

INSTITUTET
FÖR RÄTTSVETENSKAPLIG FORSKNING

[XLIII]

HÖGSTA DOMSTOLENS KANSLI
BIBLIOTEKET

HJALMAR KARLGREN

PASSIVITET

STOCKHOLM

P. A. NORSTEDT & SÖNERS FÖRLAG

1965.
EX. 2.

KUNGL. MAJ:TS NEDRE
JUSTITIEREVISION
BOKSAMLINGEN

Civile.
a. Allm.

Ex. 2.

Juridikbok.se

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

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

Sammanfattningsvis innebär licensen följande:

Tillstånd för användaren att:

- Kopiera och vidare distribuera materialet oavsett medium eller format
- Bearbeta och bygga vidare på materialet

Villkoren för tillståndet är:

- Att användaren ger ett korrekt erkännande, anger en hyperlänk till licensen och anger om bearbetningar är gjorda av verket. Detta ska göras enligt god sed.
- Att användaren inte använder materialet för kommersiella ändamål.
- Att användaren inte tillämpar rättsliga begränsningar eller teknik som begränsar andras rätt att göra något som licensen tillåter.

Se även information på

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

INSTITUTET
FÖR RÄTTSVETENSKAPLIG FORSKNING

[XLII]

PASSIVITET

En köprättslig och allmänt avtalsrättslig
studie

AV

HJALMAR KARLGREN

STOCKHOLM
P. A. NORSTEDT & SÖNERS FÖRLAG

1965.

© *P. A. Norstedt & Söners förlag 1965*

Bok- & Reklamtryck AB, Sthlm. 1965

FÖRORD

Titeln å föreliggande arbete är såtillvida missvisande som i detsamma behandlas allenast frågan om passivitet vid avtals *slutande*, dock att avtalsbegreppet därvid tages i den vidsträckta bemärkelse att därmed avses även överenskommelser om ändring och upphörande av avtal (se s. 26).

På arbetet må icke ställas så höga anspråk som på en motsvarande akademisk avhandling. Bland annat har jag ej redovisat icke-nordisk doktrin och rättstillämpning i ämnet, vilket givetvis hade varit av värde. Orsaken är helt enkelt, att detta skulle ha medfört en betydande utvidgning av framställningen och att jag icke velat ägna mera tid och krafter åt förevarande uppgift än som — egentligen såsom ett led i mina köprättsliga studier — skett.

Utgångspunkten för undersökningen har varit svensk rättspraxis, i det jag i huvudsak inriktat mig på frågor, som i en eller annan form kommit upp eller berörts i sådan praxis från de senaste 75 åren. Därmed har jag för övrigt trott mig ernå en viss garanti för att framställningen skulle få önskvärd konkretisering och icke tyngas av onödigt teoretiserande.

Rättsfall och litteratur som publicerats efter utgången av år 1964 ha i regel icke kunnat beaktas.

Under en stor del av den rätt långa tid varunder jag varit sysselsatt med denna bok har jag för dess utarbetande — och för annan juridisk forskning — åtnjutit understöd från Institutet för rättsvetenskaplig forskning. Härför ber jag få framföra mitt vördsamma tack.

Jag tackar även min hustru för den mycket värdefulla hjälp hon givit mig vid avhandlingens tillkomst.

Stockholm i augusti 1965

Hjalmar Karlgren

INNEHÅLL

Kap. I	Inledning och några allmänna synpunkter m. m.	7
Kap. II	Passivitetsverkan enligt 60 § köplagen . .	27
Kap. III	Passivitetsverkan enligt 6 § andra stycket avtalslagen	39
Kap. IV	Passivitetsverkan enligt 4 § andra stycket avtalslagen	81
Kap. V	Passivitetsverkan enligt 9 § avtalslagen . .	84
Kap. VI	Passivitetsverkan enligt 79 och 89 §§ samt 80 § kommissionslagen	93
Kap. VII	Regler om passivitetsverkan i form av ogil- tighet av "angriplighets" natur . . .	108
Kap. VIII	Passivitetsverkan enligt 82 och 90 §§ kom- missionslagen	133
Kap. IX	Objektiv passivitetsverkan i andra än lag- reglerade fall	187

KAP. I
INLEDNING OCH NÅGRA ALLMÄNNA
SYNPUNKTER M. M.

I snart sagt varje juridisk lärobok eller handbok uttalas, att en privaträttslig viljeförklaring principiellt icke behöver, för att medföra avsedd rättsverkan, vara uttrycklig. Även en »konkludent» förklaring är tillfyllest. Det brukar också tilläggas, att t. o. m. kontrahents passivitet kan vara tillräcklig för ändamålet. Ett anbud kan accepteras tyst, om av de föreliggande förhållandena framgår, att anbudstagarens tystnad utvisar en vilja att antaga anbudet. Och även eljest förekommer det, vid avtalsslut liksom i andra sammanhang, att passivitet bör med hänsyn till omständigheterna tolkas som en viljeförklaring.

Men vidare framhålles i doktrinen — i synnerhet nyare doktrin — att även om en kontrahent icke i det särskilda fallet kan sägas ha givit uttryck för en acceptvilja eller annan juridiskt relevant vilja, passivitet kan ha samma verkan som en viljeförklaring. Understundom tillerkänner nämligen *rättsordningen* passiviteten samma effekt som om vederbörande, uttryckligt eller konkludent, slutit avtal eller företagit något annat rättsärende. Rättsordningen ålägger under vissa betingelser en kontrahent att säga ifrån — utan oskäligt uppehåll eller inom en annorledes bestämd frist — att han icke vill vara bunden av visst avtal eller visst rättsärende i övrigt; gör han det icke, blir han bunden alldeles oavsett om man in casu har fog för att ur passiviteten utläsa ett hans samtycke. Man talar här om »svarsplikt» eller »upplysningsplikt» för anbudstagaren eller den kontrahent varom eljest må vara fråga. Det rör sig då om en »objektiv» eller »legal» rättsverkan, varvid uttrycket legal fattas så vidsträckt, att det omfattar icke blott en genom stadgande i lag utan även

en genom rättspraxis fastslagen rättsverkan. Motivet för denna rättsverkan kan sedan vara av skiftande beskaffenhet. Det kan vara hänsyn till att bundenheten får anses överensstämma med vad kontrahenter i allt fall genomsnittligt sett kunna antagas åsyfta, låt vara att det som sagt icke ankommer på vad just den ifrågavarande kontrahenten uttryckt som sin avsikt eller önskan. Men ofta äro avgörande andra och än mera objektivt betonade hänsyn.

Båda dessa former av passivitetsverkan, den som grundas på att det föreligger en tyst viljeförklaring och den objektiva eller legala, utgöra helt naturligt undantag. Allmänt erkänt är sålunda, att vid avtalsslut — och det är passivitetsens betydelse blott i detta sammanhang, som är föremål för den följande framställningen — huvudregeln måste vara, att den som tiger *icke* samtycker. Härvid inverkar ej, att en kontrahent på förhand förklarat sig anse medkontrahentens tystnad liktydig med godkännande.¹ Men undantagen äro många, och det föreligger sedan rätt lång tid tillbaka en tendens att på förevarande område tillerkänna passiviteten ökat inflytande, närmast då i form av objektiv passivitetsverkan. Åtskilliga författare — i Norge bl. a. *Arnholm* och *Knoph*, i Sverige *Cervin*² — ha närmare påvisat denna tendens. I all-

¹ Annorlunda naturligtvis vid avtal mellan kontrahenter om att passivitet framdeles skall, under en angiven betingelse, ha den eller den rättsverkan. Ty då är det detta avtal, detta positiva rättsfaktum, som förlämnar passiviteten relevans. — Att en sådan förklaring som i texten sägs i allmänhet är bindande för dess *avgivare*, är också en annan sak.

² *Arnholm*, Passivitetsvirkninger, 1932; *Knoph*, Rettslige standarder, 1939; *Cervin*, Om passivitet inom civilrätten, 1960. Se härom SvJT 1933 s. 42 och 1940 s. 527 samt TfR 1961 s. 326. Ämnet behandlas vidare av Arnholm i hans nyligen utgivna arbete »Privatrett», Bd I (Allmindelig privatrett), §§ 23—25. Förf. framför här anslående och värdefulla allmänna synpunkter på passivitetspörmålet och ger tillika med stöd av norsk rättspraxis en rad exempel på passivitetsverknningar inom olika områden av privaträtten. Arnholms framställning är nämligen icke, lika litet som Knophs och Cervins, begränsad till att gälla läget vid avtalsslut.

Åtskilliga svenska passivitetsrättsfall, dock långt ifrån alla, omnäm-

mänhet är man också, vilket synes vara rimligt nog, inom doktrinen sympatiskt inställd till tendensen. Det råder relativ enighet om att en skärpning av svarsplikt eller upplysningsplikt i avtalsförhållanden — även på det tidiga stadium, då ett avtal ännu icke kommit till stånd — ligger i linje med »utvecklingen» inom rättslivet.

Då man emellertid kommer till spørsmålet *i vilka fall* passiviteten enligt gällande rätt har förevarande betydelse, är det merendels — såvitt ej klara lagbud därvid äro att tillgå — svårt att få upplysande svar. Man får oftast nöja sig med allmänna uttalanden om att kontrahenter ådraga sig ansvar genom passivitet, när densamma med hänsyn till förhållandena framstår som vilseledande eller eljest otillbörlig eller när det kan anses strida mot tro och heder, god sed i affärsförhållanden o. s. v. att tåga i stället för att tala.³ Dylika fraser ha enligt min mening föga värde. De kunna skänka domstolarna viss rörelsefrihet, som dessa givetvis äro belåtna med, men de ge icke mycket insikt i ämnet. I litteraturen förekomma visserligen vid sidan därav en del andra, ej fullt så allmänna anvisningar om i vilka lägen passivitetsverkan bör erkännas. Det framhålles bl. a., *att* ett bestående affärsförhållande mellan kontrahenterna är av stor betydelse, *att* en uppfordran till andra parten att ge besked kan böra läggas till grund för den senares svarsplikt, *samt att* den omständigheten att en kontrahents anbud framkallats av anbudstagaren kan vara ägnad att ådraga denne sådan plikt. Men även dylika uttalanden har man, när allt kommer omkring, icke så stor glädje av. För resten äro de ej alltid hållbara.

Vad som skall behandlas i det följande är huvudsakligen fall av objektiv eller legal passivitetsverkan, alltså icke de nas, i regel utan närmare kommentarer, av Cervin. För vissa danska rättsfall inom skilda delar av rättssystemet redogöres i en uppsats av C. Bang i UfR 1944 B s. 101.

³ Jfr t.ex. Ussing, Aftaler, 3 uppl. 1950, s. 398. Typisk vidare, för icke-nordisk och särskilt tysk rätts del, Enneccerus-Nipperdey, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, I:2, 14 uppl. 1955, § 153, III, s. 644 (med hänvisningar).

fall då på grund av förhållandena in casu en kontrahents passivitet kan anses giva uttryck åt hans acceptvilja eller annan avtalsvilja. En svårighet möter dock här. Gränsen mellan de fall där passiviteten verkar som viljeförklaring och de fall där den utövar objektiv eller legal effekt är ofta, särskilt med utgångspunkt från bedömningen i rättspraxis, vag. Domstolarna ha rent av benägenhet att vilja utsudda denna gräns. De ha intet intresse av att hålla rågången klar. Det innebär för dem en fördel att kunna med begagnande av sådana uttryck som att en kontrahent genom sin passivitet »måste anses» ha avgivit det eller det godkännandet, gillat den eller den åtgärden etc. komma fram till att avtalsbundenhet ålägges honom — utan att ge besked om huruvida detta »anses» grundat på vad i det särskilda fallet blivit utrett om partens inställning eller på att kontrahenter i det förhandenvarande typläget ha, oberoende av vad som kan utredas om deras avtalsvilja, på grund av rättsordningens åläggande en aktivitetsförpliktelse. Att hålla sig till en »tolkning» av anmärkta art ter sig säkrare än att arbeta med en objektiv passivitetsregel. Det är samma fenomen som att domstolar i regel ha större sympati för att redovisa ett ställningstagande i en skadestandsfråga genom utnyttjande av den ofta diffusa rättsfiguren »culpa» än genom att angiva konkreta fakta, till vilka skadeståndspåföljd eller uteblivande av sådan anknyter.

Passiviteten såsom viljeförklaring in casu lämnas alltså nedan i stort sett åsido. Några få anmärkningar i ämnet må dock göras. Helt allmänt kan sägas — det är för resten redan förutsatt med talet om passivitetsverkan på grund av vad som i det särskilda fallet kommit till uttryck — att dylik passivitet sällan eller aldrig blir ensam utslagsgivande. Den spelar helt visst en avsevärd roll men nästan alltid blott såsom förstärkande faktor. Domstolarna grunda sin tolkning^{3a}

^{3a} För säkerhets skull må understrykas att, när här och i andra sammanhang talas om att passiviteten in casu är uttryck för viss vilja hos en kontrahent, det såsom vid tolkning i allmänhet icke kräves mera än att passiviteten med fog bör så uppfattas. Jfr SvJT 1933 s. 47.

på såväl positiva faktorer som passivitet. Att (utan stöd av en objektiv passivitetsregel) anse accept avgiven eller annan avtalsbundenhet uppkommen *enbart* med hjälp av slutsatser som kunna dragas av att en kontrahent förhållit sig passiv skulle helt visst befinnas ganska vågsamt. Därtill är passiviteten ett alltför osäkert uttrycksmedel. Först i för-
 ening med åtminstone någon ytterligare positiv faktor utlöser passiviteten sin ifrågavarande verkan. Det vanligaste är t. o. m., att denna faktor utgöres av just ett från den kontrahent vars bindenhet det gäller härrörande positivt beteende av ett eller annat slag. Men undantag härifrån äro icke sällsynta. Det positiva kan ligga blott i situationens särskilda beskaffenhet, så att en kontrahent blir »tyst» bunden utan att å *hans* sida något positivt moment behöver vara förhanden.

Här må fästas uppmärksamheten på ett par grupper av fall, där stort utrymme finnes för passivitetsverkan i anledning av en kontrahents in casu ådagalagda avtals- eller rätts-handlingsvilja.⁴

Den första omfattar de fall, då fråga är om eftergift av rätt, avstående av anspråk e. d. Den som vill åstadkomma den rättsförändring, som en eftergift eller ett avstående med-

⁴ Såsom en ytterligare grupp skulle kunna upptagas de icke ovanliga fall, då passivitetens rättsverkan grundar sig på att man av den handlandes aktivitet i visst hänseende, t. ex. invändningar mot ett av andra parten framfört förslag, motsättningsvis kan draga slutsatser från hans tystnad i ett annat. Jfr NJA 1900 s. 510, 1936 s. 584. Särskilt vid avtal inter praesentes kan dylik passivitet lätt tolkas såsom godkännande eller eljest vara en »talande tystnad». — I förbigående må varnas för att av en parts underlåtenhet att göra gällande viss rättsverkan av ett felaktigt rättsärende (såsom hävning eller återgång av avtalet) sluta sig till att han avstått även från en annan och mildare (t. ex. skadeståndsrätt), se emellertid undantagsvis NJA 1917 s. 323.

