdde som part i målet.¹⁶⁶ Att A.O. förde direkt talan mot verkstaden, trots att något avtalsförhållande dem emellan kanske inte förelåg, skulle då kunna tyda på att omhändertagandet av bilen var ett direkt avtalsgrundande rättsfaktum.¹⁶⁷

En annan möjlighet kan dock vara att det helt enkelt tyst förutsattes att A.O:s maka hade överlåtit sitt anspråk i anledning av avtalet med verkstaden till A.O. Denna lösning hade kunnat förklara partskonstellationen. Om så var fallet framgår inte av domen men detta hade i så fall inneburit att omhändertagandet inte var något direkt avtalsgrundande rättsfaktum utan

¹⁶⁶ Heidbrink, Omhändertagande av annans egendom – ett avtalsgrundande rättsfaktum? s 79.

¹⁶⁷ Heidbrink, Omhändertagande av annans egendom – ett avtalsgrundande rättsfaktum? s 80.

A.O:s talan grundande sig på den kontraktuella relationen mellan A.O:s maka och verkstaden. Det finns alltså andra alternativ att lösa frågan på än att se omhändertagandet som avtalsgrundande, se även avsnitt 12.4 nedan.

12.3 Tom Crown, NJA 1995 s 274

12.3.1 Bakgrund

Den framgångsrika travhästen Tom Crown ägdes av LJ. När Tom Crown skulle delta i en tävling i Arvika placerades hästen i ett stall där konstruktionen var sådan att hästen kunde fastna med huvudet i ett utrymme mellan taket och stallväggen. Detta inträffade med Tom Crown vilket ledde till att hästen kvävdes till döds.

LJ yrkade ersättning för hästens värde av tävlingsarrangören på inomobligatorisk grund och av det bolag som tillhandahållit stallet på utomobligatorisk grund. Att LJ och tävlingsarrangören stod i ett kontraktuellt förhållande till varandra var ostridigt. Den talan som är relevant för bedömningen av om ett omhändertagande kan vara ett avtalsgrundande rättsfaktum är bolagets utomobligatoriska ansvar gentemot LJ.

Som grund för sitt ersättningskrav gentemot bolaget anförde LJ i första hand att bolaget hade ett strikt ansvar för den uppkomna skadan och i andra hand att bolaget ansvarade eftersom man culpöst hade underlåtit att tillse att stallplatsen överensstämde med Lantbruksstyrelsens författningar. Leif J frånföll sedermera i hovrätten påståendet att bolaget skulle ha ett strikt ansvar för skadan.

Bolaget bestred ersättningsskyldighet med hänvisning till att något vållande inte kunde läggas bolaget till last. Bolaget anförde också att även om stallplatsen inte varit i överensstämmelse med gällande normer så föreligger det ändå ingen kausalitet till den uppkomna skadan.

12.3.2 Högsta domstolens dom

Vad gäller LJ:s talan mot bolaget var det ostridigt i målet att bolaget inte hade uppfyllt kraven enligt Lantbruksstyrelsens författningssamling. Högsta domstolen gjorde en sammanvägd bedömning och fann att både tävlingsarrangören och bolaget varit vållande till skadan. Detta motiverades med att skaderisken inte var obetydlig, risken för en allvarlig skada var stor, skaderisken var enkel att förebygga och Lantbruksstyrelsens råd förutsattes vara allmänt kända i branschen. Kravet på aktsamhet ansågs dessutom kunna sättas relativt högt eftersom det handlade om en omfattande kommersiell verksamhet.

Högsta domstolen ansåg således – liksom hovrätten – att arrangören och bolaget var solidariskt ersättningsskyldiga för den uppkomna skadan med avdrag för jämkning p g a medvållande från LJ:s sida. Medvållandet bestod i att den professionellt verksamme hästkötare som hade ansvaret för Tom Crown godkände stallet såsom lämpligt.

12.3.3 Analys

Bolaget ansågs skadeståndsskyldigt på utomobligatorisk grund utan att detta grundades på någon aktiv skadegörande handling. Skadeståndsskyldigheten uppstod istället närmast på grund av bolagets underlåtenhet att se till att stallplatsen vid användning var säker och i överensstämmelse med gällande normer från Lantbruksstyrelsen.¹⁶⁸ Bolaget hade alltså någon form av vårdplikt beträffande de hästar som mottogs i stallet.

Ett frivilligt omhändertagande av annans egendom synes alltså kunna innebära en vårdplikt jämte ett utlämningsansvar.¹⁶⁹ Dessa två plikter för den omhändertagande kräver inte ett kontraktuellt förhållande för att kunna uppstå. Frågan om något avtal kunde anses ha träffats

¹⁶⁸ Heidbrink, Omhändertagande av annans egendom – ett avtalsgrundande rättsfaktum? s 81.

¹⁶⁹ Heidbrink, Omhändertagande av annans egendom – ett avtalsgrundande rättsfaktum? s 84 f.

mellan LJ och bolaget behandlades dock inte eftersom LJ uttryckligen utkrävde ansvar av bolaget på utomobligatorisk grund.

12.4 Slutsats

Som de två ovan behandlade rättsfallen visar kan ett omhändertagande av annans egendom ge upphov till svåra frågor om vilken relation parterna egentligen har till varandra och vilket ansvar som skall följa av deras relation. Att klassificera omhändertagande av annans egendom hade i vissa fall kunnat innebära en enkel förklaring till hur parternas relation ser ut. Samtidigt finns det dock flera risker med att generellt klassificera ett omhändertagande som avtalsgrundande.

Det som jag ser som ett stort problem är att den som omhändertar egendomen inte alltid vet för vems räkning omhändertagandet sker alternativt tror att det sker för någon annans räkning än den verkliga ägaren. Om ett omhändertagande ensamt är ett avtalsgrundande rättsfaktum kan då situationen uppstå att den som omhändertagit egendomen står i en avtalsrelation till en okänd part – exempelvis om egendom överlämnas av A till B, men för annans räkning. Om B inte får reda på för vems räkning som egendomen har överlämnats, skulle ett avtal i så fall anses slutet mellan B och en part som är okänd för B.

Om A däremot överlämnar egendom till B för C:s räkning men utan att klargöra detta för B, kommer B utgå från att avtal är slutet mellan A och B trots att egendomen tillhör C. Således kan mycket komplicerade situationer uppstå om ett omhändertagande anses vara ett avtalsgrundande rättsfaktum. Det krävs därför en annan typ av lösning som innebär att vissa nödvändiga rättsverkningar, såsom vårdplikt och utlämnandeplikt, följer av omhändertagandet utan att detta nödvändigtvis behöver klassificeras som ett avtal. Det anses vara en allmän rättsprincip att den som omhändertar annans egendom kan ha rätt till ersättning även om något avtal därom inte har träffats.¹⁷⁰

Grönfors anser att ett omhändertagande för transport är ett direkt avtalsgrundande rättsfaktum och motiverar detta med att parterna typiskt sett är överens om att det finns ett transportavtal, att transportkunden alltid har rätt att vända sig mot en fristående transportör på kontraktsrättslig grund, samt att fall som bedöms efter kontraktsrättsliga regler och bör klassificeras som kontraktsförhållanden.¹⁷¹ Att en transportkund kan vända sig direkt mot en av sin egentliga avtalspart anlita transportör är rättsekonomiskt motiverat.¹⁷² Det är svårt att rikta några egentliga invändningar mot de separata skälen till varför Grönfors anser att omhändertagandet är direkt avtalsgrundande.

Det finns dock en lösning som bygger på väsentligen samma argument som Grönfors använder sig av, men utan att behöva stipulera något avtalsförhållande. Heidbrink menar nämligen att omhändertagandet istället skall ses som ett rättsfaktum sui generis där samtliga dessa aspekter kan tas tillvara utan att partsförhållandet nödvändigtvis behöver klassificeras som ett avtal.¹⁷³ Denna lösning anser jag är lämplig eftersom situationer med omhändertagande av annans egendom kan lösas på ett materiellt tillfredställande sätt, utan att dessa situationer för den sakens skull måste tvingas in under avtalsbegreppet.

¹⁷⁰ Se RH 1991:56 med hänvisning till bl a Håstad, Tjänster utan uppdrag, s 83 ff.

¹⁷¹ Grönfors, Avtalsgrundande rättsfakta, s 56 f.

¹⁷² A a s 106 f.

¹⁷³ Heidbrink, Omhändertagande av annans egendom – ett avtalsgrundande rättsfaktum? s 85 f.

13 Bundenhet genom passivitet

13.1 Bakgrund

Bakgrunden i NJA 1962 s 276, det s k Skarinmålet, var att Skarin (härefter S) ägde en nöjesplats och ville anlita en musiker för ett uppträdande på nöjesplatsen. I ett telefonsamtal den 11 februari 1959 mellan S och W, som företrädde en artist- och musikerförmedling i Göteborg, diskuterades ett anlitanande av en orkester ledd av J för ett gage på 3000 kronor.

W utformade ett kontrakt som godkändes och undertecknades av J och därefter skickades till S den 16 februari. Enligt kontraktet skulle den part som inte uppfyllde sitt åtagande betala ersättning motsvarande gaget. Enligt förbundet (som övertagit skadeståndsfördran från J) hade S, efter att kontraktet översänts, sedan inte hört av sig förrän den 22 maj. Förbundet yrkade därför ersättning med 3000 kr – i första hand för att bindande avtal kommit till stånd vid telefonsamtalet den 11 februari och i andra hand för att S blivit bunden av sin passivitet.

S bestred att avtal kommit till stånd vid telefonsamtalet den 11 februari och att avtal kommit till stånd genom passivitet.¹⁷⁴ Denna inställning delades av både häradsrätten och hovrätten, trots ett brev som återopades av förbundet som kunde tolkas som att S faktiskt ansåg sig bunden av avtalet under en viss tidsperiod.¹⁷⁵

13.2 Högsta domstolens dom

Majoriteten i Högsta domstolen (bestående av tre ledamöter) konstaterade att det inte var styrkt att något avtal slutits vid telefonsamtalet den 11 februari. Vidare ansågs översändandet av det underskrivna avtalet till S vara ett anbud i avtalsrättslig mening med J som anbudsgivare.