Än vidare säger det sig självt att, om en viljeförklaring är ytterligt förmånlig för andra parten — den har i sina huvuddrag benefik karaktär — benägenheten att anse den tyst accepterad av denna part måste bli stor. Gränsen till objektiv passivitetsverkan är då icke heller långt borta. Men här kommer man t. o. m. lätt över till en regel om att överhuvud ingen accept är erforderlig, jfr *Arnholm*, Passivitetsvirkningar, s. 10 not 2.

för, har ofta ingen anledning att rikta ett meddelande där-
om till andra parten. Han uppnår vad han eftersträvar ge-
nom att blott låta det nu existerande faktiska läget bestå.
Det är därför naturligt, att ett påstående om att kontrahen-
ten genom sin passivitet visat sig godtaga rättsförändringen
här har större bärkraft än eljest. Behovet att taga fasta på
passiviteten som viljeförklaring i eftergiftshänseende är ock-
så påtagligt, när en positiv viljeyttring ofta icke eller icke
inom rimlig tid är att förvänta. I själva verket kan det kan-
ske göras gällande, att hela begreppet viljeförklaring i nu
åsyftade situation väsentligt avviker från det annars veder-
tagna, en sak som det dock icke är möjligt att här ingå på.

Såsom exempel på hithörande passivitetsrättsfall må först näm-
nas:

NJA 1961 s. 26: En panthavares (B:s) i och för sig obehöriga
återpantsättning av fastighetsinteckning ansågs icke medföra ska-
deståndsrätt för den ursprunglige pantsättaren (A) med hänsyn
till viss passivitet å dennes sida: A hade efter det återpansätt-
ningen kommit till hans kännedom icke förrän under rättegången,
ehuru med hans ståndpunkt anledning därtill uppenbarligen före-
legat, givit B till känna, att hans rätt genom åtgärden trätts för
nära. För att i detta fall återpansättningen blivit av A i en eller
annan form godtagen talade givetvis, att erfarenhetsmässigt ett så-
dant ingrepp i en pantsättares rätt som det ifrågavarande plägar
möta protest, om ej ingreppet av något skäl funnits böra godta-
gas⁵; i allt fall kunde, såsom antydde i HD-domen, B av passivi-
teten ha dragit en slutsats om att A icke motsatte sig förfogandet.
Passiviteten var dock icke den enda utslagsgivande faktorn i må-
let, om än kanske en dominerande sådan.

Liknande synpunkter till stöd för passivitetsverkan kunna an-
föras, när fråga är huruvida ett kontinuerligt intrång i någons
rätt kan försvaras under hänvisning till att den berättigade tyst
gått med på intrånget. Någon gång kan passivitetsverkan inträda
t. o. m. när intrånget icke helt godtagits men den berättigade nöjt
sig med viss lindrig reaktion mot detsamma. Ett exempel utgör
rättsfallet *NJA 1925 s. 348*, där tvisten gällde huruvida åverkan

⁵ Se i detta hänseende även *NJA 1936 s. 334*: Fråga huruvida jordägare
skulle anses ha medgivit att utan ersättning tåla intrång å sin mark
av elektrisk högspänningsledning, som framdragits utan att expropria-
tionstillstånd meddelats. I samma riktning *NJA 1913 s. 509*.

enligt 24 kap. 8 § strafflagen i dess äldre lydelse utgjorde grund för nyttjanderätts förverkande. Svaret blev nekande till följd av att nyttjanderättshavaren, så länge jordägaren ej givit till känna att han ville ingripa allvarligare mot honom än som skett, kunnat med fog utgå från att intrånget, som varat under en följd av år, ej skulle för honom medföra sagda påföljd. Av intresse är här det starka pointerandet av att passiviteten icke grundade en bestående rättsförändring utan verkade allenast så länge den bestod. Ändrar den berättigade ståndpunkt och klargör för andra parten, att han numera vill hålla på sin rätt, undanryckas förutsättningarna för omförmälda passivitetsverkan.⁶

Problemställningen är likartad, då i »fortlöpande» rättsförhållanden (arrende, hyra, undantagskontrakt, bolag etc.) en kontrahent visserligen icke passivt funnit sig i så påtagliga och starka ingrepp i hans rätt som nu berörts men dock under längre tid underlåtit att utkräva sina rättigheter. Här kunde man t. o. m. tänka sig en objektiv passivitetsregel, i det att den berättigade borde till skydd för godtroende motpart anses ha förverkat sina rättsanspråk beträffande vad han försummat att tidigare utkräva. Rättspraxis ger dock i det hela icke belägg för en så långtgående passivitetsgrundsats, även om dess framtida erkännande, såsom antydes i ett auktoritativt lagrådsuttalande, ingalunda kan sägas vara uteslutet.⁷ Men med stöd av särskilda omständigheter äro domstolarna i förekommande fall beredda att tolkningsvis, alltså i viljeförklaringshänseende, tillerkänna passiviteten relevans. Be-

⁶ Se t. ex. NJA 1920 s. 113. Jfr ock det av *Rodhe* i SvJT 1961 s. 274 omnämnda arbetsrättsliga rättsfallet AD 1954 nr 37. Ett murarlag, som enligt avtalsstridig praxis icke arbetat lördagar, kunde ej åläggas skadestånd härför, då arbetsledningen icke otvetydigt underrättat lagets medlemmar om att denna praxis ej längre skulle tolereras.

⁷ På hyresrättens område har i en rad rättsfall — för vilka redogöres hos *Lejman*, Rättsförhållandet mellan hyresvärd och hyresgäst, 1951, s. 162 ff — intagits en klart »passivitetsvänlig» hållning. Bl. a. har rätt till hyresnedsättning ansetts gå förlorad för tid innan hyresgästen påkallat avhjälpande av brist i lägenheten eller hos hyresvärden hävdatt rätt till hyresavdrag, NJA 1916 s. 148, 1917 s. 331, 1928 s. 70, jfr ock SvJT 1927 rf. s. 53 (i princip icke avvikande NJA 1936 s. 431, 1940 s. 98, 1946 s. 146). Förevarande praxis torde emellertid enklast kunna förklaras, om den ses mot bakgrunden av bestämmelserna i 3 kap. 11 och 16 §§ nyttjanderättslagen, där för hyresgästs rätt att på hyresvärdens bekostnad avhjälpa brist i lägenheten ävensom bortsett från visst fall för hans uppsägningsrätt ställes villkoret, att tillsägelse till hyresvärden först skett. Det blir med andra ord fråga om analog tillämpning av en

lysande är därvidlag viss judikatur avseende undantagskontrakt. Ovillighet att i princip acceptera förverkandepåföljd kommer klart till uttryck i rättsfallen *NJA 1907 s. 283* och *1910 s. 282*. Men i andra rättsfall framträder benägenhet att i allt fall med beaktande av särskilda på eftergiftsvilja tydande omständigheter låta passiviteten föranleda ifrågavarande rättsförlust för förfluten tid. Se sålunda *NJA 1921 s. 228*, *1926 s. 418* och *1939 s. 579*.

Ett passivitetsrättsfall av annan typ är *NJA 1949 s. 444*: Skriftligt arrendeavtal (lägenhetsarrende) blev, trots att upplåtaren icke hade äganderätt till området, gällande mot de rätta ägarna därav på grund av att dessa med hänsyn till den långa tid arrendekontraktet opåtalat tillämpats måste antagas ha ägt kännedom om kontraktet och godkänt såväl detta som viss senare av arrendatorn gjord överlåtelse av arrenderätten. Här ser det verkliga ut, som om slutsatsen rörande godkännandet byggde enbart på den förelupna passiviteten. Denna var ock av extrem längd. Se även *NJA 1955 s. 280*: Bundenhet, som följd av mycket lång tids passivitet, av åborättsinnehavares överlåtelse av med sådan rätt innehaft område. — Härmed stämmer icke särdeles väl ställningstagandet i *NJA 1951 s. 468* (tungt vägande dissens av jr. Walin). Sedan en fader, vilken jämte sina barn, bland dem några omyndiga, ägde en fastighet, sålt denna utan de myndiga barnens samtycke och utan rättens tillstånd, uppkommer fråga huruvida barnen, numera alla myndiga, skola anses ha godkänt köpet ge-

speciell hyresrättslig (objektiv) passivitetsregel. Så synes visserligen lagrådet vid tillkomsten av 1939 års ändringar i hyreslagstiftningen icke ha uppfattat saken. Man motsatte sig ett då föreslaget stadgande som skulle lagfästa berörda rättspraxis, under motivering att det samma »grundar sig på rättsprinciper av betydelse långt utöver hyresavtalets område och lätt kunde föranleda den felaktiga slutsatsen, att en motsvarande regel ej äger tillämpning beträffande andra likartade förhållanden, t.ex. arrende» (*NJA II 1939 s. 567*, jfr *NJA 1946 s. 143*, *1961 s. 677*). Lagrådet synes alltså ha räknat med en objektiv passivitetsregel rörande förverkande av rätt för förfluten tid i fortlöpande rättsförhållanden, en regel som skulle gälla även utan stöd av speciella lagbud.

Ytterligare hyresrättsliga rättsfall av intresse för ämnet äro *NJA 1947 s. 121* (hyresvärdns underlåtenhet att lämna besked i anledning av hyresgästs begäran att få till annan överlåta lägenheten tolkades efter det överlåtelse skett, på grund av omständigheterna, som godkännande av denna), *NJA 1960 s. 619* (tyst avstående från utfäst hyresrätt) och *SvJT 1961 rf. s. 1* (tyst förlängning av benefikt hyresförhållande).

nom underlåtenhet under lång tid att vidtaga någon åtgärd till bevarande av sin rätt till fastigheten. Förmodligen sammanhängande motviljan mot att i detta fall anse tyst godkännande föreligga med att formkravet vid fastighetsköp tänktes på något sätt stå hindrande i vägen⁸ eller dock föranleda restriktivitet vid beaktandet av passivitetshänsyn; se vidare nedan kap. 7 not 8.

För bolagsrättens och föreningsrättens del kan antecknas rättsfallet *NJA 1939 s. 449*, där visserligen passivitetsverkan avvisades — den omständigheten att en bolagsman underlåtit betala sin insats och i övrigt förhållit sig passiv »under jämförelsevis lång tid» (rubriken) hindrade icke, att han ägde göra gällande att bolaget alltjämt bestod — men avgörandet säkerligen icke innebar, att ej en mera prononcerad och icke av särskilda skäl förestavad passivitet skulle lett till en motsatt bedömning (hovrätten konstruerade tyst avstående från den berörde bolagsmannens sida). — I rättsfallet *NJA 1958 s. 438* åter intog HD en uppseendeväckande restriktiv hållning till passivitetsgrundsatsen vid avgörandet av huruvida en ideell förenings medlemmar, som genom bestämmelser i stadgarna (efter stadgeändring) förklarats skola omedelbart vara anslutna till en annan förening utgörande en sektion av den förra, vore att anse som medlemmar i sistnämnda förening. De ifrågavarande medlemmarnas passivitet efter erhållnen kunskap om kollektivanslutningen tillmättes ej relevans, trots att förutsättningar här kunde ha förelegat att tolka denna passivitet såsom tyst accepterande av medlemskap i sektionsföreningen (se *Nial* i *SvJT* 1960 s. 501 f; jfr även *AD* 1955 nr 18). Det torde ha varit hänsynen till att enskilda föreningsmedlemmar ha starkt behov av skydd mot eventuella övergrepp från den organisation de för sin näringsutövnings skull kunna finna sig tvungna att tillhöra, som föranledde att kravet på viljeförklaring som betingelse för inträde i en ideell förening här med sådan skärpa upprätthölls.

Även vissa familjerättsliga rättsfall äro av intresse i förevarande hänseende. I *NJA 1935 s. 613* ogillades yrkande av make som vun-

⁸ Så *Vahlén*, *Avtal och tolkning*, 1960, s. 86 f. Emellertid hade ifrågavarande överlåtelse knappast företagits formlöst av de kontrahenter, på vilkas godkännande det här ankom. Överlåtaren torde låt vara obehörigt ha handlat å de senares vägnar, varför överlåtelsen icke var behäftad med formfel. (Rättsfallet blir mera begripligt, om — ehuru i allmänhet bristande behörighet vid formbundet rättsärende kan botas formlöst — man med stöd av analogi från 10 kap. 1 § JB ansett icke blott själva överlåtandet utan även godkännandet därav underkastat formkrav.)

nit äktenskapsskillnad att ur dödsboet efter andra maken utfå sin giftorätt under återopande av, bl. a., att den förre medan den senare levde icke framställt anspråk på delaktighet i vederbörande tillgångar. I *NJA 1937 s. 180* grundades ett antagande, att make med bindande verkan för sig och sina arvingar eftergivit sin rätt i det gemensamma boet, främst på hans passivitet beträffande hävdandet av anspråk på delaktighet däri. I båda dessa rättsfall var passiviteten, liksom i ovan anmärkta rättsfall *NJA 1949 s. 444*, exorbitant. Och i *NJA 1944 s. 429* lämnades yrkande av X, vilken under flera år underhållit sin fader, att av syskon utfå bidrag för kostnad som han härför fått vidkännas utan bifall såvitt angick tid som förflutit innan han framställde anspråk på sådant bidrag, enär X med hänsyn bl. a. till längden av denna tid ansågs ha åtnöjt sig med att därunder ensam svara för underhållet (se även *NJA 1909 s. 551* men å andra sidan *NJA 1937 s. 524*). Jfr vidare *SvJT 1952 s. 205*: Underlåtenhet att utkräva underhållsbidrag under tolv års tid återopades till stöd för en starkt begränsande tolkning av visst underhållsavtal. Men en dom på utgivande av underhållsbidrag, i mål om äktenskapsskillnad, förlorar sällan sin verkan på grund av en än så långvarig passivitet, *NJA 1959 s. 471*. I sammanhanget kan medtagas ett rättsfall avseende underhållsbidrag av annan än familjerättslig art, *NJA 1942 s. 596*: Sedan X skriftligen utfäst sig att lämna Y ett periodiskt understöd för vetenskaplig verksamhet och under en tid fullgjort detta åtagande, har X meddelat Y att han skulle upphöra med vidare betalningar och även upphört därmed. Y, som lämnade meddelandet obesvarat och ej heller mot X vidtog någon åtgärd för att göra sitt anspråk gällande, ansågs likväl efter X:s fränfälle berättigad att utfå understödet av hans dödsbo. Motiveringen var emellertid hänsyn till den jämförelsevis korta tid som förflutit och till att X i skrivelsen begärt skriftlig bekräftelse av Y (beträffande sistnämnda omständighet jfr nedan s. 186). Till sist kan nämnas adoptionsrättsfallet *NJA 1938 s. 494*: Lång tids passivitet å moders sida har, så torde man få tolka avgörandet^{8a}, funnits kunna ersätta hennes samtycke till adoptionen; det förelåg alltså ett slags tyst medgivande till densamma.⁹

Ett uppmärksammat köprättsligt rättsfall, där dock det befo-

^{8a} *Welamson*, Domvillobesvär av tredje man, 1956, s. 172.

⁹ Angående *NJA 1961 s. 183* (tyst godkännande av testamente?) se *Beckman* i *SvJT 1962 s. 625*.

Från ett passivitetsrättsfall på arvsskatterättens område, *NJA 1959 s. 488*, med en både civilrättsligt och skatterättsligt besynnerlig motivering för HD-beslutet, kan här bortses.

gade i att laborera med en på passivitet grundad tyst eftergift synes omtvistligt, är

NJA 1924 s. 579: Efter det köpare av vara, som skulle levereras inom viss tid, under åberopande av ekonomiska svårigheter anhållit att få häva köpet, har säljaren varken svarat på framställningen eller vidtagit några åtgärder för leveransens fullgörande. Vid sådant förhållande har köparen, i mål där säljaren efter prisfall å varan krävde skadestånd motsvarande prisskillnaden, funnits äga betrakta köpet såsom återgången. — Domen strider mot vad som in dubio får anses gälla enligt köplagen. Verkan av en säljarens tystnad av förevarande slag bör visserligen bli, att han går miste om rätten att kräva avtalets fullgörande och måste finna sig i en därav betingad begränsning av sin skadeståndsrätt (se *Almén*s kommentar till köplagen § 31 vid not 5 ff; om tillämpning av grunderna för denna passivitetsregel även på fastighetsköpets område, visserligen med motsatt påföljd, hävningsrättens förlust, när köparna fått besittning av egendomen, se *NJA 1953 s. 570*, överinstansernas motivering). Men att hela avtalet skulle förfalla och säljaren således berövas all skadeståndsrätt till följd av sin passivitet är ej stadgat i nämnda lag och plägar ej heller antagas. Utgången måste alltså berott på att passiviteten på grund av omständigheterna i det särskilda fallet tillades innebörden, att avtalet tyst återgått. Skälen för HD:s ställningstagande, som ej var enhälligt, framgå icke klart av domen.¹⁰ Sannolikt var dock tanken den, att det måste ha legat, eller för köparen syntts ligga, i säljarens eget intresse att icke söka av den insolvente köparen utfå ett skadestånd, helst som skadan varken till sin existens eller till sin storlek kunde påräknas bliva ostridig. — Ett äldre, likaledes kanske diskutabelt passivitetsrättsfall på området är *NJA 1908 s. 501*: Väl hade köparen förklarat sig komma att göra säljaren ansvarig för förlust genom ifrågavarande kontraktsbrott, men under sin fortsatta affärsförbindelse med denne, även sedan han bort kunna beräkna omfattningen av förlusten, hade han icke (före rättegången) framställt skadeståndsanspråk.

Som en särskild grupp av nu avsedda fall av passivitetsverkan — där det alltså på grund av omständigheterna från en kontrahents passivitet härledes en hans konkludenta vil-

¹⁰ Vad åsyftades med talet om säljarens underlåtenhet att vidtaga åtgärder för leveransens fullföljande? Tänktes här enbart på för köparen uppfattbara åtgärder? Eller ansågs det vara av betydelse vilken inställning säljaren, enligt vad av hans »interna» handlande kunde utläsas, i verkligheten hade?

jeförklaring (av eftergifts- eller annan natur) — kunna vidare uppfattas de fall, då kontrahenten förut låtit tyst mot sig gälla ett (av honom själv eller i hans namn företaget) handlande, som icke i och för sig är av beskaffenhet att utgöra ett bindande avtal eller rättsärende i övrigt. Kontrahenten ålägges alltså som följd av sin tidigare passivitet bundenhet med utgångspunkt från att hans nuvarande inställning får antagas överensstämma med hans förutvarande, såvida han icke nu reagerar mot den ifrågavarande bundenheten.¹¹ Så logiskt är detta visserligen icke. Av det förhållandet att någon tidigare godtagit ett handlande som ej är rättsligt giltigt följer uppenbarligen icke, att han är sinnad att göra det även nu. Det passiva godkännandet, avstående från att hävda obundenhet, verkar så att säga utöver sitt eget innehåll, jämväl för framtiden. Men att domstolarna ofta förfara på detta sätt och att det praktiskt kan vara försvarligt att så förfara lär icke kunna bestridas. Det är över huvud en inom rättsskipningen utbredd tendens, att tidigare mellan samma parter förekommande praxis lägges till grund eller dock i väsentlig mån tages till hjälp vid bedömningen av ett nytt mellanhavande.¹² Särskilt markant möter tendensen, när fråga är om giltigheten av avtal slutna av parts fullmäktig eller annan representant. En i och för sig obehörig representants handlande kan taga åt sig giltighet därför att huvudmannen förut vid upprepade tillfällen tolererat dylikt representant-handlande och icke heller nu rest någon gensaga mot det samma (toleransfullmakt).¹³ Övergången till ställningsfull-

¹¹ Jfr ovan kommentaren till rättsfallet NJA 1925 s. 348.

¹² Se t.ex. NJA 1933 s. 260 (med stöd av hur tidigare vid ingående av fraktavtal förfarits ansågs tyst godkännande av negligenceklausul, såsom ingående i avtalet, meddelat) samt 1947 s. 54 (oavsett huruvida kontraktet rätteligen bort tolkas på visst sätt hade det icke av parterna så tillämpats). Märk ytterligare, för arbetsrättens del, de i *Schmidt*, Kollektiv arbetsrätt, 4 uppl. s. 134 anmärkta rättsfallen angående verkan av att en klausul i ett kollektivavtal under längre tid tillämpats på visst sätt ävensom AD 1963 nr 32.

¹³ Ämnet behandlas ingående i *Grönfors*, Ställningsfullmakt och bulvanskap, 1961, s. 338 ff. En markant tillämpning av toleransfullmakts-

makt, där behörigheten är legalt förankrad, är också ofta flytande. Den angivna tendensen — som även och i än högre grad torde ha betydelse när det icke gäller avtalsslut utan tolkning av ostridigt giltigt ingångna avtal — är t. o. m. så allmänt praktiserad,¹⁴ att tvekan kan råda huruvida man icke här har att göra med en regel om objektiv passivitetsverkan. Att hävda detta skulle väl dock innebära en överdrift. I flertalet sammanhang fordras nog även här någon

principen möter i (det av Grönfors blott i förbigående omnämnda) plenimålet

NJA 1898 s. 543: A yrkade att av B erhålla betalning för ett till denne levererat parti korn. B medgav, att A till honom översänt varan jämte faktura därå, men bestred kravet på den grund att han köpt varan icke av A utan av C, en stadsmäklare, till vilken han ock (i tiden efter det han från A mottagit varan och fakturan) erlagt betalning. Överinstanserna ogillade A:s talan men icke, såsom i det analoga rättsfallet *NJA 1897 s. 263*, allenast under åberopande av att köpeavtalet slutits med C utan tillika på den grund att likvid för föregående, under enahanda förhållanden av A till B gjorda spannmålsleveranser blivit erlagd till C, vilken, såsom A medgivit, haft hans förtroende att uppbära dylika likvider. — Med hänsyn till C:s egenskap av stadsmäklare kunde icke gärna varit fråga om ställningsfullmakt. Avgörande blev fastmera att betalning upprepade gånger, utan anmärkning från A:s sida, erlagts till den i och för sig obehörige C. Se om rättsfallet ytterligare nedan kap. 9 not 24.

Särskilt inbjudande till att godtaga toleransfullmakt kan det kanske sägas vara, om den utan behörighet handlande och den företrädde stå i ett samäganderätts- eller liknande rättsförhållande till varandra, jfr i dansk rättspraxis UfR 1924 s. 225 och 1939 s. 334, varom *Bang a.a. s. 118 f.*

¹⁴ Det torde likväl innefatta en obehörig uttjänjning av skildrade rättsprincip, om den tillämpas även i följande fall: A har vid ett flertal tillfällen från B mottagit en vara, som han icke beställt, men har ej gjort någon invändning om frånvaron av beställning utan behållit varan och i sinom tid erlagt betalning för densamma. Nu kommer på nytt från B en obeställd vara och A reagerar icke inom skäligen tid men motsätter sig så småningom betalningsskyldighet och ställer varan till B:s förfogande. Här torde som sagt A icke böra bli bunden genom sin passivitet. Ej heller lär en person (A), som flera gånger utfört ett visst slags uppdrag åt annan (B) utan att först acceptera uppdragsavtalet (d.v.s. meddela att han skall ombesörja saken), ådraga sig syssломannaansvar, därest han utan att varsko B låter ett nytt upp-

ytterligare faktor för att domstolarna skola acceptera passivitetseffekt på nämnda grund. Man kan helt visst tala om ett inslag av objektiv passivitetsverkan men knappast om mera.

drag från denne, som han icke åtagit sig, bli utförbart, se emellertid för vissa fall nedan i texten anmärkta 5 § kommissionslagen. Den ansvarsgrundande faktorn i det föregående händelseförloppet är nämligen icke A:s underlåtenhet att reagera mot att en obeställd vara överlämnats till honom eller mot att uppdrag givits honom fastän han icke åtagit sig saken utan att A betalat varan resp. utfört uppdraget och därmed positivt tillträtt köpe- resp. uppdragsavtalet. Men någon sådan positiv ansvarsgrundande faktor kan B i de fall som nu diskuteras icke åberopa.

Mot det sagda kunde utgången i hovrättsavgörandet *SoJT 1923 rf. s. 73* synas strida. Ett försäkringsavtal blev två gånger förnyat i den ordningen att, sedan försäkringsbolaget till försäkringstagaren översänt försäkringsbrev, denne erlade premierna enligt brevet. När bolaget så för tredje gången översände försäkringsbrev, underlät försäkringstagaren betala och förklarade, dock först efter åtskillig tid och sedan bolaget tillsänt honom ytterligare ett försäkringsbrev av samma innehåll, att han icke ville antaga anbudet om förnyad försäkring. Hovrätten fann försäkringstagaren ha genom sin passivitet tyst accepterat anbudet. — Domslutet må vara riktigt vid försäkringsavtal med hänsyn till den obehöriga spekulationsmöjlighet som skulle öppnas för en försäkringstagare, om ej passivitetsverkan i förevarande läge erkännes (jfr bl.a. *Ussing*, *Aftaler*, s. 79 f.). En objektiv passivitetsregel kan därför i den delen tänkas vara på sin plats. Men beträffande avtal i allmänhet torde en dylik bedömning vara alltför dristig och ej heller rekommendabel.

Väsentligt olika är läget, om ett mellanhavande mellan A och B utvecklat sig så, att A regelbundet i de mindre vanliga fall, då han icke vill acceptera av B avgivna anbud, till B avlåter meddelande att anbudet förkastas. Det föregående händelseförloppet omfattar här icke allenast att A brukat acceptera B:s anbud utan därjämte — vilket gör stor skillnad — att han plägar meddela denne när anbud avslås. Underlåter då i ett nytt fall A att ge sådant avslagsbesked, äro förutsättningar förhanden att i denna A:s passivitet inlägga en konkludent acceptförklaring. Det var närmast sådana situationer *nya lagberedningen* hade i sikte, då beredningen, såsom nedan i texten omtalas, föreslog en lagregel om att passivitet på grund av särskilda omständigheter kunde »anses utmärka, att anbud antagits», se motiveringen i NJA II 1901 nr 1 s. 39.

Jag övergår härefter till det egentliga ämnet för denna avhandling: den objektiva eller legala passivitetsverkan. Kan det sägas något mera allmänt därom, när sådan inträder?

En näraliggande tanke, som stundom skymtar i rättslitteraturen, är följande. Därest den kontrahent om vars passivitet det är fråga måste förstå, att hans tystnad kommer att uppfattas på visst sätt, t. ex. som accept av ett avgivet anbud, bör han vara skyldig att, om han icke vill vidkännas rättsärendet (anbudet), underrätta motparten därom vid äventyr att eljest bliva bunden. Det är icke för mycket begärt, kunde man säga, att en part som inser att motparten tolkar hans tystnad oriktigt reagerar och klargör det rätta förhållandet. I allt fall borde en dylik svars- eller upplysningsplikt icke möta betänkligheter, om den passiva parten är köpman eller eljest kommersiellt förfaren. En sådan regel skulle emellertid leda alldeles för långt och bör i denna form avvisas. Det måste ofta förekomma, att en anbudsgivare, enligt vad anbudstagaren inser, räknar med att accept skall följa (om icke annorledes så genom att en bestämd vara expedieras). Men uteblir — den uttryckliga eller på nämnda sätt konkludenta — accepten, lär det gå ut över anbudsgivaren. Denne får höra sig för huruvida hans anbud godtagits eller ej. Gör han det icke, måste han finna sig i att hans förväntan, hur välgrundad den än synts vara, visar sig byggd på lösan sand. Anbudstagaren kan icke enbart på grund av sin passivitet bindas vid ett avtal som han aldrig biträtt. Och icke heller i andra avtalsrättsliga sammanhang än beträffande anbud kan det gärna tänkas, att passivitet helt allmänt skulle kunna, av nämnda skäl, utöva verkan i enlighet med den betydelse andra parten tillerkänt densamma. — Att i viss *begränsad* utsträckning en på berörda tankegång uppbyggd regel om objektiv passivitetsverkan har fog för sig, skall likväl den följande framställningen utvisa.

Starkare skäl för en anbudstagares svarsplikt kunde synas föreligga — för att nu närmast hålla sig till frågan om tyst accept av anbud — om det tillkommer att anbudstagaren i den ena eller andra formen *framkallat* anbudet, i all synner-

het när rättsläget för bägge kontrahenternas del är handelsrättsligt gestaltat. Har A själv varit verksam för att B skall till honom avgiva ett anbud — och icke blott ett anbud i allmänhet utan ett anbud med just det innehåll som innefattas i det honom sedermera av B tillställda anbudet — borde det vara försvarligt att ålägga honom att underrätta B, att detta alltså av A själv provocerade anbud icke längre gillas av honom. Emellertid är även denna passivitetsregel alltför vittgående. Det måste stå envar fritt att förskaffa sig ett anbud av önskvärt innehåll, så att säga till påseende, utan att fördenskuil underkastas den presumtion för avtalsvillighet, som skyldigheten att underrätta om icke-accept i grund och botten innebär. Det skulle betyda ett mycket starkt ingrepp i det system av regler rörande avtalsslut, som utformats i avtalslagens första kapitel, om till framkallandet av ett anbud — genom en objektiv passivitetsregel — anknötes en så kraftig rättsverkan. Jag återkommer till ämnet nedan i kap. 5. En annan sak är, att vid bedömning in casu huruvida med hänsyn till samtliga föreliggande omständigheter anbudstagares passivitet må vara att tolka som konkludent accept, det kan spela en roll, att anbudstagaren framkallat anbudet och därmed ådagalagt ett särskilt intresse för det föreslagna avtalet.