Anbudet från J ansågs dock ha framkallats av S i och med den diskussion som fördes under telefonsamtalet den 11 februari. Detta resonemang kan hänföras till grunderna för AvtL 9 §. Vidare uttalade majoriteten att S måste ha insett att J utgått från att avtal skulle komma till stånd om inte S meddelade något annat. Ett sådant meddelande lämnades av S först i maj 1959, vilket ansågs vara för sent. Avtal hade därför kommit till stånd i enlighet med det översända kontraktet, enligt ett resonemang baserat på grunderna för AvtL 6 § 2 st.¹⁷⁶

Minoriteten ville fastställa underrätternas dom och ogilla förbundets yrkande om ersättning. Minoriteten grundade sin inställning på att S inte insett, och inte heller borde ha insett, att J utgått från att bindande avtal uppstått om S inte hörde av sig inom skälig tid. Detta motiverades med att det bedömdes vara kutym att en arbetsgivare inte blev bunden utan att antingen ha varit i direkt kontakt med arbetstagaren eller skickat tillbaka kontraktet underskrivet. Passiviteten bedömdes av minoriteten därför inte vara ett avtalsgrundande rättsfaktum.

13.2.1 Domens tillämpningsområde

Principen är tillämplig i kommersiella förhållanden men knappast i konsumentförhållanden. Detta framgår av förutsättningarna i fallet (S var näringsidkare) jämte NJA 1962 s 270, där det betonades att fallet inte rörde ett kommersiellt förhållande och passiviteten i förhållande

¹⁷⁴ S hade i målet flera invändningar, men jag tar bara upp dem som är av direkt intresse för uppsatsen.

¹⁷⁵ I ett brev från S till förbundet den 20 juli fanns bl a följande: ”Gunnar J:s orkester var *engagerad* för att spela på Gråskälören i Luleå. Enär jag ej erhöll byggnadstillstånd i tid för detta ställe ansåg jag mig tvungen *uppsäga* orkestern”. Mina kursiveringar.

¹⁷⁶ AvtL 6 § 2 st och 9 § nämns inte uttryckligen i domen men däremot med en hänvisning i referatets rubrik (”Jfr...6 § 2 st. och 9 § avtalslagen”).

till en orderbekräftelse inte kunde anses vara avtalsgrundande, i vart fall inte så länge den icke-kommersiella parten inte varit aktiv i förhandlingarna.¹⁷⁷

13.3 Passivitet som avtalsgrundande rättsfaktum

Utgångspunkten i avtalsrätten är att passivitet inte är ett avtalsgrundande rättsfaktum.¹⁷⁸ Som bl a nämnts ovan (avsnitt 2.3.2.1) kan passivitetens avtalsgrundande effekt i vissa situationer följa av lag.¹⁷⁹ Av förarbetena till avtalslagen framgår att man inte försökte uttömmande reglera de situationer då passiviteten kan verka avtalsgrundade, utan det lämnades åt rättspraxis att reglera eventuella ytterligare situationer.¹⁸⁰ Principen i Skarinmålet kompletterar alltså de situationer där det följer direkt av lagtexten att passiviteten är ett avtalsgrundande rättsfaktum.

Eftersom principens syfte – skyddet för en parts befogade uppfattning att avtal kommer att komma till stånd inom en snar framtid – kan uppfyllas på samma sätt vid ingående av avtal enligt trestegsmodellen (se avsnitt 3.2) så torde rättsfallet vara tillämpligt även på denna modell.

13.4 Håstads analys

I en kommentar till rättsfallet beskriver Håstad Skarinmålet som ett något otydligt prejudikat där rätten framförallt verkar ha velat åstadkomma ett visst materiellt resultat och sedan fört sina resonemang därefter.¹⁸¹ I samma artikel utgår Håstad också ifrån att det finns en generell reklamationsplikt när parterna har förhandlat och ett avtalsslut har varit nära förestående om den ena parten måste inse att motparten utgår från att ett avtal är slutet om inte något annat sägs mellan parterna.¹⁸²

Kravet är alltså relativt högt ställt eftersom ena parten *måste* inse att motparten utgår från att ett avtal kommit, eller kommer att komma, till stånd. Skarinprincipen kan jämföras med hovrättens dom i det senare målet NJA 1977 s 25 där hovrätten menade att det skulle vara tillräckligt om parten *borde ha förstått* motpartens uppfattning. Denna tolkning avvisades dock av HD. Efter att ovannämnda artikel skrevs har frågan om utebliven reklamation som avtalsgrundande rättsfaktum diskuterats ytterligare av Håstad men då i egenskap av justitieråd. Se vidare om landstingsfallet avsnitt 14.2 nedan.

14 Avtalsrättslig lojalitetsplikt

14.1 Inledning

I detta avsnitt diskuteras den lojalitetsplikt som finns mellan kontraktuellt bundna parter och mellan parter som befinner sig på förhandlingsstadiet. Två rättsfall analyseras för att avgöra dels hur stark lojalitetsplikten är i rättspraxis och dels hur lojalitetsbrott sanktioneras av domstolarna.

¹⁷⁷ Se Adlercreutz, Avtalsrätt I, s 81.

¹⁷⁸ Se t ex Gomard, s 80.

¹⁷⁹ Se t ex AvtL 4 § 2 st, 6 § 2 st, 9 §, HagL 19 § 1 st.

¹⁸⁰ Almén, s 50.

¹⁸¹ Håstad, Om underlåtenhet av Yngve Skarin och Bertil Bengtsson att ta ställning till översänt kontrakt respektive inlämnad seminarieuppsats, s 239.

¹⁸² A a s 242. Jfr AvtL 6 § 2 st.

De två rättsfall som diskuteras är NJA 2006 s 638 (landstingsfallet) och NJA 2007 s 86 (motocrossbanefallet). Båda fallen behandlar lojalitetsplikten under avtalsförhandlingar. Avsnittet avslutas med en analys av hur lojalitetsbrott passar in i modellen för avtalsgrundande rättsfakta i det nuvarande rättsläget.

14.2 Landstingsprincipen

14.2.1 Bakgrund

Bakgrunden i landstingsfallet var att en läkare genom sitt aktiebolag hade yrkat ersättning av landstinget i Stockholms län för skälig läkarvårdsersättning. Fastställsetalan om rätten till läkarvårdsersättning väcktes av bolaget i mars 1998 men återkallades i september 2000 efter att parterna förlikats. Förlikningen innebar att landstinget erkände att bolaget var berättigat till läkarvårdsersättning samt ersättning för ekonomisk skada och att förhandlingar skulle påbörjas för att bestämma storleken på dessa belopp. Målet med förhandlingarna var att dessa skulle vara slutförda den 15 december 2000.

Parterna hade fortlöpande kontakt under år 2000 utan att någon slutlig överenskommelse träffades. Den 20 december hade parterna ett möte där det, enligt bolagets uppfattning, träffades ett avtal som var villkorat av att landstinget inte gjorde någon invändning senast den 31 december. Landstinget ombad den 29 december via e-post bolagets ombud att översända ett avtalsförslag för parternas förlikning. Ombudet skickade avtalsförslaget till landstinget per e-post den 15 januari 2001 och (underskrivet enligt fullmakt) per brev den 18 januari 2001.

Den 21 februari meddelade ombudet att rättsliga åtgärder skulle komma att vidtas gentemot landstinget eftersom någon betalning i enlighet med avtalet inte gjorts. Landstinget hörde inte av sig i anledning av det översända avtalsförslaget förrän tidigast i maj 2001 då betalningsskyldighet bestreds.

Bolaget ansökte då om stämning och yrkade i första hand att ett villkorat avtal hade träffats vid mötet den 20 december och i andra hand att landstinget blivit bundet av sin passivitet. Det är värt att notera att bolaget alltså inte yrkade ersättning för culpa in contrahendo utan istället tvingade Högsta domstolen till att ta ställning till frågan om avtalsbundenhet, utan något utrymme för ”mellanlösningar”. Landstinget bestred skyldighet att utge det yrkade beloppet.

14.2.2 Högsta domstolens dom

I en kortfattad dom fastslog Högsta domstolen vad både tingsrätt och hovrätt tidigare hade kommit fram till, nämligen att ett bindande avtal hade ingåtts. Tingsrätten och hovrätten biföll bolagets yrkande på förstahandsgrunden, dvs att ett villkorat avtal hade träffats den 20 december 2000. Högsta domstolen konstaterade att det dokument som översändes var en bekräftelse av ett påstått ingånget avtal och att landstinget därefter inte hörde av sig utan oskäligt uppehåll.

Omständigheterna i fallet ansågs vara sådana att landstinget ålades bevisbördan för att bekräftelsen inte motsvarade ett ingånget avtal. Eftersom denna bevisbörda inte ansågs ha uppfyllts fastställde Högsta domstolen underinstansernas domslut. Samtliga instanser – och även revisionssekreteraren – var alltså överens om domslutet i det enskilda fallet. Vad som är mer intressant är dock hur bolagets andrahandsgrund hade bedömts, se nedan avsnitt 14.2.4.

14.2.3 Håstads särskilda tillägg

I ett omfattande särskilt tillägg till domen utvecklar Håstad sin syn på verkan av passivitet vid påstådda bekräftelser av ingångna avtal. Diskussionen har sin grund i huruvida 21 § HagL, enligt vilken tredje man som har förhandlat med en handelsagent måste reklamera mot en bekräftelse av ett påstått avtal från agentens huvudman för att inte åläggas bevisbördan för att bekräftelsen är felaktig, skall anses vara en allmän princip.

I korthet menar Håstad att bevisbörderegeln i 21 § HagL skall utsträckas till att gälla som en allmän princip, vilket innebär att den som efter förhandlingar mottar en avtalsbekräftelse och inte reklamerar får bevisbördan för att bekräftelsen inte är riktig. Håstad betonar att det är viktigt att upprätthålla restriktionen att mottagaren inte blir bunden av bekräftelsens innehåll genom sin passivitet utan endast åläggs bevisbördan för dess felaktighet.