Såsom ytterligare grund för anbudstagares svarsplikt anföres ej sällan, att anbudsgivaren och anbudstagaren stå i affärsförbindelse med varandra. I spridda sammanhang förekomma ock i rättspraxis antydningar om att en dylik relation kan vara ägnad att ådraga kontrahent en svars- eller upplysningsplikt, som eljest icke skulle vara förhanden.¹⁵ I någon högre grad ha dock domstolarna, såvitt man kan se, ej gjort allvar av att låta detta moment föranleda passivitetsverkan. Som självständig och mera allmän grund för en sådan lär den ej heller vara lämpad. Det torde t. ex. icke kunna

¹⁵ Se sålunda NJA 1910 s. 634, 1923 s. 228 (rubriken), jfr det förut anmärkta rättsfallet NJA 1908 s. 501. En dylik antydan förekommer ock i motiven till avtalslagen, NJA II 1915 s. 182.

ens ifrågasättas att, om A och B vid ett flertal tillfällen slutit (i normal ordning) köpeavtal med varandra, så att en affärsförbindelse dem emellan kan anses föreligga, och A sedermera föreslår B visst nytt köpeavtal, B redan med hänsyn till denna affärsförbindelse skulle ha skyldighet att avvisa förslaget, så att han vid underlåtenhet därutinnan bleve bunden av avtalet. Likaväl som de äldre köpen försiggått genom växlande av anbud och svar i den i avtalslagen angivna ordningen, likaväl får nog detta ske även i förevarande fall. Ej heller eljest kan med stöd allenast av kontrahenternas affärsförbindelse härledas accept- eller annan passivitetsverkan. Man får akta sig för en förväxling med det ovan berörda förhållandet, att ett av kontrahenterna förut iakttaget beteende lägges till grund vid bedömningen av deras inställning när nytt avtalsslut är i fråga (eller vid tolkningen av ett mellan dem ingånget giltigt avtal). Det är klart att ett dylikt beteende kan ha förekommit just i anledning av och inom ramen för en mellan kontrahenterna bestående affärsförbindelse.¹⁶ Men då är det icke affärsförbindelsen som sådan utan den slutsats som kan dragas av det tidigare beteendet, som blir relevant.

Det finnes emellertid, på ett annat område än köprättens, en lagbestämmelse som låter för en anbudstagares svarsplikt vara avgörande huruvida anbudsgivaren och anbudstagaren stå i affärsförbindelse med varandra. Enligt 5 § kommissionslagen är den som yrkesmässigt driver verksamhet såsom handelskommissionär — där anmodan att utföra uppdrag om försäljning eller inköp, som faller inom området för denna hans verksamhet, kommer honom till handa från någon med vilken han står i affärsförbindelse — pliktig att, om han icke vill utföra uppdraget, utan oskäligen uppehåll giva den andre meddelande därom; underlåtes detta, skall han anses ha antagit anbudet. Motiveringen för regeln i de svenska motiven är mycket knapphändig. Det säges allenast, bortsett från en hänvisning till merkantil uppfattning, att en yrkes-

¹⁶ Jfr t.ex. den ovan not 14 in fine beskrivna situationen.

kommissionär i allmänhet får anses villig att åtaga sig sådana kommissionsuppdrag, som höra till hans verksamhet, då de lämnas honom av kända personer, samt att uppdragsgivaren, om han ej får ett avböjande svar från kommissionären, har rätt att förutsätta, att denne accepterat anbudet, och inrätta sig därefter.

Uppenbart är, på skäl som ovan antytts, att denna motivering är otillräcklig och otillfredsställande. Ty det måste ju hos vilken yrkesman som helst, både en affärsidkande och en icke affärsidkande, kunna påräknas villighet att inom området för hans verksamhet sluta avtal med personer, med vilka han står i affärsförbindelse och som alltså äro kända för honom. Men någon svarsplikt kan ändock icke anses inträda. Att 5 § kommissionslagen skulle vara uttryck för en för yrkesmän i allmänhet gällande regel måste bestridas. En dylik regel skulle leda till resultat, som omöjligen kunna anses förenliga med gällande svensk rätt.¹⁷ Det rör sig alltså om en singuljär bestämmelse. Men varför just för handelskommissionärers avtalsslut skall tillämpas en avvikande regel upplyses icke, vilket torde sammanhånga med att bestämmelsen är i sina huvuddrag utan vidare övertagen från den gällande tyska handelslagboken (§ 362) och dess föregångare av år 1861. Vad som i realiteten ligger till grund för förevarande passivitetsregel är sannolikt, förutom kanske hänsyn

¹⁷ I de danska och norska motiven till kommissionslagen (1913 s. 28 resp. 1914 s. 29) ville man verkligen se bestämmelsen som uttryck för en allmän rättsgrundsats om att den som gentemot allmänheten tillkännagivit sig vara villig att åtaga sig utförande av vissa »forretninger» ofta skulle i enlighet med god affärssed ha svarsplikt, vars åsidosättande kunde föranleda att avtal ansåges slutet; bestämmelsen vore alltså (i den generella form den lagfästes?) överensstämmande med redan gällande rätt. För svensk rätts del lär något sådant *icke* kunna sägas, och den svenske lagstiftaren hade goda skäl för sin underlåtenhet att motivera lagstadgandet med ett äventyrligt påstående om en svarsplikt till allmänhetens fromma. På sin höjd kan i vissa undantagsfall, på grund av särskilda omständigheter, sagda passivitetsverkan komma i fråga. Men därifrån är steget långt till en objektiv passivitetsregel på området.

till något slags handelsbruk, den omständigheten att till följd av den spekulativa naturen hos de försäljningar eller köp, som enligt meddelade uppdrag skola företagas av handelskommissionär, det ligger särskild vikt uppå att uppdragsgivaren icke utsättes för förlust genom att han föreställer sig uppdraget vara utfört, när det i verkligheten av kommissionären lämnats utan avseende.

Med allmänna passivitetsregler av den art som nu berörts kommer man alltså knappast någon vart. De äro alltför lättköpta. Man torde vid sådant förhållande vara hänvisad till att i första hand granska de lagstadganden om objektiv passivitetsverkan, som givits i olika sammanhang, i syfte att bilda sig en uppfattning om i vad mån de hänsyn som förestavat stadgandena äro bärande även utanför dessas omedelbara tillämpningsområde. Man får därmed eventuellt ett underlag för mera allmänna slutsatser i ämnet. Härjämte är det naturligen av vikt att konstatera, huruvida rättspraxis i anslutning till sagda lagregler eller vid sidan av desamma utformat riktlinjer, som man kan hålla sig till.

Om förekomsten av särskilda lagbestämmelser, som statuera objektiv passivitetsverkan vid avtalsslut, erinrar avtalslagen i 8 § andra stycket: »Angående vissa fall, då underlåtenhet att avböja anbud anses såsom antagande, är särskilt stadgat.» I motiven betonades dock, att passivitet undantagsvis har avtalseffekt jämväl utan stöd av lag.¹⁸ Där emot har ingenstädes, såsom skett exempelvis i schweizisk rätt och efter mönster därav på sin tid rekommenderades av nya lagberedningen i dess förslag till köplag (§ 9),¹⁹ hos oss i lag givits en allmän hänvisning till att avtalsslut kan åvägbringas genom anbudstagares passivitet. Detta har nämligen, i avsaknad av närmare precisering rörande betingelserna för sagda passivitetsverkans inträde, på goda grunder befunnits värdelöst.²⁰

Denna avhandling hänför sig principiellt allenast till reg-

¹⁸ NJA II 1915 s. 182, jfr NJA II 1914 s. 172.

¹⁹ NJA II 1901 nr 1 s. 38.

²⁰ Motiven till avtalslagen a. st.

ler om passivitetsverkan vid avtalsslut. De reklamationsbestämmelser, som enligt köplagen eller annan lagstiftning äro meddelade för den händelse ett giltigt avtal påstås felaktigt fullgjort, falla därför i allmänhet utanför framställningen.²¹ Däremot är denna icke begränsad till fall som gälla stiftande av nytt rättsförhållande. Även avtal om ändring eller upphävande därav uppmärksammas. I själva verket äro många av de spörsmål, som gälla passivitetsverkan vid avtalsslut, mera förknippade med sistnämnda slags avtal än med de förra. Den angivna begränsningen till fall av passivitetsverkan vid avtalsslut har jag för övrigt några gånger tillåtit mig att överskrida, såsom då till jämförelse beröres passivitetsens relevans i vissa tolkningssammanhang.

²¹ Icke heller behandlas den betydelse passivitet understundom kan ha i bevishänseende, för fastställande av vad som i visst fall avtalats, jfr t.ex. NJA 1922 s. 235, 1924 s. 525, AD 1961 nr 13, UfR 1942 s. 785 (*Bang* a.a. s. 110). Dessa fall stå för övrigt rätt nära de förut berörda, där det gällde verkan av underlåtenhet att reagera mot vad av kontrahenterna tidigare praktiserats.

KAP. II

PASSIVITETSVERKAN ENLIGT 60 §

KÖPLAGEN

Vid den undersökning av särskilda, i lag reglerade fall av objektiv passivitetsverkan som skall företagas i det följande må göras början med 60 § köplagen. Det är en bestämmelse, som icke blott har köprättslig räckvidd utan även och kanske framför allt är av intresse ur allmänt avtalsrättslig synpunkt. Bestämmelsen innefattar nämligen, på sätt nedan närmare beröres, en viss reglering av avtalsmekanismen, sättet för tillkomsten av ett giltigt köpeavtal. Det föreligger sålunda här ett komplement till reglerna »om slutande av avtal» i avtalslagens första kapitel.

»Är öppet köp avtalat», heter det i 60 § köplagen, »och har godset blivit av säljaren avlämnat, vare köparen ej berättigad att draga sig från köpet undan, med mindre han inom bestämd tid eller, där bestämmelse om tiden ej träffats, utan oskäligt uppehåll giver säljaren till känna, att han ej vill godset behålla». »Öppet köp» utmärkes åter, enligt *Almén*s begreppsbestämning,¹ av att köparen äger efter sitt fria behag vidbliva köpet eller därifrån avstå (utan att ens behöva uppgiva något skäl för sitt beslut).

För förståelsen av den passivitetsverkan, som inträder enligt lagrummet, är det av vikt att skilja mellan tre fall:

a) Köparen har genom avtalet åtagit sig en villkorlig bindenhet, nämligen på det sätt att han uttryckligt eller konkludent förklarat sig vilja stå fast vid köpet, därest han icke inom bestämd tid, eventuellt skälig eller rimlig tid, tillkännagiver för säljaren, att han vill frånträda detsamma. Här talar man om *resolutivt* villkorat öppet köp.

¹ Köplagskommentaren § 60 vid not 12.

b) Avtalet har det innehåll, att köparen icke skall bliva bunden med mindre han framdeles tillträder köpet. Då är ett *suspensivt* villkorat öppet köp förhanden.

c) Kontrahenterna ha vid avtalsslutet icke träffat något avgörande i frågan huruvida köparen måste frånträda köpet för att undgå bundenhet (a) eller tillträda köpet för att bli bunden (b). Man vet alltså icke, huruvida köpet enligt avtalet är *resolutivt* eller *suspensivt* villkorat.²

Ad a). Den första gruppen har för vårt ämne, ehuru den otvivelaktigt ingår under regleringen i 60 § köplagen, föga intresse. Här föreligger redan från början ett perfekt köp. Köparen har genom själva avtalets innehåll blivit bunden, dock med den begränsningen att han inom bestämd eller i allt fall skälig eller rimlig tid³ äger rygga köpet. Att detta, oaktat ryggandet får ske efter köparens behag, innebär en villkorlig bundenhet för denne framgår därav att, om tiden försittes, det icke kan av köparen åberopas, att försittandet berott på glömska, oföretagsamhet eller annan omständighet som kan uppfattas som uttryck för brist på vilja att vara med om köpet. Vad 60 § köplagen stadgar är vid sådant förhållande icke något annat än som följer redan av avtalets innehåll; det bortses då från den särskilda regeln om »faran» i andra punkten i lagrummet. Att stadgandet såvitt angår *resolutivt* villkorat öppet köp i det hela är överflödigt belyses ock av att samma regel som där uttalas är på grund

² Förevarande distinktion mellan *suspensivt* och *resolutivt* villkorat öppet köp har gjorts uteslutande från obligationsrättslig eller allmänt avtalsrättslig utgångspunkt och icke tillika, såsom förekommer i kontinental doktrin, från sakrättslig. Huruvida i sakrättsligt hänseende någon skillnad föreligger mellan de båda nämnda formerna av öppet köp är tvivelaktigt. Ämnet behandlas i mitt arbete »Studier i allmän avtalsrätt», 1935, s. 239 ff. (Vad som där anföres s. 245 ff. kan vara föremål för delade meningar. På många håll anses nog, att vid *suspensivt* villkorat öppet köp säljaren är sakrättsligt skyddad intill dess accept uttryckligt eller genom passivitet kommit till stånd, även om säljaren icke vid godsets överlämnande, såsom ofta sker, gjort äganderättsförbehåll.)

³ Även om icke någon tid bestämts i avtalet, måste nämligen en begränsning till att avse åtminstone rimlig tid underförstås.

av avtalets innehåll tillämplig även om godset icke kommit i köparens besittning. Om någon objektiv passivitetsverkan är följaktligen vid resolutivt villkorat öppet köp icke fråga. Stadgandet har därutinnan intet med avtalsslut att göra.

Ad b). Stadgandet i 60 § köplagen omfattar emellertid, såsom klart framgår av förarbetena liksom av de utländska förebilderna till institutet,⁴ även suspensivt villkorat öppet köp. Detta innebär, att den i paragrafen meddelade regeln om verkan av köparens passivitet, efter det han erhållit besittning av godset,⁵ griper in oaktat »köparen» blott är en anbudstagare. Suspensivt villkorat öppet köp i ovan angiven mening är nämligen icke ett köp. Den s. k. köparen har i förrevarande fall icke iklätt sig någon som helst bundenhet, icke ens en villkorlig sådan. Han har blott förklarat sig vilja köpa, om han framdeles får lust därtill (»Wollensbedingung»). Innebörden av 60 § köplagen blir vid sådant förhållande, att en anbudstagare här belastas med svarsplikt. Ger anbudstagaren, efter det han erhållit besittning av godset, ej inom bestämd tid resp. utan oskäligen uppehåll besked om att han icke vill behålla detsamma, måste han erlagga köpeskillingen; han förvandlas legalt till en köpare, med de förpliktelser som åvila en sådan. Anbudstagaren behandlas som köpare t. o. m. i det fall, att han icke försuttit den i stadgandet angivna tiden för avvisande av godset, därest under denna tid godset drabbats av kasuell förstöring, försämring eller minskning. »Intill dess godset återlämnas»⁶ ligger nämligen, enligt andra punkten i 60 §, faran å köparen.⁷

⁴ Förhållandet påvisas närmare i min avhandling om öppet köp i a.a. »Studier i allmän avtalsrätt» s. 155—211.

⁵ Angående den bristfälliga avfattningen av stadgandet se a.a. s. 231 f.

⁶ Även därutinnan är avfattningen bristfällig, se a.a. s. 233.

⁷ Är godsets försämring eller minskning oväsentlig, lärer säljaren i nämnda fall icke kunna motsätta sig godsets återställande, och köparen har anspråk på återfående av köpeskillingen, om denna är erlagd, men med avdrag för så stor del därav, som svarar mot den av den kasuella händelsen vållade försämringen eller minskningen. Någon skadeståndsskyldighet för köparen föreligger däremot i detta fall icke (oriktigt a.a. s. 235 vid och i not 206).

Grunden till denna köparens svarsplikt är, enligt vad en undersökning av stadgandets motiv och förutsättningar utvisar, icke den att lagstiftaren presumerat *avtalets* resolutiva natur. Detta skulle visserligen varit en ej orimlig ståndpunkt, särskilt när bestämd tid utsatts för köparens avgörande, se nedan. Till stöd härför kunde ock i viss mån åberopas lagtextens avfattning. Men ståndpunkten är icke lagstiftarens. Man har fastmera lagt till grund en tolkning av köparens efterföljande passivitet, d. v. s. hans passivitet efter det han fått godset till sig överlämnat. Denna har uppfattats som ett konkludent tillträdande av köpet. Den från början helt obundne anbudstagaren har ansetts därigenom *bliva* bunden, för sin del »tyst» acceptera köpet. Passiviteten verkar i sin egenskap av presumerad viljeförklaring, alltså oberoende av om i det enskilda fallet någon köpvilja synts finnas eller ej. Regeln är tillämplig även om köparen, enligt vad för säljaren framgår, åsyftat att avvisa säljarens erbjudande men försuttit den anmärkta fristen.

Vad är det då som föranlett lagstiftaren att i det angivna läget underkasta anbudstagarens efterföljande passivitet den genomsnittstolkningen, att köpet önskas tillträtt? Det är i första hand hänsynen till att, då anbudstagaren fått besittning av godset, hans tystnad »naturligast [kan] vara att uppfatta så, att han önskar upprätthållande av det bestående förhållandet, d. v. s. att godset förbliver hos honom på förut avhandlade villkor».⁸ *Almén* åberopar ock i detta sammanhang »status-quo-grundsatsen».⁹ Men detta är helt visst en otillräcklig motivering. Även eljest kan ju ett anbud ha karaktären av realanbud — A erbjuder B att för visst pris och på vissa villkor i övrigt köpa en vara, som samtidigt översändes — men anbudstagaren har ingalunda utan vidare någon svarsplikt. Hänsynen till besittningsförhållandet få fälla utslaget endast i förening med de moment, som äro för begreppet öppet köp karakteristiska. Blott sådant real-

⁸ Motiven till köplagen, NJA II 1906 nr 1 s. 101.

⁹ § 60 vid not 42.

anbud som uppfyller betingelserna för ett (suspensivt villkorat) öppet köp föranleder svarsplikt för anbudstagaren. Detta innebär åter, att anbudstagaren måste ha tagit fasta på anbudet i den mening, att han ställt i utsikt ett tillträdande av köpeavtalet samt betingat sig rätt att besiktiga eller prova godset, sedan det för ändamålet överlämnats till honom. Det avgörande blir således, förutom besittningen för anbudstagaren, att passiviteten härrör från någon, som på anmärkta sätt visat sig reflektera på anbudet, ådagalagt *intresse* för detsamma. Detta utgör den legala tolkningsregelns underlag.

Men om alltså passivitetsregeln i 60 § köplagen skall tillämpas även å suspensivt villkorat öppet köp, kommer man då icke i ohjälplig konflikt med grundsatsen, att stadgandet liksom köplagens regler i övrigt är dispositivt? Kan en dylik legal tolkningsregel upprätthållas utan att man missaktar den partsvilja, som vid denna form av öppet köp måste anses ha kommit till uttryck? Konflikten ter sig ofrånkomlig främst när bestämd tid utsatts, inom vilken köparen skall bestämma sig för huruvida han vill vara med om köpet eller ej. Ty vad kan meningen med en sådan parternas tidsbestämning vara, när villkorligheten är suspensiv (och det således icke avsetts, att köparen skall vara fast för köpet, om han ej frånträder detsamma före betänketidens utgång)? Jo uppenbarligen, åtminstone i de allra flesta fall, att köparen i sitt intresse betingat sig, att han icke skall bli bunden med mindre han inom den angivna tiden meddelar säljaren, att han godtager varan och alltså gillar köpet. Men därmed synes på grund av avtalets innehåll och jämlikt 1 § köplagen passivitetspåföljden i 60 § vara satt ur spel. Avtalet innebär ju direkt, att köpet skall förfalla, därest ej köparen rättidigt förklarar sig godkänna säljarens realerbjudande. Är betänketiden icke sålunda bestämd utan godset överlämnats till köparen med rätt för honom att under obestämd tid framåt tillträda köpet — det föreligger en pendang till det i 8 § avtalslagen reglerade fallet, att anbudsgivaren förklarat sig icke påfordra uttryckligt svar å sitt anbud el-

ler omständigheterna utvisa att han ej förväntar sådant — är visserligen konflikten med partsviljan icke lika framträdande.¹⁰ Kvar står dock även här att, om det öppna köpet verkligen är suspensivt villkorat, så att köparen enligt avtalet ej skall bli bunden med mindre han tillträder detsamma, det är svårt att förstå, hur man utan att lädera avtalets innehåll skulle kunna i enlighet med lagstadgandet ålägga köparen bundenhet blott därför att han förhållit sig passiv. Väl kan man föreställa sig, att det suspensivt villkorade avtalet innefattar att köparen ställer i utsikt ett tillträdande av köpet genom enbart ett passivt behållande av godset, såvida detta behållande in casu verkligen är ett riktigt uttryck för hans acceptvilja. Men att ett dylikt behållande av godset gör honom till köpare även då sådan acceptvilja saknas kan ej gärna vara förenligt med att (vilket var det suspensivt villkorade öppna köpets innebörd) köparen ej alls bindes genom avtalet utan först genom ett senare gillande av detsamma.

Hur skall då detta gå ihop? En möjlighet är, att lagstiftaren de facto varit inriktad på en tvingande reglering; man har velat uppställa en allmän och bindande regel om hur tystnad å köparens sida i förevarande läge bör förstås. Ett så kraftigt åsidosättande av 1 § köplagen är väl dock varken tillåtligt eller av praktiska skäl motiverat. Den andra ytterligheten är att överhuvud anse det ogenomförbart att tillämpa 60 § köplagen på suspensivt villkorat öppet köp. Den av lagstiftaren otvivelaktigt åsyftade användningen av lagrummet även i fall, då villkorligheten är av denna karaktär, finge väl då förklaras med att han råkat förbise den oförenlighet med köplagens dispositiva natur varom nu talats. Av lagbudets funktion skulle enligt detta alternativ allenast återstå så mycket som att passivitetsregeln bör komma till tillämpning, om det icke kan *visas*, att kontrahenterna vare sig uttryckligt eller konkludent, givit avtalet det

¹⁰ Jfr mitt a.a. s. 169 ff, där dock argumenteringen i vissa delar numera förefaller mig alltför »teoretisk» och komplicerad för att fullt övertyga.

innehåll att villkorligheten är suspensiv (se nedan *ad c*). Men det finnes också en tredje möjlighet. Man skulle visserligen från lagbudets tillämpningsområde utesluta de fall, då i avtalet *uttryckligt* bestämts, att köparen skall bli bunden först när han meddelat säljaren att detsamma tillträdes av honom, och således tillämpningen av passivitetsregeln otvetydigt avvisats. Däremot borde regeln gälla, när det endast indirekt framgår, endast av konkludenta faktorer kan härledas, att kontrahenternas avtal haft suspensivt villkorat innehåll. Man skulle nämligen resonera så, att en legal tolkningsregel förfelar sin funktion, om den måste vika icke blott för uttrycklig bestämmelse om dess åsidosättande utan även för bevisning om vad kontrahenterna in casu finge »anses» ha menat. Det är mycket som talar för att legala tolkningsregler kunna, med avseende å sin dispositiva natur, stå i en särställning på antydda sätt. Det föreläge i så fall en intressant mellanform mellan tvingande och dispositiva rättsregler.¹¹

¹¹ En jämförelse med stadgandet i 3 kap. 7 § nyttjanderättslagen kan härutinnan vara av intresse. Om en hyresvärd samtycker till att hyresgästen överlåter »lägenheten» till annan (det står ej att han överlåter hyresavtalet), skall detta anses innebära, att hyresvärden medgivit substitution, icke blott sublokation. Denna legala tolkningsregel — som näppeligen motsvarar vad en hyresvärd i allmänhet avser med en dylik samtyckesförklaring — är emellertid dispositiv. Regeln kan nu uppenbarligen icke tillämpas, om av förklaringen uttryckligt framgår, att hyresvärden med sitt samtycke till lägenhetens överlåtande endast medgivit sublokation och icke tillika tillstätt hyresgästen att substituera. (Strängt taget skulle för övrigt även en uttrycklig förhandsförklaring av hyresvärden, att ett av honom *i framtiden* lämnat medgivande till överlåtelse av lägenheten icke får så tolkas som lagen angiver, bryta presumptionen, men enligt departementschefens yttrande, NJA II 1939 s. 483, är detta ej meningen; stadgandet har alltså på den punkten, fastän det icke kommit till uttryck i lagtexten, avsetts vara tvingande.) Lika klart är ej, huruvida på grund av den legala presumptionen en tillåtelse till lägenhetsöverlåtelse skall tolkas som medgivande till substitution, när visserligen omständigheterna visa, att allenast sublokation åsyftats, men förhållandet icke uttryckligt framgår av förklaringen. En sådan förståelse av tolkningsregeln är i och för sig tänkbar. Men något tvång att till den grad göra våld på partsviljan

Men i och med att ettdera av de bägge senare alternativen godtages har lagbudets förut skildrade grundtanke faktiskt kommit i bakgrunden. Det väsentliga i 60 § köplagen blir då i stället, att stadgandet uppställer en presumtion för själva *avtalets* innehåll. Det måste för att passivitetspåföljden skall utebliva visas, att villkorligheten enligt detsamma är suspensiv, vare sig det sedan tillåtes att ådagalägga detta förhållande även genom åberopande av konkludenta fakta (alternativ nr 2) eller fordras att avtalets *uttryckliga* innehåll ger den suspensiva villkorligheten vid handen (alternativ nr 3). Man presumerar att köpet ej är suspensivt villkorat. Härmed är man i realiteten icke långt borta från en presumtion för avtalets resolutiva karaktär. Visserligen är det sant, att en presumtion för att avtalet icke har suspensivt villkorad natur ej är fullt detsamma som en presumtion för att avtalets villkorlighet är resolutiv. Det förra utesluter ju ej, att kontrahenterna överhuvud icke haft någon uppfattning om arten av avtalets villkorlighet, och för sådan händelse kan fasthållas synpunkten, att det är köparens efterföljande tystnad som legalt tolkas. Men uppenbarligen är skillnaden i jämförelse med att stadgandet tänkes direkt presumera avtalets resolutiva villkorlighet i praktiken icke stor. Realiter leda sålunda hänsynen till svårigheterna att tillämpa lagbudet å suspensivt villkorat öppet köp därhän, att man glider över på en annan tankelinje än den vid passivitetsregelns tillkomst principiellt följda. (Huruvida sedan den presumtion för arten av själva avtalets villkorlighet var till man drives överensstämmer med den genomsnittliga partsinställningen eller ej är ett spörsmål för sig.)

Ad c). Passivitetsregeln i 60 § köplagen måste utan tvekel komma till användning i de fall av öppet köp, då det är tydligt att ingendera kontrahenten tagit ställning till frågan vilken påföljd som skall inträda, om köparen icke inom be-

som detta skulle innebära föreligger dock icke, helst som presumtionen enligt vad nyss antytts torde vila på ett ganska sprött verklighetsunderlag. Jfr i ämnet NJA 1964 C 228 (med där återgivna motivering för HD:s beslut).

stämd resp. skälig tid tillkännagiver hur han ställer sig till det föreslagna köpet. Det säges t.ex. endast, att köparen får den och den tiden på sig för att bestämma sig; hur det skall gå när tiden är ute — om köparen då skall vara bunden eller tvärtom avtalet förfalla — har ingendera tagit under överbärande eller för sig preciserat. För dessa fall — men såsom nyss utvecklats egentligen blott för dessa fall — möter det inga svårigheter att applicera lagstiftarens tankegång, att köparens efterföljande passivitet bör tolkas som ett hans tillträdande av köpet, en tyst accept av realanbudet.

Den föregående framställningen torde giva vid handen, att den svarsplikt som i 60 § köplagen ålagts köparen har sådana särskilda förutsättningar, att möjligheterna att analogt tillämpa passivitetsregeln utanför dess område äro starkt begränsade. En synpunkt av viss vikt — om hänsyn tages till den motivering som utgjort utgångspunkten för detta stadgande — torde dock vara att, därest den kontrahent om vars accept av anbud eller annan avtalsbundenhet är fråga genom något föregående beteende ådagalagt särskilt intresse för tillkomsten av vederbörande avtal, ett beteende som visserligen icke i och för sig ådrager honom bundenhet, anledning kan föreligga att tillerkänna passiviteten relevans. Men att en mera allmän regel, en *objektiv* passivitetsregel, av sådant innehåll skulle kunna uppställas kan knappast med fog påstås; jfr vad ovan sagts rörande det fall att anbudstagaren *framkallat* det av honom sedermera utan avseende lämnade anbudet (även ett dylikt framkallande förråder otvivelaktigt ett starkt intresse för det föreslagna avtalet). Synpunkten leder nog som sådan icke längre än till att passiviteten under förutsatta omständigheter är ägnad att in casu fungera som kompletterande faktor till stöd för kontrahentens bundenhet.

I samband med 60 § köplagen må några ord ägnas åt frågan om en annan objektiv passivitetsregel, som dock icke är lagfäst.