Håstad underbygger även sin argumentation med den s k Skarinprincipen (NJA 1962 s 276, se ovan avsnitt 13) eftersom omständigheterna i målet liknar varandra. Det faktum att bolaget efter flera månaders väntan började tvivla på om avtalet skulle godkännas av landstinget anser Håstad inte har någon betydelse eftersom syftet med en reklamationsregel är att motparten skall få ett klagörande inom en rimlig tid.

14.2.4 Analys

Eftersom skadeståndsansvar för culpa in contrahendo inte yrkades i målet var Högsta domstolen tvungna att ta ställning till den intressanta men svåra frågan i vilken utsträckning passivitet kan binda en part som mottar ett avtalsförslag och den andra kan tänkas räkna med att ett avtal kommer till stånd om inget annat sägs. Landstingsprincipen får sägas vara en vidareutveckling av tidigare praxis där passivitet inte har tillmätts lika stor betydelse.¹⁸³

Att översändandet av en avtalsbekräftelse skall ges presumtionsverkan mellan näringsidkare skulle enligt Håstads tillägg gälla som en allmän princip i obligationsrättsliga förhållanden.¹⁸⁴ Helt klart är detta dock inte då något sådant inte nämns i själva domskälen utan endast i nämnda tillägg.¹⁸⁵ Vilken betydelse ett sådant tillägg har i prejudikatshänseende är oklart.¹⁸⁶ Genom sitt uttalande i domen har Håstad i vart fall tydligt markerat sin position i frågan vilket för t ex Johansson verkar räcka som skäl för att nämnda lagrum skall anses vara en allmän rättsprincip.¹⁸⁷

Jag delar helt Håstads uppfattning att även om bolaget efter en tid började tvivla på om landstinget skulle komma att godkänna avtalet skall detta inte ha någon betydelse. Vad som är relevant är om en part vid avsändandet och under den närmaste tiden därefter utgick från att ett avtal skulle komma till stånd. Konsekvensen skulle annars bli att mottagaren av bekräftelsen skulle kunna komma i ett bättre läge genom att "vänta ut" en eventuell förändrad inställning hos avsändaren.

Min uppfattning om domen är att landstingets agerande är klandervärdt och att agerandet, under de omständigheter som förelåg, bör sanktioneras med avtalsbundenhet.¹⁸⁸ Jag anser alltså att domslutet i sig är riktigt. Jag menar dock att det är det uppenbara lojalitetsbrottet (här underlåtenheten att klargöra sin inställning när man måste ha förstått att motparten utgick från att avtalet snart skulle komma till stånd) som skall sanktioneras och inte passiviteten i sig. Hur stort problem passivitet från en part är måste ju bero på motpartens förväntningar. Om motparten har inga, eller låga, förväntningar på en reaktion eller ett klagörande är inte passiviteten särskilt klandervärd.

Den slutsats jag drar av domen är därför att det är landstingets lojalitetsbrott och brott mot vad som får anses vara god förhandlingssed som ger upphov till presumptionen för avtalsbundenhet och inte den renodlade passiviteten. 21 § HagL är således inte en generellt

¹⁸³ Adlercreutz, Avtalsrätt I, s 82.

¹⁸⁴ Håstad verkar således nu vilja ge 21 § HagL en större betydelse än vad han tidigare givit uttryck för, se Den nya köprätten, 5 uppl, s 338 m.

¹⁸⁵ I själva domen omnämns 21 § HagL endast i och med uttrycket "Jfr...21 § lagen 1991:351 om handelsagentur"), se s 647 i domen.

¹⁸⁶ Knutsson, Om särskilda yttranden i HD, s 281 f.

¹⁸⁷ Se Karnovs kommentar till lagen om handelsagentur, fotnot 88. I kommentaren hänvisas till NJA 2006 s 638 men någon ytterligare motivering varför 21 § HagL skulle vara en allmän rättsgrundsats ges inte.

¹⁸⁸ Sanktionen var egentligen inte avtalsbundenhet utan bevisbördan för att avtal inte hade träffats. En sådan bevisbörda torde dock ofta vara svår att bära varför konsekvensen blir något som ligger nära en sanktionsliknande bundenhet.

tillämplig princip utan kan bli aktuell beroende på omständigheterna i det särskilda fallet för att rättsligt förankra en avtalsbundenhet som vid en helhetsbedömning anses skälig. Denna uppfattning stöds i viss mån också av Herres ståndpunkt; att landstinget knappast borde ha insett att läkaren antog att ett färdigt kontrakt skulle kunna komma till stånd vid passivitet när denne bara ombads översända ett *kontraktsförslag*.¹⁸⁹

Liksom Herre anser jag att en regel enligt vilken översändande av kontraktsförslag jämte passivitet hos mottagaren ger upphov till presumtion för att avtal ingåtts är väl sträng mot mottagaren. Bevisbördan som åläggs mottagaren anser jag är relativt svår att bära. Så som jag tolkar landstingsfallet var dock passiviteten inte den enda relevanta omständigheten utan utgången kan motiveras med landstingets uppenbara brott mot god förhandlingssed, varav passiviteten endast utgjorde en del av det oönskade beteendet.

14.3 Motocrossbanefallet

14.3.1 Bakgrund

I målet behandlades dels frågan om säljarens upplysningsplikt vid fastighetsköp och dels frågan om köparen vid hävning av detta köp var berättigad att återfå den del av betalningen som gjorts till mäklaren. För denna uppsats är det endast frågan om säljarens upplysningsplikt som är intresse och det är därför endast denna fråga som behandlas här.

Köparen M.A. förvärvade tre fastigheter i Bohuslän från säljaren G.K. den 1 mars 2002. Tanken var att M.A., som bodde i Norge, skulle använda fastigheterna som fritidsboende. 300-400 meter från fastigheterna låg en motocrossbana som orsakade bullerstörningar för boende i området, något som G.K. inte upplyst M.A. om trots att G.K. under en längre tid aktivt försökt begränsa motocrossklubbens verksamhet för att minska störningarna. Det kunde inte styrkas att frågan om störningar i form av buller eller liknande uttryckligen hade diskuterats mellan parterna.

M.A. hävde köpet den 3 maj 2002 med hänvisning till att bullret var ett väsentligt fel. G.K. bestred att fastigheten var behäftad med ett väsentligt fel varför M.A. ansökte om stämning och yrkade ersättning med ett belopp motsvarande erlagd handpenning. Tingsrätten ansåg att G.K. måste ha insett att bullret var av stor betydelse för köpare av fastigheterna och att denne därför hade upplysningsplikt. Eftersom G.K. inte upplyst M.A. om bullret var M.A. berättigad att återfå handpenningen. Hovrätten ogillade dock M.A:s talan eftersom M.A. inte klargjort vikten av att fastigheterna inte stördes av buller. Hovrätten ansåg alltså att förekomsten av bullret var ett sådant fel som skulle omfattas av köparens undersökningsplikt, vilket innebar att M.A. inte kunde åberopa felet.

14.3.2 Högsta domstolens dom

I domskälen går Högsta domstolen utförligt igenom bakgrunden till undersökningsplikten vid fastighetsköp och i vilken mån säljaren har ålagts upplysningsplikt. Det konstateras att tidigare praxis har lämnat en öppning för köpare att kunna åberopa upptäckbara fel som säljaren har förtigit även om säljaren inte handlat på ett sådant sätt som avses 30 § eller 33 § AvtL.

Vidare anfördes att det inte finns något allmänt intresse av att ondtröende säljare skall kunna åberopa köparens bristfälliga undersökning. Den ansvarsfördelning som finns vid fastighetsköp är relativt sträng mot köparen men syftet är att skydda en godtröende säljare.

Eftersom G.K. varit aktiv för att minska bullret i närheten av fastigheten måste denne ha förstått att bullret kunde påverka M.A:s beslut att köpa fastigheten. Eftersom G.K. trots detta inte har upplyst M.A. om bullret kan felet åberopas, trots att det varit upptäckbart vid en undersökning av fastigheten (och därmed normalt inte kunnat åberopas).

¹⁸⁹ Herre, Rättsverkan av passivitet vid mottagande av orderbekräftelse, JT 06/07, s 696 f.

14.3.3 Analys

Diskussionerna efter domen var livliga, främst mellan Grauers och Håstad. Grauers kritiserade domen för att frångå den traditionella ansvarsfördelningen mellan köpare och säljare utan att ge någon ledning om hur avvägningen mellan köparens undersökningsplikt och säljarens upplysningsplikt skall göras.¹⁹⁰ Håstad (som var referent i målet) klagade i en replik att domen inte innebar att någon generell upplysningsplikt för säljaren infördes.¹⁹¹

Grauers klagade sin kritik ytterligare i ännu en artikel och poängterade då bl a två viktiga saker – att tanken med undersökningsplikten vid köp av fast egendom är att den skall vara absolut, till skillnad från köp av lös egendom då undersökningsplikten är relativ och att det hade varit mer lämpligt om HD använde sig av AvtL 33 § eftersom det rörde sig om ett fel som var lätt upptäckbart.¹⁹²

Jag anser att det materiella resultatet av domen är tillfredsställande på så sätt att en person som aktivt försökt korrigera ett problem på sin fastighet, och därefter inte upplyser köparen om detta problem, inte skall kunna åberopa köparens bristande undersökningsplikt även om felet varit lätt upptäckbart för köparen. Grauers kritik fokuserar mycket på att HD borde valt att tillämpa 33 § AvtL istället för att rubba den fördelning av ansvaret som tidigare gällt mellan säljare och köpare av fast egendom.