Enighet råder, såsom nämnts, om att den som fått sig till-

sänd gods som han icke beställt (godset åtföljt, kunna vi antaga, av faktura) principiellt ej har någon skyldighet att avvisa det föreliggande realanbudet.¹² Även en långvarig passivitet ådrager icke anbudstagaren köpeförpliktelser. Likgiltigt är ock, om denne har klart för sig, att anbudsgivaren är förvissad om att accept skall följa. Bundenhet såsom köpare inträder däremot, om anbudstagaren tillägnar sig godset, så att detsamma icke kan återställas väsentligt oförändrat eller oförminskat (jfr 57 § köplagen).¹³ Påföljden inskränker sig alltså ej till skadeståndsansvar gentemot andra parten, utan anbudstagaren måste gälda fakturapriset, något som har praktisk betydelse för den händelse den begärda köpeskillingen skulle, utan att vara uppenbart orimlig, överstiga godsets värde. Ofta förklaras sagda köprättsliga ansvar med att anbudstagaren måste genom sin tillägnelse anses ha godkänt köpet. Detta är emellertid icke hållbart. Tillägnelsen utövar samma verkan även om anbudstagaren samtidigt med att eller innan den sker underrättar anbuds-

¹² Att det icke skulle åvila anbudstagaren *någon som helst* vårdnadsplikt läser ej vara en ovillkorlig konsekvens härav, jfr dock SvJT 1926 rf. s. 4. Ämnet beröres hos *Almén*, köplagskommentaren § 55 not 3, där det även hänvisas till NJA 1925 s. 685, från vilket rättsfall likväl ingen slutsats härvidlag torde kunna, ens motsättningsvis, dragas.

¹³ Att den som eljest icke är kontrahent kan ådraga sig betalningsansvar på nu ifrågakarande grund bekräftas av en mängd rättsfall. Se sålunda NJA 1882 s. 318 (öppet köp; domslutet ej grundat på passivitet), 1907 s. 217, 1922 s. 495 (motsättningsvis), 1925 s. 685 (troligen öppet köp; domslutet ej heller här grundat på passivitet utan på ett brukande av beskaffenhet att böra jämföras med förfogande), 1927 s. 22, 1931 s. 412, 1946 s. 122 (likaså ett med förfogande jämförligt brukande). Jfr även NJA 1949 s. 87 (minoriteten i HD) och 1949 s. 720. Beträffande ett specialfall se emellertid NJA 1934 s. 533 (värdenormen här synbarligen till fördel för säljaren). Om verkan av förfogande direkt enligt stadgandet i 57 § köplagen se NJA 1937 s. 113, 1941 s. 525, jfr ock NJA 1899 s. 139 och 356.

I vad mån en tillägnelse av godset i annan form än nu sagts, såsom blott ett vanligt begagnande av detsamma men i syfte att göra det till sitt, kan åstadkomma motsvarande bundenhet skall ej här undersökas. Någon hjälp av analogin från 57 § köplagen har man i sådana fall icke, jfr NJA 1936 s. 602, 1939 s. 588.

givaren om att han icke vill ikläda sig någon köpeskillingsförpliktelse eller i allt fall icke vill erlægga hela fakturapriset. Det föreligger fastmera en i förhållande till anbudstagarens godkännande självständig rättsgrund för köparansvaret.¹⁴ I detta hänseende lär för övrigt det grundläggande rättsfaktum vara icke så mycket den interna tillägnelsen, varom ju anbudsgivaren normalt har svårighet att erhålla upplysning, som fastmera det objektiva faktum — vilket är av lika »extern» natur som en till motparten riktad eller utgiven viljeförklaring i allmänhet — att godset ej återställs till honom i berörda skick. En annan sak är, att orsaken härtill är den interna tillägnelsen.¹⁵ — Det sagda förutsätter, att det är ostridigt eller utrett, att godset icke *kan* återställas i väsentligen oförändrat eller oförminskat skick resp. att anbudstagaren icke *vill* sålunda återställa det. Men ej sällan måste det vara ovisst huruvida denna förutsättning är uppfylld. Det är här som nyss antydda passivitetsregel sätter in. Underlåter anbudstagaren, sedan varan återfordrats, att inom skälig eller rimlig tid tillhandahålla densamma (något återsändande kan däremot icke påfordras), måste detta ha till följd, att anbudstagaren blir bunden av köpet; jfr redan NJA 1876 s. 452. Eljest skulle hela regeln om acceptverkan av den av tillägnelsen föranledda underlåtenheten att återställa godset förfelas.¹⁶

¹⁴ Se närmare mitt a.a. s. 93 ff. — Förevarande rättsgrund kunde för tjäna att bli erkänd även på arbetsbetingets område, i ett fall av typen NJA 1949 s. 313. HD var dock här kallsinnig — om nu icke utgången kan förklaras helt enkelt med att man ej ansett fullt utrett, att K haft insikt om att B ställt sin arbetskraft till förfogande endast under den förutsättningen, att han skulle äga betalningsrätt mot K (men i så fall borde rättsfallet näppeligen ha refererats). — Ämnet tangeras jämväl i det intressanta rättsfallet NJA 1931 s. 320, där dock bedömningen torde ha påverkats av att det gällde ett tredjemansavtal med, som det synes, ett inslag av pactum turpe.

¹⁵ Vilket emellertid icke behöver betyda, att *varje* underlåtenhet att sålunda återställa godset måste medföra dylik köparansvarighet. Under åtminstone vissa omständigheter torde frånvaron av tillägnelsesyfte beröva ifrågavarande objektiva förhållande dess rättsverkan.

¹⁶ Se mitt a.a. s. 114 i noten. Motsvarande passivitetsregel inom om-

rådet för 57 § köplagen hävdas av *Almén*, köplagskommentaren vid not 100 a. Erinras må ock om den passivitetsverkan som enligt *Almén* följer av att en säljare, när godset i de fall som avses i 28 § andra stycket och i 52 § köplagen avvisats av köparen, förhåller sig passiv under oskäligt lång tid (se framställningen angående köparens rätt att »ändra ståndpunkt», § 31 vid not 19 b ff, tillägg till § 52 vid not 46 ff). Nämnda passivitetsverkan är erkänd i rättspraxis, NJA 1926 s. 589 (rubriken).

KAP. III

PASSIVITETSVERKAN ENLIGT 6 § ANDRA STYCKET AVTALSLAGEN

Den svenska lagstiftningen innehåller ett flertal regler om passivitetsverkan, som utan tvivel ha stor praktisk betydelse men icke i högre grad ge vägledning vid bedömningen av spörsmålet om passivitetsverkan vid avtalsslut överhuvud. Till dem hör som vi sett den i nästföregående kapitel analyserade 60 § köplagen. Det finns emellertid även lagstadganden, som äro av grundläggande betydelse i passivitetshänseende, i det de giva uttryck för principer, som i vidsträckt omfattning kunna tillämpas utanför stadgandenas tillämpningsområde och fördenskull förtjäna särskild uppmärksamhet.

Det är två lagbestämmelser som här åsyftas. Den ena är 6 § andra stycket avtalslagen, den andra 82 § kommissionslagen (jfrd med 90 § samma lag). Den förra utgör en allmänt avtalsrättslig regel, som avhandlar frågan om dold dissens, när vid ett avtalsslut accepten icke är »ren» utan försedd med tillägg, inskränkning eller förbehåll. Den andra bestämmelsen kan synas reglera något tämligen speciellt: en viss svars- eller upplysningsplikt ålägges den som slutit köpeavtal med — eller avgivit anbud om köp till — icke den ifrågavarande säljaren själv utan till en dennes handelsagent (eller handelsresande). Emellertid är även sistnämnda lagbestämmelse analogivis och indirekt av centralt intresse för ämnet i denna avhandling.

Sedan i 6 § första stycket avtalslagen stadgats, att svar som innehåller att anbud antages men på grund av tillägg, inskränkning eller förbehåll icke överensstämmer med anbudet skall gälla såsom avslag i förening med nytt anbud, heter det i andra stycket:

»Vad nu är sagt äge dock icke tillämpning, där den, som avgav svaret, anser det överensstämma med anbudet och mottagaren måste inse detta. I ty fall åligger det denne, om han icke vill godtaga svaret, att utan oskäligt uppehåll giva meddelande därom; underlåter han det, skall avtal i enlighet med svarets innehåll anses hava kommit till stånd.»

I förevarande lagrum är alltså fråga om det fall att å ett anbud avgivits oren accept. Här skulle egentligen accepten, enligt paragrafens första stycke, betraktas som ett nytt anbud, och om detta icke accepterades av mottagaren, d. v. s. den ursprunglige anbudsgivaren, skulle avtalsslutet stranda på grund av dissens. Härifrån göres nu emellertid ett märkligt undantag genom passivitetsregeln i andra stycket. Om avgivaren av accepten anser den överensstämma med anbudet och den ursprunglige anbudsgivaren måste inse detta, åligger det denne att utan oskäligt uppehåll giva andra parten meddelande därom, och vid underlåtenhet därutinnan skall avtal anses hava kommit till stånd. Avtalet blir följaktligen gällande i enlighet med den modifierade accepten. Den dolda dissens, som föreligger mellan anbud och svar, upphäves genom förevarande passivitetsregel. Anbudsgivaren blir, om han icke reagerar, bunden vid något som han varken menat eller förklarat. Det av honom åsyftade avtalsinnehållet förvandlas legalt — till följd av eller så att säga som straff för den passivitet vartill han gjort sig skyldig — i enlighet med motpartens uppfattning om det tillämnade avtalet. Tänkes den orena accepten, i överensstämmelse med huvudregeln i första stycket av paragrafen, utgöra ett nytt anbud, kan man konstruera läget så, att avtalsslut åvägbringas genom anbudstagarens, d. v. s. den ursprunglige anbudsgivarens, blotta underlåtenhet att svara på anbudet.

Detta är uppenbarligen en intensiv passivitetsregel. Den saknade ock, enligt vad som anmärktes vid stadgandets tillkomst, motsvarighet i utländsk lagstiftning. Ingenstädes hade man gått så långt i riktning att tillerkänna passiviteten relevans, till förhindrande av avtals strandande på grund av dissens, som här. Ändock motiverades bestämmelsen på ett

minst sagt lättvindigt sätt. Man hänvisade i huvudsak till grunderna för det till det yttre liknande stadgandet i 4 § andra stycket avtalslagen, fastän i detta senare lagbud ingalunda är tal om att genomföra en legal förvandling av det tillärnade avtalsinnehållet.

Regleringen i 6 § andra stycket avtalslagen är emellertid en intressant nyskapelse och en värdefull sådan. Låt oss närmare se vad den innebär.

Tydligt är, att 6 § andra stycket avtalslagen innefattar en *misstagsregel*. Misstaget ligger å den (ursprunglige)¹ anbudstagarens sida. Denne har visserligen icke av misstag avgivit en viljeförklaring av annat innehåll än åsyftat varit. Förklaringsmisstag enligt 32 § första stycket avtalslagen är således ej förhanden. Ty anbudstagaren har förklarat alldeles vad han velat, och detsamma gäller såsom förut nämnts hans motpart, anbudsgivaren. Båda ha givit riktigt uttryck åt sin vilja. Men vad den ene (anbudsgivaren) har velat och riktigt uttryckt överensstämmer, på grund av tillägget till anbudet eller inskränkningen eller förbehållet däri, icke med vad den andre (anbudstagaren) velat och likaledes objektivt riktigt uttryckt. — Det är därvid att märka, på sätt i motiven betonas, att anbudstagarens ifrågavarande modifikation måste för att lagbudet skall äga tillämpning vara av materiell betydelse, så att därigenom avtalets objektiva innehåll verkligen förändras.² I motsatt fall täcka ju förklaringarna, objektivt sett, varandra — likaväl som enighet rå-

¹ I det följande underförstås, när det talas om anbudsgivare och anbudstagare, detta parentestillägg.

² NJA II 1915 s. 172. — I omedelbar anslutning härtill uttalas i motiven följande, som åtminstone från teoretisk synpunkt ej är oangripeligt: »Det har sålunda ingen verkan i förevarande hänseende, om i accepten tillfogas ett förbehåll angående något, som anbudsgivaren redan på grund av lag eller handelsbruk är skyldig att underkasta sig.» Såvida icke fingeras, att allt vad som står i lag eller följer av handelsbruk av betydelse för parternas rättsförhållande också är *uttryckt* i anbudet, kan det ej påstås att överensstämmelse mellan förklaringarna, anbudet och accepten, här föreligger. Acceptens innehåll är, genom att det tillfogats sådant som icke är uttryckt i anbudet, vidsträcktare än innehållet i detta. (Se angående motsvarande principfråga på

der om vad kontrahenterna därmed avsett — och avtalsslut kommer i enlighet härmed till stånd utan att någon passivitetsregel behöver tillgripas. Huruvida vad som ter sig såsom tillägg, ändring eller förbehåll utgör en reell förändring i förhållande till anbudet eller icke är visserligen ofta, såsom skall ytterligare beröras här nedan, svårt att avgöra.

Anbudstagarens misstag, vilket alltså icke är ett förklaringsmisstag, består däremot i att han felaktigt trott, att den av honom avgivna förklaringen överensstämmer med anbudet. Misstaget är en form av »error in motivis», en oriktig förutsättning. Att anbudstagaren har gjort sig skyldig till detta misstag beror åter på att han *missförstått* anbudet. Han har däri inlagt annan innebörd än detsamma objektivt har. Likaväl som ett förklaringsmisstag kan ha sitt upphov i ett missförstånd av motpartens förklaring³, likaväl kan en motivvillfarelse, en oriktig förutsättning, ha sådant upphov.⁴ Med hänsyn till detta sitt missförstånd måste anbudstagaren alltid vara i culpa in contrahendo. Han har ju utan fog uppfattat anbudet annorlunda än det objektivt sett bör uppfattas och i anledning därav försett sin accept med ifrå-

arbetsrättens område, i anledning av AD 1933 nr 159, *Schmidt* a.a. s. 224 f). En annan sak är, att en divergens mellan anbud och svar av det slag som nu avses i väl flertalet fall saknar rättslig betydelse, varför 6 § andra stycket avtalslagen då icke har någon uppgift att fylla. En dissens kan vara förhanden utan att den är relevant. Det är ingalunda självklart, att en dissens, brist på överensstämmelse mellan anbud och svar, alltid måste, om man bortser från de lagreglerade fallen, hindra avtalsslut.

³ En anbudstagare, som accepterar ett anbud blankt, har tillagt ett däri förekommande uttryck en felaktig innebörd med påföljd att accepten får »annat innehåll än åsyftat varit». Se *Almén*, *Lagen om avtal*, 1916, s. 178 not 30.