Kravet på lojalitet hos säljaren nämns aldrig uttryckligen i domen. Jag menar dock att HD:s resonemang ger stöd för en utökad lojalitetsplikt i (pre)kontraktuella situationer, just genom det faktum att HD valde att *inte* tillämpa 33 § AvtL. Om HD hade tillämpat 33 § AvtL hade målet inte på något sätt varit uppseendeväckande (utom möjligtvis det faktum att 33 § AvtL faktiskt tillämpades, vilket är sällsynt i svensk rättspraxis).¹⁹³

Det framgår av domskälen att HD medvetet valde att ålägga säljaren upplysningsplikt redan med stöd av JB och därigenom undvek att tillämpa 33 § AvtL, vilket annars hade varit en möjlig lösning. Det torde vara klart att även om säljare av fastigheter fortfarande inte kan sägas ha en generell upplysningsplikt, så har i vart fall skyldigheten att upplysa köparen ökat.¹⁹⁴ Genom att den tidigare rådande ansvarsfördelningen – att köparen alltid ansvarar för fel som varit upptäckbara om inte säljaren lämnat en utfästelse eller ett lugnande besked – genom domen i viss mån har frångåtts, anser jag att HD har markerat lojalitetspliktens ökade betydelse.

14.4 Lojalitetspliktens betydelse i nordisk avtalsrätt

Som anförts ovan i 14.2-14.3 anser jag att rättsutvecklingen under senare tid pekar mot en avsevärt ökad betydelse av lojalitet i den svenska avtalsrätten. Hovrätten för övre Norrland har i sin dom den 29 november 2007 i mål nr T 51-07 gett den kontraktuella lojalitetsplikten en vidsträckt innebörd. Prövningstillstånd i målet har meddelats (PT T 3/08) vilket innebär att ytterligare klagande av lojalitetspliktens betydelse i svensk avtalsrätt kommer att ges inom en snar framtid.

Vid en översiktlig genomgång av nyare avtalsrättslig praxis i övriga nordiska länder verkar lojalitetspliktens betydelse ha ökat i både Norge och Finland.¹⁹⁵ I Danmark har domstolarna

¹⁹⁰ Grauers, Upplysningsplikt vid fel i fastighet på diskutabla grunder, s 905.

¹⁹¹ Håstad, Säljarens upplysningsplikt vid överlåtelse av fast egendom, s 44 f.

¹⁹² Grauers, Upplysningsplikten vid fastighetsköp – än en gång, s 814 f och s 817.

¹⁹³ Grauers, Upplysningsplikten vid fastighetsköp – än en gång, s 817 vid not 14.

¹⁹⁴ Se t ex Henning, HD och plikterna att upplysa och undersöka, s 517.

¹⁹⁵ Se för Norge Dalbak, Lojalitetsplikt som grundlag för å begrense og utvide fleksibilitet i avtaleforhold, LoR 2007 med hänvisning till Rt 2005 s 268 och för Finland Nystén-Haarala, Lojalitetsprinciplen både från domstolens och från rättsanvändarens perspektiv, s 437 ff med hänvisning till FKKO 1993:130.

inte uttryckligen tagit ställning för en stärkt lojalitetsplikt i avtalsförhållanden utan rättsläget verkar vara relativt oförändrat under de senaste decennierna.¹⁹⁶

15 Enighet på väsentliga punkter – den norska lösningen

15.1 Inledning

Som konstaterats ovan i avsnitt 5.2 är det vedertaget i norsk rätt att förhandlande parter som har enats om de väsentliga punkterna i ett avtal är bundna i förhållande till varandra. Rättsläget torde vara detsamma enligt dansk rätt.¹⁹⁷ I svensk rätt är frågan fortfarande oklar. Oavsett om Sverige väljer att följa den norska lösningen eller inte så frågan om hur bedömningen av ”väsentliga punkter” görs intressant. Jag kommer här att kort återge samt analysera det norska rättsfallet Rt 1998 s 946 och därefter diskutera olika modeller för bedömningen av vad som är väsentliga punkter. Därefter diskuterar jag hur frågan bör lösas i svensk rätt.

15.2 Rt 1998 s 946

Rättsfallet är relativt invecklat med flera olika parter inblandade och därtill namnbyten. Här refereras fallet i korthet utifrån vad som är relevant för frågan om avtalsbundenhet genom uppnådd enighet på väsentliga punkter.

I fallet yrkade en mäklare ersättning motsvarande avtalad provision för att ha hittat en investerare (Siem) som skulle gå in som delägare i bolaget Frode Hermansen AS. Mäklarens rätt till provision var beroende av om avtal hade slutits mellan Hermansen (delägare i Frode Hermansen AS och säljare av 50 % av aktierna i bolaget) och den potentielle investeraren Siem. Detta avtal var i sin tur villkorat av att den andre delägaren, Mikkelsen, hade slutit avtal med Siem. Den tvist som är av intresse för uppsatsen rör huruvida Mikkelsen och Siem hade slutit ett bindande avtal om att Siem skulle inträda som delägare i bolaget tillsammans med Mikkelsen.

Siem påstod att avtal mellan honom och Mikkelsen hade slutits eftersom parterna, efter förda förhandlingar, hade kommit överens om alla väsentliga punkter i avtalet. Parterna hade vid flera tillfällen utväxlat avtalsutkast och även planerat ett möte för slutlig underskrift den 11 juni 1992 som Hermansen och Mikkelsen dock uteblev från.

Mikkelsen bestred att avtal hade kommit till stånd eftersom parterna ännu inte hade enats om villkoren för Mikkelsens försäljning av bostaden, villkoren kring bildandet av det holdingbolag som skulle äga Frode Hermansen AS, Siems lånefinansiering och Mikkelsens anställningsavtal. Vidare anförde Mikkelsen att avtalet krävde skriftform för att vara giltigt eftersom detta villkor var intaget i avtalsutkastet och det dessutom rörde sig om viktiga och komplicerade avtal av stort värde.

Beträffande försäljningen av Mikkelsens bostad konstaterade Høyesterett att parterna var överens om priset men inte om betalningsformen.¹⁹⁸ Detta bedömdes inte kunna påverka

¹⁹⁶ Lyngé Andersen, Aftaleloven med kommentarer, s 28 ff.

¹⁹⁷ Se Kihlman, slutande av avtal genom förhandling, s 251 vid not 14 med hänvisning till det danska rättsfallet UfR 1989 s 435 H. I fallet ansågs inte avtalsbundenhet ha uppkommit men domskälen torde lämna möjligheten öppen för avtalsbundenhet när förhandlingarna anses ha nått tillräckligt långt.

¹⁹⁸ I norsk rätt är formen för betalning alltså inte att betrakta som ett väsentligt avtalsvillkor. För svensk rätt verkar även detta vara en oklar fråga, se Hellner, Kommersiell avtalsrätt, 4 uppl, s 46 x.

bundenheten.¹⁹⁹ Mikkelsen ansågs inte ha haft några invändningar mot att ett holdingbolag ägde samtliga aktier i Frode Hermansen AS vilket hade diskuterats under förhandlingarna.

Vad gäller lånefinansieringen hade Mikkelsen själv deltagit i möten med flera banker, utställt ett letter of comfort till förmån för holdingbolaget och ingick även ett begränsat borgensåtagande. Høyesterett konstaterade vidare att Mikkelsen inte kunde åberopa någon avtalad skriftform eftersom parterna skriftligen hade kommit överens om avtalets huvudpunkter, Mikkelsen inte hade haft några invändningar mot avtalsutkastet och dessutom inte tydligt hade markerat att denne förbehöll sig rätten att inte sluta avtal tills ett slutligt avtalsförslag presenterades. Förbehållet för Mikkelsen att kunna åberopa avtalad skriftform hade därför inte varit synbart för Siem.

Vid en samlad bedömning ansåg Høyesterett att parterna hade enats om samtliga väsentliga villkor och att avtal därför hade kommit till stånd mellan Siem och Mikkelsen (och således även mellan Siem och Hermansen). Mäklaren ansågs därför ha rätt till provision.

15.3 Analys

Rättsfallet kan knappast sägas ha inneburit någon ändring av det norska rättsläget utan är i överensstämmelse med tidigare etablerad praxis, se t ex Rt 1987 s 1205.²⁰⁰ Høyesterett bekräftade således i Rt 1998 s 946 att i norsk rätt saknar det betydelse om det återstår detaljer att förhandla om i ett avtal så länge parterna är överens om alla de punkter som bedöms vara väsentliga. Vidare fastslog Høyesterett att kravet för att få åberopa en avtalad skriftform är relativt högt satt vad gäller tydlighet gentemot sin motpart, samt att det inte finns något implicit krav på skriftform bara för att avtalet rör ett stort ekonomiskt värde.

Vad som inte framgår av domen är exakt hur bedömningen görs av vad som är ett väsentligt avtalsvillkor. Det är denna fråga som är av störst intresse för praktiskt verksamma parter för att med något mått av förutsebarhet kunna säga när bundenheten egentligen inträder i en förhandlingssituation. I nästföljande avsnitt diskuteras olika alternativ för att bedöma var gränsen mellan väsentliga och icke-väsentliga avtalsvillkor skall dras.

15.4 Modeller för väsentlighetsbedömningen

Som visats ovan bygger alltså lösningen i norsk rätt på att när enighet om alla väsentliga punkter i ett avtal har uppnåtts är parterna bundna. Frågan blir då hur gränsdragningen skall göras mellan väsentliga och icke-väsentliga förhandlingspunkter. Kihlman nämner fyra olika modeller som är möjliga att använda för att göra gränsdragningen mellan väsentliga punkter och detaljer.²⁰¹ Dessa modeller kommer att diskuteras nedan.

15.4.1 Enighet på nödvändiga punkter

En möjlig lösning är att bedömningen av vad som är väsentliga punkter skall vara detsamma som de punkter som krävs för att ett avtal överhuvudtaget skall kunna anses ha kommit till stånd. Ett exempel på en sådan definition finns i PECL Art 2:103 enligt vilken ett "sufficient agreement" har uppnåtts när avtalsvillkoren har blivit tillräckligt konkretiserade av parterna för att avtalet skulle kunna ligga till grund för en domstols upprätthållande av avtalsförpliktelserna, eller avtalsinnehållet kan bestämmas med hjälp av reglerna i PECL.