⁴ Missförstånd kan emellertid vara ett viljefel som även verkar självständigt, d.v.s. utan att det föranlett vare sig ett förklaringsmisstag eller en motivvillfarelse. Så vid ensidiga rättsärenden, icke blott sådana som i likhet med gåva innebära ett förfogande till förmån för andra parten (se härom *Almén* a.st.) utan även när rättsärendet, såsom vid uppsägning, i första hand utövar verkan *mot* denna part. Verkan av dylikt misstag är föga behandlad i svensk doktrin.

gavarande modifikation. Hans föreställning om anbudets innebörd är från objektiv synpunkt ohållbar. Anbudsgivaren bygger på en objektivt sett riktig förståelse av anbudet, anbudstagaren däremot på en oriktig. Det är viktigt att understryka detta senare. Om anbudstagaren hade haft fog för sin uppfattning, att tillägget, inskränkningen eller förbehållet låter sig, reellt sett, förena med anbudet, skulle avtalet omedelbart vara slutet i enlighet med hans uppfattning.⁵ Någon möjlighet att reagera däremot hade anbudsgivaren icke haft, och utrymme för tillämpning av passivitetsregeln i 6 § andra stycket avtalslagen finnes ej.

Icke dess mindre skyddas nu genom nämnda regel den culpöse kontrahenten, anbudstagaren. Det sker som sagt i den ordningen att hans motpart ålägges att, när han genom accepten får kännedom om anbudstagarens förutsättningsfel, utan oskäligt uppehåll underrätta honom därom, lämna honom meddelande om bristen på överensstämmelse mellan anbudet och accepten. Anbudsgivaren får icke slå sig till ro med att hans eget viljeuttryck är oklanderligt och att han ej rår för sin motparts feltolkning, som i princip (jfr dock härom nedan) kan vara så grov som helst. Han måste vara verksam för korrigerings av feltolkningen, till förebyggande av att avtalet strandar på grund av dissens. Får anbudstagaren icke upplysning om sitt misstag, skall enligt lagregeln avtalet utan vidare anses ingånget i enlighet med vad han för sin del felaktigt föreställt sig vara det föreslagna anbudets innebörd. En sådan upplysningsverksamhet ålägges icke blott en köpman eller en eljest kommersiellt förfaren anbudsgivare utan vilken privatman som helst, även en föga skrivkunnig sådan.

Måhända kan här väntas det inkastet att, om man nu tager fasta på att anbudstagarens förklaring är behäftad med ett slags viljefel, denna regala reglering ej kan sägas vara

⁵ Utom naturligtvis när det misstag om det egna anbudets innebörd, som då kunde föreligga hos anbudsgivaren och i så fall vore ett förklaringsmisstag, insetts eller bort inses av anbudstagaren (32 § första stycket avtalslagen).

anmärkningsvärd. Den innebure allenast, att här som så ofta eljest en »ondtroende» kontrahent icke får profitera på en annans viljefel, även om detta som sådant är oursäktligt, utan måste finna sig i att den andres förklaring tillerkännes rättsverkan i enlighet med vad han åsyftat. Ja, det är möjligt att en sådan analogi medverkat vid lagbudets tillkomst. Den är emellertid förfelad. Läget skiljer sig nämligen i grund från det fall, att någon avgivit en förklaring som objektivt har innehållet *a* men oriktigt trott den ha innehållet *b* samt att motparten insett, icke blott att *a* ej åsyftats utan även att det åsyftade varit *b*. För dylikt fall brukar allmänt antagas — visserligen utan stöd av 32 § avtalslagen, som blott utsäger det förra (att rättshandlingens objektivt uttryckta, ej avsedda innehåll icke är gällande) — att *b* i stället »gäller» som det innehåll misstagskontrahenten uttryckt.⁶ Det spörsmål det då rör sig om är endast, vilken inverkan motpartens onda tro utövar på *misstagskontrahentens* förklaring. Och denna inverkan består däri, att man frångår det eljest avgörande objektiva förklaringsinnehållet; förklaringen bedömes såsom om det åsyftade innehållet (*b*) riktigt uttryckts i förklaringen. Men enligt 6 § andra stycket avtalslagen har anbudsgivarens onda tro en vida mer ingripande effekt. Även *hans* (motpartens till misstagskontrahenten) viljeförklaring omgestaltas i strid med dess objektiva innehåll.

Förevarande passivitetsregel karakteriseras alltså av att en kontrahent ålägges upplysningsskyldighet i anledning av att motpartens (anbudstagarens) felaktiga föreställning om avtalsslutet bottnar i ett missförstånd av kontrahentens (anbudsgivarens) egen viljeförklaring. Man skulle kunna säga att lagen låter en kontrahent bära »ansvar» för den av honom avgivna förklaringen även i det hänseendet att han, om

⁶ Se t.ex. *Ussing*, Aftaler s. 163. Detta får betydelse icke blott när viljeförklaringen är ensidig, jfr NJA 1963 s. 643, utan även vid avtal, *såframt* medkontrahenten vill taga fasta på detta andra, av vederbörandes vilja omfattade förklaringsinnehåll (*b*) och sålunda godtagger ett avtal i överensstämmelse därmed.

han inser att förklaringen missförståtts av andra parten, måste inskrida till klarläggande av dess innehåll.⁷ Det förutsättes då, att denna insikt hos anbudsgivaren uppkommer i anslutning till anbudstagarens accept. Det fall att anbudsgivaren först i annat sammanhang, kanske långt senare, kommer på det klara med att anbudet missförståtts och att anbudstagaren därför dragit felaktiga slutsatser om avtalets perfektion är icke reglerat i lagstadgandet.

Av det anförda framgår emellertid, att passivitetsregeln i 6 § andra stycket avtalslagen, även om den kan sägas vara djärv⁸, innefattar mycket vittgående begränsningar, som reducera de betänkligheter vartill regeln skulle kunna giva anledning.

Redan upprätthållandet av den första förutsättningen för regelns tillämplighet, nämligen att anbudstagaren verkligen, låt vara utan fog, utgått från att tillägget, inskränkningsen eller förbehållet låter sig förena med anbudet, är därutinnan av synnerlig betydelse. Ett försök av anbudstagaren att *medvetet* bättra på avtalet i för honom gynnsam riktning röner ingen uppmuntran i stadgandet. Så snart anbudstagaren själv förstått, att den modifierade accepten innebär en (reell) förändring av anbudet, utövar passiviteten å anbudsgivarens sida enligt lagrummet intet inflytande. Har anbudstagaren själv icke trott, att hans accept är ren, lär för övrigt passivitetsverkan utebliva t. o. m. om anbudsgivaren orik-

⁷ Förmodligen får lagstadgandet anses tillämpligt jämväl i det fall, att anbudstagaren i god tro kompletterat avtalet med bestämmelser, som visserligen icke strida mot anbudet, d.v.s. vad där är uttryckt, men äro oförenliga med de dispositiva lagregler, som vid frånvaron av avvikande partsreglering gälla för avtalet, samt anbudstagarens oriktiga konsensantagande insetts av anbudsgivaren. Anbudstagaren-köparen har t.ex. föreställt sig, att ett av honom gjort tillägg, som går ut på att fraktkostnaden skall bäras av säljaren i fall där kostnaden enligt lag eller handelsbruk åvilar köparen, är med anbudet överensstämmande, och denna föreställning har insetts av anbudsgivaren.

⁸ Jfr *Vahlén*, *Avtal och tolkning*, 1960, s. 143. Det synes ha varit försvårigt, säger förf., om stadgandet ej hade givits generell räckvidd utan reserverats för handelsavtal av typ som avses i 4 § köplagen.

tigt utgått från motsatsen, d. v. s. från att hans motpart varit i god tro, men ändock underlåtit reagera mot accepten.

Än ytterligare ligger det en kraftig begränsning av passivitetsregelns räckvidd däri, att anbudsgivaren måst inse, att hans motpart haft berörda föreställning rörande acceptens överensstämmelse med anbudet. Det är ju anbudsgivarens insikt om anbudstagarens feltolkning som ansetts motivera det legala inskridandet till den senares hjälp. I rättspraxis har också detta insiktskrav spelat en viktig roll, när det gällt att förebygga att regeln genom extensivt utnyttjande missbrukas.

Båda de nu anmärkta begränsningarna ligga som synes på det subjektiva planet. De ha dock medelbart till följd en betydande objektiv begränsning av passivitetsregelns räckvidd. Lagbudet utsäger visserligen icke, att endast en mindre väsentlig dissens mellan anbudet och accepten kan upphävas på ifrågavarande sätt. Av orden »tillägg, inskränkning eller förbehåll» kan näppeligen härledas någon slutsats i den delen. Det är praktiskt omöjligt att från tillämplighetsområdet för passivitetsregeln skilja ut de fall, då genom anbudstagarens modifikation anbudsgivarens förutsättningar rubbas i högre grad eller det föreslagna avtalets grundvalar eljest starkt undergrävas. Men i realiteten ernås, via de subjektiva betingelserna för regeln, just en objektiv begränsning därav, och detta på ett mycket smidigt sätt. Klart är nämligen, att ju grövre objektivt sett avvikelsen mellan anbudet och (genom modifikationen) accepten är, dess mindre orsak finnes att tro på, till en början, den feltolkning eller det missförstånd å anbudstagarens sida som kräves för regelns tillämpning. Och under alla omständigheter måste det vid en grov objektiv dissens merendels föreligga skäl att förutsätta, att anbudsgivaren ej insett det misstag, vartill anbudstagaren vid sin bedömning av anbudets innebörd gjort sig skyldig. Sakerligen har lagstiftaren också räknat med att 6 § andra stycket sällan skall bringas i tillämpning i sådana fall, då dissensen objektivt sett är mycket utpräglad.

Vad nu senast anförts leder ett steg vidare i riktning att

förevarande passivitetsregel, när allt kommer omkring, icke kan anses innefatta en så hårdhänt behandling av anbudsgivaren som den i förstone kan synas ge intryck av med hänsyn till att denne åläggas, såsom ett straff för sin passivitet, bundenhet av annat avtalsinnehåll än han åsyftat och korrekt upptagit i sin förklaring. Är bristen på överensstämmelse mellan anbudet och anbudstagarens genom tillägget, inskränkningen eller förbehållet ändrade accept icke högradig utan jämförelsevis ringa, uppstår alltid spørgsmålet hur anbudsgivaren skulle ha förfarit, om dissensen från början bragts på tal mellan kontrahenterna och dess verkan under förhandlingar dem emellan ställts på sin spets. Anbudsgivaren skulle kanske, hellre än att hela avtalsslutet gått i stöpet, ha funnit sig i anbudstagarens krav på »förbättring» av avtalet — för att icke tala om den eventualiteten, att det i själva verket varit för anbudsgivaren likgiltigt huruvida det föreslagna tillägget etc. kommit med i avtalet eller ej. Vid sådant förhållande är då också tänkbart, att anbudsgivarens tystnad efter mottagandet av den mot anbudet i viss mån stridande accepten faktiskt kunnat (utan fiktion) tolkas så, att han godkänt ändringen. *Möjligheten* av att anbudsgivarens passivitet var uttryck för en verklig viljeförklaring, ett icke fiktivt godkännande, finnes där alltid, åtminstone så snart dissensen objektivt sett icke är grov. Detta betyder för ingen del, att man här skulle ha den egentliga ratio legis för passivitetsregeln. När anbudsgivaren legalt förpliktats opponera mot accepten, därest han är missnöjd med densamma, beror detta i princip på att anbudstagaren ansetts vara i behov av ett rättsskydd, ett särskilt rättsmedel så att säga, gentemot en anbudsgivare som är underkunnig om hans viljefel — och icke på att man räknat med att en dylik anbudsgivares tystnad genomsnittligt sett skulle vara uttryck för hans belåtenhet med det modifierade avtalet. 6 § andra stycket avtalslagen reglerar genom en reklamationsbestämmelse ett misstagsfall på sätt förut skildrats. Men givetvis kan det vara ett argument mot att anbudsgivaren i förevarande läge behandlas med alltför stor

hårdhet, att anbudsgivare *ofta* verkligen äro villiga att godkänna i mindre grad orena accepter, om ej av annan orsak så därför att icke hela det tillämnade avtalet skall förfalla.

Samma synpunkter göra sig gällande, om ett något vidsträcktare perspektiv anlägges. Passivitetsregeln i 6 § andra stycket avtalslagen är en dissensregel. En dylik regels funktion är, kan man säga, att ge korrektiv mot att en dissens får alltför vittgående och »onödiga» konsekvenser. Det skall förebyggas, att kravet på konsens, överensstämmelse mellan anbud och accept, under särskilda omständigheter har sådana avtalshindrande eller dock avtalsfördröjande följder, som i grund och botten icke uppbäras av motivet för konsenskravet. Man vill underlätta avtalsslut i vissa fall, där den i lagen reglerade avtalsmekanismen fungerar alltför tungrott och är i behov av en extra stimulans. Det kan nämligen från kontrahenternas egen synpunkt ofta vara en allvarlig sak, att dissens tillintetgör ett till synes giltigt slutet avtalsverkningskraft. I lagstiftning och doktrin i olika länder har det ock ansetts påkallat att tillgripa särskilda motåtgärder i detta hänseende. Behovet är framträdande därför att dissenspåföljden (att avtalet strandar), så naturlig densamma än i sig själv kan synas vara, ofta strider mot en så att säga latent avtalsvilja i den meningen att, därest frågan om dissensen redan från början kommit upp till diskussion, enighet skulle kunnat uppnås mellan de avtalsslutande, i synnerhet, såsom nyss berörts, genom att endera kontrahenten hellre än att gå miste om hela avtalet i mindre väsentliga hänseenden faller undan för den andres önskemål om dess utformning. Hänsyn av sådan art ha uppenbarligen förestavat den kända dissensregeln i BGB § 155. Om kontrahenterna, stadgas det där, ansett ett avtal slutet men i verkligheten icke enats om en punkt, som skulle varit föremål för reglering i avtalet, så gäller det överenskomna, när det kan antagas att avtalet skulle ha blivit slutet även utan en bestämmelse angående denna punkt.⁹ Motsvarighet till före-

⁹ Meningen synes vara att avtalet, om kontrahenterna icke i efter-

varande stadgande — som lärer avse blott det fall, att dissensen, den bristande överensstämmelsen mellan partsförklaringarna, är dold för dem bägge och föranletts av att avtalet i visst avseende är ofullständigt — har ock i svensk doktrin förordats av *Vahlén*.¹⁰ Huruvida större behov föreligger av en dylik dissensregel vid sidan av den i 6 § andra stycket avtalslagen upptagna är dock osäkert.¹¹

Slutligen tillkommer ännu en omständighet, som bidrager till att man kunnat anse passivitetsregeln i 6 § andra stycket avtalslagen särskilt motiverad och som även är ägnad att i viss mån mildra betänkligheterna mot den legala förändring av det i anbudet fastställda avtalsinnehållet som regeln åstadkommer. Obestriddigt är, att det ofta är svårt att avgöra huruvida i en accept förekommande tillägg, inskränkning eller förbehåll låter sig förena med vederbörande an-

hand bliva sams, skall kompletteras med vederbörande dispositiva lagregler. Alltså ungefär samma regel som även i vårt land plägar förordas beträffande fall av *öppen* dissens, där sålunda kontrahenterna visserligen enats om avtalet i stort och ansett detsamma ha trätt i kraft men medvetet lämnat viss punkt tills vidare oreglerad. Svårighet uppkommer emellertid när, såsom ofta är händelsen, den oreglerade punkten är sådan att någon dispositiv lagregel i ämnet icke finnes. Jfr beträffande en i viss mån liknande komplikation NJA 1913 s. 553.