¹⁹⁹ Det är sannolikt så att fallet hade fått en annan utgång om parterna inte hade varit överens om priset för lägenheten eftersom ej avtalat pris innebär en tydlig presumtion mot avtalsbundenhet, se NRT 1992 s 110.

²⁰⁰ Krüger, "Closing"-forbehold ved kommersielle avtaleforhandlinger, s 271.

²⁰¹ Kihlman, Slutande av avtal genom förhandling, s 254.

Enligt art 2:101 krävs visserligen också att parterna har haft för avsikt att bli bundna ("...intend to be legally bound") men detta krav blir av mindre betydelse eftersom ett agerande som ger motparten en befogad uppfattning om att sådan avsikt finns är tillräckligt.²⁰²

Som Kihlman påpekar är denna lösning inte lämplig för att avgöra gränsdragningen mellan väsentliga punkter och detaljer i ett avtal.²⁰³ Regelns funktion är snarare att definitionsmässigt avgöra vad som alltid måste krävas för att ett avtal i någon form kan sägas existera. Om denna lösning tillämpas för gränsdragningen kommer det innebära att bundenheten i många fall kommer som en total överraskning för parterna.

15.4.2 Den kvantitativa modellen

En modell som har föreslagits av Grönfors är en kvantitativ bedömning av när bundenheten inträder. Modellen innebär att om parterna har förhandlat fram tillräckligt stor del av avtalet, omkring 80-85%, innebär detta att parterna är bundna av avtalet om det inte finns några särskilda skäl emot en sådan bundenhet.²⁰⁴ Kritiken mot en sådan lösning är i det närmaste given – det kan inte vara *mängden* färdigförhandlande villkor som är avgörande utan i så fall *vilka* villkor parterna har enats om.²⁰⁵

Den av Grönfors föreslagna lösningen passar också dåligt med lämpligheten i att parterna, ur rättsekonomisk synvinkel, själva fyller ut avtalet istället för att detta görs av domare eller skiljemän.²⁰⁶ Den kvantitativa modellen hade möjligtvis kunnat fungera som en modell för bundenhet om den tillämpades på avtalets detaljer, d v s säga de förhandlingsfrågor som inte är väsentliga punkter. Parter som är överens på alla väsentliga punkter skulle med en sådan lösning bli bundna när en viss andel av detaljfrågorna hade förhandlats färdigt. Grönfors menar dock att bundenheten kan uppstå trots att inte alla väsentliga punkter är färdigförhandlade vilket måste innebära att hans kvantitativa modell skall användas kvantitativt och inte kvalitativt.²⁰⁷ Modellen passar därför dåligt för att avgöra bundenheten vid avtalsförhandlingar.

15.4.3 Anknytning till väsentligt avtalsbrott

Kihlman anser att bedömningen av vad som är väsentliga punkter vid frågor om avtalsbundenhet bör göras med en anknytning till väsentlighetsprövningen vid avtalsbrott.²⁰⁸ Detta motiverar han med att om det finns någon del kvar att förhandla om som skulle kunna ge upphov till hävningsrätt vid ett eventuellt avtalsbrott, har parterna kommit så långt i sin avtalsrelation att det vore olämpligt om någon av parterna skulle kunna dra sig ur.

Bedömningen av vad som är ett väsentligt avtalsbrott varierar beroende på i första hand avtalsborgenärens synpunkt men också i vissa fall tredje man. Det viktiga är en helhetsbedömning.²⁰⁹ Väsentlighetsbedömningen handlar alltså inte om vilken klausul parten bryter mot, utan vilka och hur allvarliga konsekvenser detta får för motparten.

Bedömningen är objektiv men utgår även ifrån situationen för den individuella köparen, exempelvis om det är viktigt att varans design överensstämmer precis med vad som diskuterats före köpet för att varan skall passa in i köparens sortiment. Det som är ett

²⁰² Se Art 2:102 och Lando & Beale (ed.), Principles of European Contract Law – Parts I and II, s 137 n.

²⁰³ Kihlman, Slutande av avtal genom förhandling, s 255.

²⁰⁴ Grönfors, avtalsgrundande rättsfakta, s 75 f.

²⁰⁵ Calissendorff, Kurt Grönfors: Avtalsgrundande rättsfakta – några synpunkter, s 238 f och Kihlman, Slutande av avtal genom förhandling, s 256 ö.

²⁰⁶ Håstad, Reform av de nordiska avtalslagarna? s 258 m.

²⁰⁷ Grönfors, Avtalsgrundande rättsfakta, s 36 f.

²⁰⁸ Kihlman, Slutande av avtal genom förhandling, s 256 f.

²⁰⁹ Sandvik, Är detta avtalsbrott väsentligt? En analys av rättspraxis om artikel 25 i CISG, s 223 f.

väsentligt fel för en köpare behöver nödvändigtvis inte vara ett väsentligt fel för en annan köpare.²¹⁰

Jag ska försöka visa ett problem med att använda den här modellen för att bestämma om avtalsbundenhet har uppkommit. I mitt exempel har parterna A och B under en lång tid förhandlat om köp av en dyr och avancerad maskin som köparen B skall använda i sin tillverkning. Parterna är överens om ett flertal viktiga punkter såsom pris, leveransdatum, och olika tillvalsfunktioner för maskinen. Vad parterna inte är överens om är ett antal mindre frågor, däribland omfattningen av säljarens serviceåtagande. Maskinen är så pass avancerad att det krävs särskild kunskap för att kunna utföra underhåll och service. Säljaren A:s tekniker har sådan kunskap.

Låt säga att modellen med anknytning till väsentligt avtalsbrott skall tillämpas för att avgöra om bundenhet har uppkommit mellan A och B. Den relevanta frågan blir då om ett brott mot klausulen om serviceåtagande (som ännu inte är färdigförhandlad) skulle grunda hävningsrätt för B. Svaret på den frågan är helt enkelt att det beror på hur allvarligt A:s brott mot klausulen är. Om A inte utför service på avtalad tid och det innebär ett avbrott i B:s produktion under tio minuter är A:s agerande knappast ett väsentligt avtalsbrott, trots att det är ett brott mot serviceklausulen. Om A däremot vid ett flertal tillfällen är kraftigt försenad med service och underhåll av maskinen är detta sannolikt ett väsentligt avtalsbrott eftersom B är beroende av A att utföra servicen (i det närliggande området är det bara A som har den särskilda fackkunskap som krävs).

Att väsentlighetsbedömningen tar hänsyn till ena partens individuella behov och förväntningar samtidigt som väsentlighetsbedömningen beror på hur allvarligt avtalsbrottet är och inte enbart vilken klausul som inte följs, innebär att det inte på förhand går att avgöra vilka klausuler som är av den art att ett brott mot klausulen grundar hävningsrätt. Jag anser därför att denna modell blir svår att tillämpa för att bestämma om avtalsbundenhet har uppkommit.

15.4.4 Anknytning till oren accept

Ett fjärde alternativ är att knyta bedömningen av väsentliga punkter till CISG art. 19 och "material" ändringar av en accept på så sätt att om de saker som återstår att förhandla om inte skulle räknas som "material" enligt CISG, skall ett avtal anses vara slutet.

I CISG art. 19(2) stadgas att en accept blir bestämmande för avtalsinnehållet om avsändaren har gjort ändringar eller tillägg som inte "materially alters the offer". När det gäller väsentlighetskravet för hävning i CISG art. 49(1) används däremot rekvisitet "fundamental breach". Som Kihlman påpekar torde man kunna utgå från att en skillnad har varit avsedd eftersom olika uttryck har använts.²¹¹ I både den svenska och den norska versionen av CISG har dock både "material" och "fundamental" översatts med väsentlig vilket innebär att nyansskillnaderna har gått förlorade.

De ändringar som enligt CISG inte är "material" är få, vilket framgår av art. 19(3). Förändringar av villkor som rör priset, betalningen, köpeobjektets egenskaper, leveranstid- och plats, ansvarsbegränsningar och tvistlösning är exempel på sådana förändringar som alltid skall anses vara "material". Uppräkningen är dessutom inte uttömmande. Det innebär att endast villkor av mycket liten betydelse för parterna träffas av bestämmelsen. Att använda den här modellen för att avgöra bundenheten skulle alltså i praktiken innebära att en stor del av avtalet redan måste vara färdigförhandlat för att avtalsbundenhet skall kunna bli aktuell.

Modellen har den fördelen att få detaljer torde kunna bli föremål för utfyllning av domare eller skiljemän eftersom en klar majoritet av alla punkter redan är behandlade. Modellen tar

²¹⁰ Se om väsentlighetsbedömningen prop. 1988/89:76 s 134 f, Håstad, Den nya köprätten, 5 uppl, s 114, Ramberg & Herre, Allmän köprätt, 4 uppl, s 195 f.

²¹¹ Kihlman, Slutande av avtal genom förhandling, s 257.

dock, liksom övriga här diskuterade modeller, mindre hänsyn till parternas avsikter och förväntningar på förhandlingen. Det finns, enligt min mening, anledning att hålla isär situationen att båda parter har förhandlat lojalt under en längre tid och gentemot varandra givit uttryck för att avtalet i princip är färdigförhandlat, och situationen att parterna genom sin kommunikation tangerat gränsen för enighet om väsentliga punkter utan att egentligen vara fullt medvetna om detta.²¹² I det förra fallet är en bundenhet som grundar sig på parternas enighet om väsentliga punkter en rimlig lösning, men knappast i det senare.

15.5 Slutsats

Som framgår ovan i avsnitt 5.4.3 är jag av den uppfattningen att en sådan successiv bundenhet som det är fråga om vid bundenhet grundad på enighet om väsentliga punkter inte bör användas i svensk rätt för de avtalstyper där dispositiv lagstiftning saknas. Om båda parter är överens om att ett avtal som fortfarande saknar en del detaljer ändå skall gälla är det enkelt för parterna att tydligt avtala om detta – parterna är då medvetna om att detaljerna i förlängningen kan komma att fyllas ut av någon annan än parterna själva.²¹³ Görs inte detta bör en förhandling inte anses ha grundat ett avtal, oavsett om parterna är överens om de väsentliga punkterna.

Som nämnts ovan i detta avsnitt är dock bundenhet grundad på enigheten om de väsentliga punkterna sedan länge etablerad i den norska rätten. Det är därför ändå av intresse att diskutera de modeller som kan användas för bedömningen. Som visats ovan anser jag inte att någon av de fyra modellerna fungerar tillfredsställande för gränsdragningen mellan väsentliga punkter och detaljer, även om modellen som knyter an till anbud-acceptmodellen i mitt tycke har fler fördelar jämfört med övriga tre diskuterade lösningar. En problematisk fråga som kan uppstå med samtliga lösningar är dessutom huruvida ett flertal ej färdigförhandlade detaljer tillsammans skall kunna ses som en väsentlig punkt. Frågan verkar ännu inte ha fått något svar i norsk praxis.²¹⁴

Problematiken med att en part efter en tids förhandling räknar med att ett slutligt avtal är nära förestående bör alltså inte hanteras på samma sätt som i norsk avtalsrätt, utan med en annan typ av lösning. Se nedan avsnitt 17.2 för mitt förslag på hur denna (och andra) avtalsbundenhetsfrågor bör lösas.

²¹² Om ingen av parterna även efter denna tidpunkt är intresserad av att verkligen sluta ett avtal kommer frågan givetvis aldrig att prövas. En av parterna kan dock på yttre omständigheter, t ex andra slutna avtal eller ändrade råvarupriser, plötsligt inse att kontraktet trots allt är fördelaktigt för denne och därför hävda bundenhet.

²¹³ Vetskapen om att ett antal villkor i ett viktigt avtal kan komma att fyllas ut av domstol eller skiljemän torde i sig innebära att parterna motiveras till att själva nå en lösning.

²¹⁴ Se Krüger, "Closing"-forbehold ved kommersielle avtaleforhandlinger, s 278 som anser att Rt 1998 s 946 tyder på att frågan bör besvaras nekande men att läget ännu är oklart.

AVDELNING III – slutsatser

16 Den svenska avtalslagstiftningen

16.1 Inledning

Med tanke på att nästan hundra år har passerat sen den svenska avtalslagen trädde i kraft och samhället ser ut på ett helt annat sätt idag än i början av 1900-talet så finns det goda skäl till att resonera och argumentera utan att vara alltför bunden av lagtext och förarbeten.

I de följande avsnitten kommer två viktiga avtalsrättsliga frågor att diskuteras. Först behandlas översiktligt den generella frågan om hur den svenska avtalsrättsliga lagstiftningen bör vara uppbyggd. Valet står här mellan ytterligheterna heltäckande, detaljerad lagstiftning respektive den nuvarande modellen som bygger på fragmentariserad lagstiftning, allmänna principer och domstolarna som ett viktigt komplement till lagen. Därefter behandlas uppsatsens egentliga frågeställning – frågan om vilka rättsfakta som enligt min mening är respektive bör vara avtalsgrundande.

16.2 Modellen för svensk avtalslagstiftning – två utgångspunkter

De två ytterligheter som finns vad gäller möjliga modeller för avtalslagstiftningen är antingen en ny, detaljerad och så gott som heltäckande lagstiftning eller att hålla kvar vid den nuvarande modellen som bygger på fragmentariserad lagstiftning, omfattande rättspraxis och allmänna principer. Det första alternativet skulle kräva ett relativt omfattande utredningsarbete men skulle ge en mycket användbar lagstiftning som dessutom är anpassad till det moderna affärlivet. Det andra alternativet kräver inga större förändringar men innebär samtidigt att flera viktiga avtalsrättsliga frågor förblir olösta.

16.2.1 En ny avtalslag?

Förslaget att se över den svenska avtalslagstiftningen är inget nytt förslag.²¹⁵ En reviderad avtalslag skulle kunna innebära en heltäckande reglering av avtalsrätten som påminner om de ”civil codes” som är vanliga i övriga Europa. Fördelarna med en sådan avtalsrätt är framförallt tydlighet och förutsebarhet. Taxell menar att det är viktigt ur rättssäkerhetssynpunkt att båda parter vet när avtalsbundenheten uppstår och att omsättningen gagnas av fasta och tydliga regler.²¹⁶ Att svar på många av de viktigaste frågorna inom avtalsrätten får sin lösning direkt i lagtexten har också en nyttig pedagogisk funktion.²¹⁷

Den svenska avtalslagen reglerar endast en del av de olika sätt som finns när det gäller att ingå avtal.²¹⁸ Den saknar också lagreglering i så pass viktiga delar som påföljder vid kontraktsbrott, avtalstolkning, ansvar för vårdslösa förhandlingar, successiv bundenhet, avtalad skriftform och kolliderande standardavtal.²¹⁹ Andersen, som inte anser att en ny avtalslag är nödvändig, menar att ingen jurist förväntar sig att avtalslagen skall lösa alla juridiska problem som dyker upp.²²⁰ Det är svårt att rikta några invändningar mot detta

²¹⁵ Se t ex Schmidt, *Bör de nordiska avtalslagarna revideras?* s 184 ff.

²¹⁶ Taxell, *Avtal och rättsskydd*, s 132.

²¹⁷ Ramberg, *The Hidden Secrets of Scandinavian Contract Law*, s 254.

²¹⁸ Se t ex Heidbrink, *Avtals uppkomst – dags att se bortom avtalslagen?*, s 706 f.

²¹⁹ Håstad, *Reform av de nordiska avtalslagarna?* s 249 f och Ramberg, *The Hidden Secrets of Scandinavian Contract Law*, s 250.

²²⁰ Bryde Andersen, *Aftaleloven – ruin eller monument?* s 69.

påstående. Vad som däremot kan tyckas lämpligt, vore om avtalslagen åtminstone tog ställning till *något* av de vanligaste problemen som en praktiskt verksam jurist kan stöta på i sitt arbete som rör den allmänna avtalsrätten.

16.2.2 Den nuvarande modellen

Även om viktiga frågor under en tid har förblivit obesvarade i svensk avtalsrätt så är det tyngsta argumentet för ett bevarande av den nuvarande modellen givet – varför ändra på något som trots allt fortfarande i huvudsak fungerar?²²¹ Nordisk lagstiftning har av tradition satt stor tilltro till rättsskipningen och medvetet lämnat ett stort utrymme för vidare utveckling i rättspraxis samtidigt som allmänna rättsprinciper har betydelse. Denna form av civil law-system utan någon uttrycklig kodifiering har av Blandhol kallats för nordisk rättspragmatism.²²²

När det gäller regler kring avtalsslutande torde det vara så att sådana situationer aldrig kan regleras uttömmande av lagstiftaren utan nya riktlinjer ständigt behöver dras av rättsvetare.²²³ Det kan då tyckas onödigt att försöka reglera detta i lag när lagstiftningen, oavsett utseende, ständigt kommer att behöva kompletteras. Det huvudsakliga argumentet för att bevara den nuvarande avtalslagen är alltså att en revidering helt enkelt inte är värd besväret utan kostar mer än det smakar.

16.3 Den svenska avtalsrätten i framtiden

Min uppfattning om den framtida svenska avtalsrätten är att det, åtminstone på lång sikt, hade varit lämpligt att revidera den svenska avtalslagstiftningen och försöka skapa en lagstiftning som är väl anpassad till det moderna samhället och där alla större avtalsrelaterade frågor regleras direkt i lag. Jag anser det dock inte nödvändigt att Sverige detaljreglerar så många frågor som möjligt i lag, d v s en form av "civil code" som finns i många andra europeiska länder. Att en del mindre frågor lämnas åt praxis är inget problem och innebär dessutom en viss flexibilitet och möjlighet att anpassa avtalsrätten efter den tekniska utvecklingen.

I samband med reformen bör även hänsyn tas till de avtalstyper som idag är oreglerade, t ex kommersiella avtal gällande tjänster. Eftersom sådan lagstiftning i dagsläget saknas helt är jurister hänvisade till sparsam rättspraxis, analogier från andra lagar och allmänna rättsprinciper. Jag har också givit förslag på vissa förändringar som kan vara lämpliga att göra vad gäller ansvaret för befodringsfel, se ovan avsnitt 2.5.3.

Viktigt att tänka på vid en revidering av avtalsrätten är också att samtidigt ta hänsyn till regleringen i närliggande lagstiftning, t ex köprätten. Risken är att de allmänna principer som ofta används i svensk rätt blir svårtillämpade om inte dess betydelse är synkroniserad för olika lagar.²²⁴ Det är också viktigt att terminologin så långt som möjligt överensstämmer med andra lagar för att undvika otydligheter och tolkningsproblem.²²⁵ En revidering och modernisering skulle alltså innebära ett omfattande lagstiftningsarbete men skulle sannolikt också medföra stora fördelar i form av tydlighet och förutsebarhet. Mitt förslag till hur reglerna kring avtalsbundenhet bör utformas framgår av nästföljande avsnitt.

²²¹ Bryde Andersen, Aftaleloven – ruin eller monument? s 69 f.

²²² Se a a s 67 med hänvisning till Blandhol, Nordisk rettspragmatisme – Savigny, Ørsted og Schweigaard om vitenskap og metode.

²²³ Vahlén, Om slutande av avtal, s 387.

²²⁴ Bengtsson, Om civilrättens splittring, s 37 ff.

²²⁵ Hellner, Lagstiftning inom förmögenhetsrätten, s 90.

17 Avtalsgrundande rättsfakta

17.1 Inledning

I uppsatsen har flera olika frågor om avtalsbundenhet och avtalsgrundande rättsfakta diskuterats. Som visats finns det flera viktiga frågor i svensk avtalsrätt som inte har något klart svar. Jag anser att det är viktigt att reglerna kring när avtalsbundenhet uppstår är relativt tydliga samtidigt som flexibiliteten måste behållas för att alltid kunna ta hänsyn till omständigheterna i det enskilda fallet. Det kommer alltid att finnas situationer då en formellt tillämplig detaljregel inte är lämplig utan en mer individuell prövning måste göras. Detta är viktigt att ha i tankarna vid lagstiftning och rättsskipning som rör avtals ingående.

17.2 Avtalsgrundande rättsfakta

17.2.1 Överensstämmande viljeförklaringar

Den kritik som har riktats mot anbud-acceptmodellen är att den är svår att tillämpa i praktiken. Det förtar inte regelns lämplighet i situationer då det är enkelt att urskilja dels ett anbud och dels en ren accept. Att ett avtal har slutits i ett sådant fall är uppenbart.

Som överensstämmande viljeförklaringar bör också räknas att båda parter agerar på ett sådant sätt att man tydligt visar sin avsikt att bli bunden till ett visst avtal.²²⁶ Det är då inte nödvändigt att laborera med exempelvis accepter i konkludent form. Även om en part inte kan bevisas ha haft för avsikt att bli bunden till ett visst avtal kan ett beteende som framstår som att en part ansett sig bunden av ett avtal innebära avtalsbundenhet, se närmare avsnitt 11.

17.2.2 En generell lojalitetsbaserad passivitetsregel

Förutom avtalsslutande genom överensstämmande anbud och accept eller genom agerande som tydligt visar en avsikt att bli bunden bör en generell regel vara att den som inser, eller bort inse, att någon utgår från att ett avtal har slutits eller inom en snar framtid kommer att slutas är skyldig att inom skälig tid lämna meddelande till den andra parten för att undvika avtalsbundenhet, om dennes uppfattning varit befogad. Regeln omfattar således även de situationer som idag regleras i 4 § 2 st och 6 § 2 st AvtL.

Att vårdslöshet nu är tillräckligt är alltså en viss skärpning av ansvaret jämfört med lagens tidigare lydelse. I praktiken torde dock skillnaden inte bli särskilt stor eftersom det dessutom krävs att uppfattningen om avtalsbundenhet är befogad. Eftersom partens uppfattning måste vara befogad exkluderas nu dessutom det fallet att den första parten inser att motparten på en vårdslös missuppfattning utgår från att avtal har slutits, en situation som i nuläget täcks av ordalydelsen i 6 § 2 st.

Genom regeln vävs också kravet på att visa lojalitet gentemot sin förhandlingspart in i lagen. En allmän lojalitetsregel med liknande innehåll har tidigare föreslagits av Håstad.²²⁷ Regeln formulering är mycket generell för att kunna anpassas efter omständigheterna i det enskilda fallet, något som är nödvändigt för att regeln skall vara praktiskt användbar. Ett uppenbart brott mot en rimlig förhandlingslojalitet kan med stöd av regeln sanktioneras med avtalsbundenhet.

Skillnaden mot att sanktionera ett oönskat beteende med bevisbördan för att ett avtal inte har träffats torde inte vara så stor som det först kan verka – den part som hävdar att ett avtal har träffats måste fortfarande styrka att dennes uppfattning har varit befogad. Regeln är därför

²²⁶ Samma lösning enligt UP Art 2.1.1.

²²⁷ Håstad, Reform av de nordiska avtalslagarna? s 283.

inte alltför hård gentemot den part som hävdar att avtal aldrig har ingåtts. Ett typexempel där denna allmänna regel hade kunnat tillämpas är på de omständigheter som förelåg i NJA 2006 s 638 (se avsnitt 14.2).

Regeln kan verka hård, särskilt eftersom avtalsbundenhet är en mycket stark sanktion. I praktiken anser jag dock inte att ställer omotiverat höga krav eftersom en förhandlingspart alltid kan tydliggöra för sin motpart att denne inte anser sig bunden förrän vid ett slutligt ställningstagande.²²⁸ Motpartens eventuella uppfattning om att avtalet är så gott som färdigförhandlat kan då aldrig vara befogad om inte nya omständigheter tillkommer.

17.2.3 Påbörjad prestation enligt avtalet

Som anförts i avsnitt 11.4 anser jag att ett påbörjat fullgörande av ett avtal i normalfallet bör innebära att ett avtal anses slutet mellan parterna. Den relevanta frågan om vilket innehåll ett sådant avtal sedan har får lösas med allmänna principer för avtalstolkning. Risker att en part missbrukar denna princip genom att påbörja en prestation trots att denne inser att avtalet ännu inte är slutet torde vara relativt liten, eftersom detta kommer att drabba parten hårt vid avtalstolkningen – avtalet kommer då att tolkas i enlighet med motpartens uppfattning och därmed sannolikt till fördel för denne.

17.2.4 Direkt avtalsgrundande rättsfakta

Vidare anser jag att den av Grönfors använda termen ”direkt avtalsgrundande rättsfakta” är lämplig att använda i vissa typer av situationer, exempelvis vid avtal om parkering.²²⁹ Parterna har då genom sitt agerande tydligt uttryckt en avsikt att vara bunden i förhållande till sin motpart. Någon inblandning av termerna anbud och accept är då överflödig. Som framgår av avsnitt 12.4 ovan bör denna kategori dock inte omfatta omhändertagande av annans egendom.

17.2.5 Successiv avtalsbundenhet

Som framgår i avsnitt 5 och 15 anser jag att en successiv avtalsbundenhet mellan förhandlande parter bör vara avhängig en bakomliggande, tillämplig dispositiv rätt. Det innebär att ett köp av lös egendom, som faller under köplagen, i princip är slutet när parterna är överens om att ett visst specificerat objekt skall säljas. För oreglerade avtalstyper – företagsöverlåtelser inkluderat – är något avtal in dubio inte slutet förrän parterna är överens om samtliga villkor i avtalet. Den regel som beskrivs i avsnitt 17.2.2 ovan blir alltså endast i undantagsfall tillämplig när det handlar om oreglerade avtalstyper.

²²⁸ Se Grönfors, *Avtalslagen*, 3 uppl, s 63 n.

²²⁹ Grönfors, *Avtalsgrundande rättsfakta*, s 52 f.

Källförteckning

Offentligt tryck

SOU 1974:83 Generalklausul i förmögenhetsrätten

Prop. 1988/89:76 om ny köplag

Prop. 1990/91:63 om handelsagentur

Litteratur

Adlercreutz, Axel. Avtalsrätt I. 12 uppl. Lund: Juristförlaget 2002.

Almén, Tore. Lagen om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område av den 11 juni 1915 samt därav föranledda författningar: med litteraturhänvisningar och förklarande anmärkningar. Stockholm: Norstedt 1916. (Cit: Almén).

Arnholm, C. J. Privatrett II: avtaler. Oslo: Grundt Tanum 1964.

Arvidsson, N. & Samuelsson, Per. Om avtals uppkomst. I vänbok till Axel Adlercreutz, Lund: Juristförlaget 2007, s 11-33.

Bengtsson, Bertil. Om civilrättens splittring. I festskrift till Kurt Grönfors, Göteborg: Norstedts 1991, s 29-46.

Björkdahl, Erika. Lojalitet och kontraktliknande förhållanden: en civilrättslig studie av förutsättningarna för ansvar vid förhandlingar eller andra kontakter mellan avtalsmässigt obundna parter. Uppsala: Iustus 2007.

Blandhol, Sverre. Nordisk rettspragmatisme – Savigny, Ørsted og Schweigaard – vitenskap og metode. København: Jurist – og Økonomforbundets Forlag 2005.

Bryde Andersen, Mads. Aftaleloven – ruin eller monument? i Festskrift till Lars Gorton, Lund: Juristförlaget 2007, s 65-74.

Calissendorff, Axel. Kurt Grönfors: Avtalsgrundande rättsfakta – några synpunkter. Juridisk Tidsskrift 1993-94, s 236-241.

Cooter, Robert & Ulen, Thomas. Law and Economics. 4th ed. Boston: Pearson Addison-Wesley, cop. 2004.

Dalbak, C. Lojalitetsplikt som grunnlag for å begrense og utvide fleksibilitet i avtaleforhold. Lov og Rett 2007, s 598-612.

Gomard, Bernhard. Almindelig kontraktret: indgåelse, gyldighed, fortolkning. København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1996.

Gorton, Lars. Shipping and Contracting. Lund: Juridiska föreningen 1983.

Grauers, Folke. Upplýsningsplikt vid fel i fastighet på diskutabla grunder. Juridisk Tidsskrift 2006-07, s 890-906.

Grauers, Folke. Upplýsningsplikten vid fastighetsköp – än en gång. Juridisk Tidsskrift 2007-08, s 811-819.

Graver, Hans Petter. Vanlig juridisk metode? Om rettsdogmatikken som juridisk sjanger. Tidsskrift for Rettsvitenskap 2008, s 149-178.

Grönfors, Kurt. Avtalsfrihet och dispositiva rättsregler. Tidsskrift utgiven av Juridiska Föreningen i Finland 1988, s 317-327.

Grönfors, Kurt. Avtalsgrundande rättsfakta. Stockholm: Nerenius & Santérus 1993.

Grönfors, Kurt (under medverkan av Rolf Dotevall). Avtalslagen, 3 uppl. Stockholm: Fritze 1995.

Grönfors, Kurt. Tolkning av fraktavtal. Göteborg: Esselte Studium 1989.

Hedwall, M. Tolkning av kommersiella avtal. 2 uppl. Norstedts Juridik 2004.

Heidbrink, J. Omhändertagande av annans egendom – ett avtalsgrundande rättsfaktum? Svensk Juristtidning 2008, s 57-87.

Heidbrink, J. Avtals uppkomst – dags att se bortom avtalslagen? Svensk Juristtidning 2007, s 673-708.

Hellner, Jan, Hager, R. & Persson, Annina H. Speciell avtalsrätt II: kontraktsrätt. Allmänna ämnen. 4 uppl. Stockholm: Norstedts Juridik 2006.

Hellner, Jan. Metodproblem i rättsvetenskapen: studier i förmögenhetsrätt. Stockholm: Jure 2001.

Hellner, Jan. En kommentar till Stig Sohlbergs debattinlägg. Juridisk Tidsskrift 1993-94, s 660.

Hellner, Jan. Rättsteori: en introduktion. 2 uppl. Stockholm: Juristförlaget 1994.

Hellner, Jan. Lagstiftning inom förmögenhetsrätten: praktik, teori och teknik. Stockholm: Juristförlaget 1990.

Hellner, Jan. Standardavtal vid avtalsslutande. Tidsskrift utgiven av Juridiska Föreningen i Finland 1979, s 281-300.

Henning, Ronny. HD och plikterna att upplysa och undersöka. Juridisk Tidsskrift 2007-08, s 517-523.

Herre, Johnny. Rättsverkan av passivitet vid mottagande av avtalsbekräftelse. Juridisk Tidsskrift 2006-07, s 687-697.

Holm, Anders. Den avtalsgrundade lojalitetsplikten – en allmän rättsprincip? Linköpings universitet 2004.

Hov, Jo. Avtaleslutning og ugyldighet. Oslo: Papinian 1998.

Hultmark, Christina. Kontraktsbrott vid köp av aktie. Stockholm: Juristförlaget 1992.

Håstad, Torgny. Tjänster utan uppdrag: ersättning och behörighet vid s.k. negotiorum gestio. Stockholm: Norstedt 1973.

Håstad, Torgny. Reform av de nordiska avtalslagarna. Forhandlingerne på det 32. nordiske juristmøde i Reykjavik 1990: Del 1. Reykjavik 1990, s 247-283.

Håstad, Torgny. Den nya köprätten. 5 uppl. Uppsala: Iustus 2003.

Håstad, Torgny. Säljarens upplysningsplikt vid överlåtelse av fast egendom. Juridisk Tidsskrift 2007-08, s 44-46.

Kahn, Philippe. La vente commerciale internationale. Paris 1972.

Kihlman, Jon. Slutande av avtal genom förhandling. I festskrift till Lars Gorton, Lund: Juristförlaget 2007, s 247-259.

Kleineman, Jan. Avtalsbundenhet som avtalstolkingsproblem? Juridisk Tidsskrift 1992-93, s 523-529.

Kleineman, Jan. Skadeståndsgrundande uppträdande vid avtalsförhandlingar. Juridisk Tidsskrift 1991-92, s 125-140.

Knutsson, Anders. Om särskilda yttranden i HD. I festskrift till Bertil Bengtsson. Stockholm: Nerenius & Santéus 1993, s 271-283.

Krüger, Kai. "Closing"-forbehold ved kommersielle avtaleforhandlinger. Forsvar for en omstridt norsk høyesterettsdom Rt 1998 s 946. I festskrift till Lars Gorton, Lund: Juristförlaget 2007, s 261-280.

Krüger, Kai. Norsk kontraktsrett. Bergen: Alma Mater, cop. 1989.

Lando, Ole. Is Good Faith an Over-Arching General Clause in the Principles of European Contract Law? European Review of Private Law vol. 15 (2007), s 841-853.

Lando, Ole & Beale, Hugh (ed.) Principles of European Contract Law – Parts I and II. The Hague: Kluwer Law International, cop. 2000.

Lehrberg, Bert. Avtalstolkning: tolkning av avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område. 4 uppl. Uppsala: Institutet för bank- och affärsjuridik 2006.

Lindell-Frantz, Eva. Den legala acceptfristen – en analys med utgångspunkt i rättsfallet NJA 2004 s 862. I Flodgren, Gorton, Lindell-Frantz & Samuelsson (red.) Avtalslagen 90 år: aktuell nordisk rättspraxis. Stockholm: Norstedts Juridik 2005, s 73-94.

- Lundblad, Johannes.** När kan man återta ett offentligt erbjudande om aktieförvärv? – Lojalitetsprincipen vid offentliga erbjudanden i ljuset av Perstorp-fallet. *Juridisk Tidsskrift* 2003-04, s 327-340.
- Lynge Andersen, Lennart.** Aftaleloven med kommentarer. 4 rev. udg. København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2005.
- Martinson, Claes.** Kreditsäkerhet i fakturafordringar: en förmögenhetsrättslig studie. Uppsala: Iustus 2002.
- Martinson, Claes.** Säljarens upplysningsplikt – en fråga om att gå över ån efter vatten? *Juridisk Tidsskrift* 1992-93, s 436-455.
- Nehrman-Ehrenstråle, David.** Inledning til then swenska iurisprudentiam civilem. Lund 1729.
- Nicander, Hans.** Lojalitetsplikt före, under och efter avtalsförhållanden. *Juridisk Tidsskrift* 1995-96, s 31-49.
- Nystén-Haarala, Soili.** Lojalitetsprincipen både från domstolens och från rättsanvändarens perspektiv – kommentar med betoning på proaktiv avtalsverksamhet. I Flodgren, Gorton, Lindell-Frantz & Samuelsson (red.) *Avtalslagen 90 år: aktuell nordisk rättspraxis*. Stockholm: Norstedts Juridik 2005, s 437-445.
- von Post, Claes-Robert.** Studier kring 36 § avtalslagen med inriktning på rent kommersiella förhållanden. Stockholm: Jure 1999.
- Ramberg, Christina.** Inkorporering av standardavtal. *Juridisk tidsskrift* 2007-08, s 717-723.
- Ramberg, Christina.** The Hidden Secrets of Scandinavian Contract Law. *Scandinavian Studies in Law, Volume 50* 2007, s 249-255.
- Ramberg, Jan.** Standardavtal och avtalsinnehåll. I Flodgren, Gorton, Lindell-Frantz, Samuelsson (red.) *Avtalslagen 90 år: aktuell nordisk rättspraxis*. Stockholm: Norstedts Juridik 2005, s 447-452.
- Ramberg, Jan & Herre, Johnny.** Allmän köprätt. 4 uppl. Stockholm: Norstedts Juridik 2007.
- Ramberg, Jan & Herre, Johnny.** Internationella köplagen (CISG): en kommentar. 2 uppl. Stockholm: Norstedts Juridik 2004.
- Ramberg, Jan. & Ramberg, Christina.** Allmän avtalsrätt. 7 uppl. Stockholm: Norstedts Juridik 2007.
- Regnér, Emma.** Varför inte lojalitetsplikt? *Juridisk Tidsskrift* 2001-02, s 713-720.
- Ruotsi, Mikael.** Kan skiljeklausuler i kommersiella förhållanden vara oskäligen? *Juridisk Tidsskrift* 2007-08, s 167-173.
- Samuelsson, Joel.** Tolkning och utfyllning: undersökningar kring ett förmögenhetsrättsteoretiskt tema. Uppsala: Iustus 2008.
- Sandgren, Claes.** Utvecklingstendenser inom avtalsrätten. I Sandgren, C. (red.) *Utvecklingslinjer inom avtalsrätten*. Stockholm: Norstedts Juridik 1993.
- Sandvik, Bjørn.** Är detta avtalsbrott väsentligt? En analys av rättspraxis om artikel 25 i CISG. *Tidsskrift for Rettsvitenskap* 2006, s 222-267.
- Schmidt, Folke.** Bör de nordiska avtalslagarna revideras? Förhandlingarna vid det tjugofjärde Nordiska juristmötet i Stockholm 1966. Stockholm 1967, s 182-189.
- Sisula-Tulokas, Lena.** Datatransmissioner och risken för befodringsfel. I festskrift till Kurt Grönfors. Göteborg: Norstedts 1991, s 403-413.
- Sohlberg, Stig.** Ingående av avtal – Back to Basics. *Juridisk Tidsskrift* 1993-94, s 657-659.
- Stridbeck, Ulf.** Från kontrakt till social rättighet: en analys av förhållandet mellan eldistributör och abonnent. Lund: Lund Univ. Press 1992.
- Taxell, Lars Erik.** Avtal och rättsskydd. Åbo, 1972.
- Tørum, A. B.** Nordisk obligasjonsrett og dens betydning for norsk kontraktsrett. *Tidsskrift for Rettsvitenskap* 2007, s 563-578.

Udsen, Henrik. Uagtsomhed som aftalestiftende retsfaktum – et bidrag til den aftaleretlige forpligtelseslære. Tidsskrift for Rettsvitenskap 2006, s 104-152.

Vahlén, Lennart. Avtal och tolkning. Stockholm: Norstedt 1960.

Vahlén, Lennart. Om slutande av avtal. Lund: Studentlitteratur 1965.

Wilhelmsson, Thomas. Materiell bedömning av standardvillkors giltighet. I festskrift till Kurt Grönfors. Göteborg: Norstedts 1991, s 445-456.

Wilhelmsson, Thomas. Social civilrätt: om behovsorienterade element i kontraktsrättens allmänna läror. Helsinki: Lakimiesliiton kustannus 1987.

Woxholth, Geir. Avtaleinngåelse – i og utenfor avtaleloven. Oslo 1995.

Rättsfall

Danmark

U 1985 s 877

UfR 1989 s 435 H.

Finland

FKKO 1993:130

Norge

NRt 1987 s 1205

NRt 1992 s 110

NRt 1998 s 946

NRt 2005 s 268

Sverige

Högsta domstolen

NJA 1920 s 317

NJA 1922 s 389

NJA 1922 s 498

NJA 1944 s 174

NJA 1948 s 752

NJA 1957 s 239

NJA 1957 s 279

NJA 1958 s 186

NJA 1961 s 658

NJA 1962 s 270

NJA 1962 s 276

NJA 1963 s 105

NJA 1970 s 478

NJA 1977 s 25

NJA 1978 s 147

NJA 1979 s 483

NJA 1980 s 46

NJA 1981 s 711

NJA 1982 s 244
NJA 1986 s 495
NJA 1987 s 639
NJA 1990 s 745
NJA 1992 s 243
NJA 1992 s 290
NJA 1995 s 274
NJA 2004 s 862
NJA 2006 s 638
NJA 2007 s 86
NJA 2007 s 962

Högsta domstolens prövningstillstånd

PT T 3/08

Hovrätterna

RH 69:80

RH 163:81

RH 1986:60

RH 1991:56

Hovrätten för övre Norrlands dom den 29 november 2007 i mål nr T 51-07

Hovrätten för Västra Sveriges dom den 8 maj 2008 i mål nr T 1278-08