¹⁰ A.a. s. 161. Uttalandena äro dock ganska vaga.

¹¹ Till förekommande av missförstånd må understrykas, att dissens självfallet icke föreligger redan därför att parter ha olika meningar om den ena eller andra kontraktsbestämmelsens innebörd. Dissens kräver, såsom den tyska lagbestämmelsen förutsätter och varom man ock i doktrinen torde vara enig (*Schmidts* motsatta uppgifter a.a. s. 130, 131 om den »traditionella lärans» innehåll äro ej korrekta), bristande överensstämmelse mellan *förklaringarna*, icke blott en differens i partsviljehänseende. Skilda meningar om hur avtalet i den ena eller andra delen är att folka äro naturligtvis ytterligt vanliga. Men detta ligger på ett annat plan. Avtalet blir gällande med det innehåll som objektivt sett är mest försvarligt, och något utrymme för dissens finnes då icke. Följden därav är att den part som hävdar annat innehåll än det objektivt riktiga — och alltså gjort sig skyldig till förklaringsmisstag — i allmänhet drager det kortaste strået (32 § första stycket avtalslagen). Se närmare nedan kap. 9 vid not 10 ff.

bud eller icke, huruvida en reell avvikelse därifrån föreligger eller ej. Det kan därför i talrika fall, men givetvis icke generellt, vara så att — om det än som förut nämnts alltid ligger anbudstagaren till last en felbedömning av anbudets objektiva innehåll, en culpa in contrahendo — denna culpa är jämförelsevis ringa. Felbedömningen kan vara, om än icke försvarlig så dock »förlåtlig». Det är förståeligt, om lagen under sådana omständigheter har särskilda skäl att komma anbudstagaren till hjälp på sätt i 6 § andra stycket skett. De åsyftade svårigheterna skola i vissa hänseenden belysas i det följande. Att lagstiftaren var medveten om deras förekomst framgår av att man i motiven inlät sig på en rätt vidlyftig undersökning rörande den riktiga tolkningen av vissa, främst i merkantilt språkbruk förekommande uttryck i syfte att klargöra huruvida deras inflickande i svar på anbud borde uppfattas som tillägg till eller inskränkning eller förbehåll däri. I obligationsrättskommitténs förslag till avtalslag resp. i ett tidigare utkast till sådan lag hade t. o. m. förordats legala tolkningsregler i detta ämne, vilka dock på hemställan av lagrådet kommo att uteslutas ur lagen på grund av ovisshet om de förordade tolkningarnas träffsäkerhet.¹² Även rättspraxis visar att de ifrågakvarande svårigheterna äro betydande.

Så långt grunddragen i förevarande passivitetsregel. Uppgiften blir nu att ytterligare något granska de rekvisit, som måste vara uppfyllda för att den lagstadgade passivitetspåföljden skall inträda.

Enligt 6 § andra stycket avtalslagen kräves i första hand, att anbudstagaren anser¹³ accepten överensstämma, reellt om

¹² NJA II 1915 s. 174 ff.

¹³ Skulle av någon orsak denna anbudstagarens uppfattning visserligen ha förelegat vid acceptens avsändande men icke bestå vid den tidpunkt anbudsgivaren enligt lagrummet har att reklamera, lär denne icke vara reklamationskyldig. Detta synes framgå av en jämförelse med 4 § andra stycket avtalslagen och motiven därtill (NJA II 1915 s. 171). Då det emellertid i allmänhet kommer att hänga på anbuds-

än icke nödvändigt formellt, med anbudet. I denna mening fordras således principiellt, att anbudstagaren är i »god tro», uttrycket god tro därvid fattat i så vidsträckt bemärkelse att hänsyn icke tages till det förut flera gånger framhävda förhållandet, att denne ju alltid feltolkat anbudet och såtillvida befinner sig i culpa, att han »bort» förstå vad han faktiskt icke förstått. Är anbudstagaren icke i angivna mening i god tro utan medvetet söker bättra på avtalet, ger förevarande stadgande, på sätt förut framhållits, intet stöd för att ålägga andra parten någon svarsplikt eller upplysningskyldighet. För avtalslagen är lyckligtvis främmande en regel sådan som den som förekommer i art. 7 mom. 2 i förslaget till »loi uniforme sur la formation des contrats de vente internationale des objets mobiliers corporels» (konventionen antagen å konferens i Haag april 1964) och som innebär, att även ett anbudssvar som innehåller »des éléments complémentaires ou différents» skall utan vidare — och alltså oavsett att anbudstagaren må ha klart för sig, att han avviker från anbudet till sin fördel — vid underlåten reklamation å anbudsgivarens sida utgöra accept och i enlighet med denna medföra ändrat avtalsinnehåll, så snart ej anbudsvillkoren därigenom blivit ändrade »substantiellement». En dylik regel lär — såsom möjliggörande manövrar i ond tro — te sig stötande för svensk rättsuppfattning redan när det gäller mellanhavanden som för bägge kontrahenternas del ha handelsrättslig prägel och än mer vid »civila» köp och andra civila rättsförhållanden.

Det hjälper i förevarande hänseende icke anbudstagaren, att han är övertygad om att anbudsgivaren skall godtaga ändringsförslaget; han anser kanske att anbudsgivaren, trots att accepten på detta sätt går utöver anbudets ram, icke förnuftigtvis kan ha något att erinra mot ifrågavarande tillägg, inskränkning eller förbehåll. Särskilt kan här tänkas på det fall att anbudstagaren »utfyller» det föreslagna avtalet med

tagarens insikt vid tiden för hans accept, kommer i det följande att bortses från denna möjlighet av mellankommande insikt om dissensen.

bestämmelser som, låt vara att de icke följa redan av lag eller handelsbruk, äro även objektivt av sådan beskaffenhet att anbudsgivaren icke rimligen kan tänkas rikta någon avgörande gensaga däremot. Det ligger ju intet anmärkningsvärt i att en anbudstagare vill rätta till och bygga på ett anbud på ett sätt som han hoppas eller förväntar skola röna tyst gillande å motsidan.

I själva verket rör det sig här om en från praktisk synpunkt utomordentligt viktig sak av det skäl att »formulärrätten» på ett avgörande sätt kommer in i bilden. Intet är nämligen vanligare än att en anbudstagare i denna ordning söker få sina formulärrättsliga köpevillkor att utgöra del av avtalet. På anbudsgivarens-köparens beställning svarar sålunda anbudstagaren-säljaren med en accept men bifogar samtidigt eller hänvisar annorledes till sina »allmänna leveransvillkor», vilkas innehåll ofta klart avviker från vad som gäller enligt dispositiv lag och således alldeles icke skulle lända till efterrättelse redan på grund av anbudet och en »ren» accept därav. Det tycks också vara en utbredd uppfattning inom affärlivet, att anbud kunna på nämnda sätt, om andra parten icke opponerar däremot, säkra sin formulärrätts införlivande med avtalet. Men för denna åsikt kan man som sagt icke åberopa 6 § andra stycket avtalslagen.¹⁴ Det blir i så fall en påbyggnad på den i lagrummet upptagna passivitetsregeln, se strax här nedan.

Likafullt är kravet att anbudstagaren ansett överensstämmelse föreligga mellan anbudet och accepten icke, ens i vad angår tillämpning av formulärrätten, så ingripande som man i första hand skulle kunna tro. Redan objektivt är det ofta, som sagt, mycket vanskligt att avgöra, när en accept skall anses förenlig med anbudet, eftersom allenast en formell brist på överensstämmelse är betydelselös.¹⁵ I synnerhet är

¹⁴ Jfr *Almén* a.a. s. 33 not 13.

¹⁵ Som en särskild variant kan omnämnas det fall, att det är diskutabelt huruvida ett av anbudstagaren gjort tillägg till anbudet i själva verket är, objektivt sett, till fördel för anbudsgivaren och icke till hans nackdel. Jfr NJA 1917 s. 133: Fråga huruvida en accept, som innebar

därvid att märka, att den tolkning av anbudet en anbudstagare gör kan vara berättigad även om anbudets uttryckliga innehåll icke ger något som helst stöd för densamma. Han kan med hänsyn till »omständigheterna», allt det som indicerar anbudsgivarens vilja, ha haft fog för att förstå anbudet på sätt som i accepten skett trots att till synes en divergens är förhanden. Bland annat kan en utfyllnad av anbudet å anbudstagarens sida med ytterligare avtalsklausuler vara objektivt försvarlig, om hänsyn toges till avtalets »anda». Jämväl till accepten fogade formulärrättsliga bestämmelser *kunna* på denna väg befinnas stå i överensstämmelse med anbudet och gälla som anbudsvillkor. I vilken utsträckning man med stöd av avtalets anda eller konkludenta omständigheter i övrigt har skäl att ge åt anbudet ett annat och vidsträcktare innehåll än detsamma enligt sin avfattning äger, därom är naturligtvis svårt att säga något mera generellt. Särskilt omtvistligt är, i vad mån det kan åt vad som må synas vara blott förutsättningar å anbudsgivarens sida i antydda ordning förlänas rang, heder och värdighet av avtalsvillkor. Än vidare kan naturligen frågan om tilläggs eller andra i accepten gjorda modifikationers överensstämmelse eller avvikelse från lag eller handelsbruk vara föremål för olika meningar.¹⁶

en viss förändring av den borgenssäkerhet anbudsgivaren hade att ställa för utförandet av en entreprenad, betydde en skärpning i förhållande till anbudet eller tvärtom en lindring.

¹⁶ Jfr ovan not 2 och 7. — Antag, att anbudstagaren utfyller avtalet med en klausul i en fråga, som uppenbarligen icke reglerats i anbudet utan endast ligger på förutsättningsplanet, men att mot bakgrunden av anbudets innehåll bestämmelsen ger uttryck för hur förutsättningsspörsmålet rätteligen bör besvaras. Det torde då överensstämma med tankegången i förevarande stadgande att anse klausulen, såsom överensstämmande med »lag», icke innefatta någon avvikelse från anbudet — trots det i och för sig betydelsefulla förhållandet att anbudsgivaren för sin del, om han övervägt saken före anbudets avgivande, kanske icke skulle ha gillat denna legala bedömning av frågan om förutsättningens relevans utan givit annat innehåll åt anbudet eller eventuellt t.o.m. inhiberat detsamma.

Exempel på tillägg, inskränkning eller förbehåll, om vilkas reella överensstämmelse eller avvikelse från anbudet kan tvistas, erbjuder rättsfallet

NJA 1924 s. 458: Accept — genom telegram och brev med ett par dagars mellanrum — avseende leverans av kol till en stads gasverk skilde sig från anbudet genom att *dels* i brevet vid uppgiften om varukvantiteten tillfogades ordet »cirka» *dels* likaledes i brevet tillades villkor om konossement som bestämmande för samma kvantitet *dels* (men blott i telegrammet) gjordes förbehåll om »vanliga reservationer och betingelser». Stadgandet i 6 § andra stycket avtalslagen tillämpades, dock att HD icke införlivade sistnämnda förbehåll med det avtal som ansågs träffat.

Så mycket mera klart är då att, även om objektivt sett fog icke finnes för att anse överensstämmelse mellan anbud och accept föreligga, anbudstagaren kan ha ansett konsens förefinnas. Det hänger ju enligt 6 § andra stycket avtalslagen icke på om anbudstagarens föreställning därvidlag varit mer eller mindre välgrundad eller ej. Har alltså anbudstagaren varit övertygad om att den eller den ändringen eller utfyllnaden av anbudet är förenlig med avtalets anda eller eljest med vad detsamma realiter innefattar, blir passivitetsregeln, om anbudsgivaren förstått denna anbudstagarens inställning, tillämplig. Och i den delen torde — oavsett vad man annars må anse om förutsättningsars behandling som avtalsvillkor — av praktiska skäl vara nödvändigt att sträcka sig ganska långt i välvilja mot anbudstagaren vid bedömningen av huruvida denne kan ha ansett konsens föreligga på grund av att anbudets innehåll, med hänsyn till dess anda etc., i accepten icke skulle ha reellt överskridits. Eljest komme utomordentliga gränsdragningsvårigheter att uppstå. Anbudstagaren torde t. o. m. — det blir trots allt en viss avvikelse från vad som väl egentligen ligger i kravet på övertygelse om acceptens förenlighet med anbudet — få anses godtroende, när han visserligen själv har klart för sig, att modifikationen av anbudet icke stämmer med motpartens uttryckta vilja, icke ens med hans konkludent uttryckta vilja, och alltså ej kan genom »tolkning» (i snävare mening) förenas med denna, men han utgår från att modifikationen

följer av sådana avtalets förutsättningar vartill rättsligt måste tagas hänsyn. Och det torde vara tillräckligt för att anbudstagaren skall anses ha varit i god tro, att han föreställt sig, om än obefogat, att hans tillägg, inskränkningar eller förbehåll äro förenliga med lag, inbegripet oskrivna rättsgrundsatser, eller med handelsbruk som gäller som lag.¹⁷ Först när anbudstagaren själv insett, att hans formulärrätt eller påbyggnad i övrigt verkligen i sak innefattar något nytt i förhållande till anbudet, kommer man — även då detta nya är sådant att andra parten enligt hans mening borde ge sin anslutning härtill — utanför lagstadgandets räjong.

Om passivitetsregeln nyanseras på sätt av det anförda följer, synes det praktiska behovet av att contra eller praeter legem företaga en utvidgning av passivitetsverkan därhän, att kravet på god tro hos anbudstagaren skjutes åt sidan, icke vara trängande. En dylik utvidgning måste också inge starka betänkligheter, främst genom den förstärkning av formulärrätten, med därmed förbundna missbruk, som då skulle inträda. Till försvar för en rättstillämpning, som går utöver innehållet i 6 § andra stycket avtalslagen på förevarande punkt, skulle visserligen kunna anföras hänsynen till antydnda praxis inom affärslivet eller rättare till uppfattningen inom detsamma beträffande »orderbekräftelsers» rättsliga relevans även när dessa icke kunna uppfattas som överensstämmande med anbudets innehåll.¹⁸ Om någon sed-

¹⁷ Jfr ovan not 2, 7 och 16.

¹⁸ Se härvidlag *Dennemarks* framställning — i hans arbete »Om svensk domstols behörighet i internationellt förmögenhetsrättsliga mål», 1961 — angående verkan av att vid internationella avtal anbudsgivare-köpare förhålla sig passivt efter mottagandet från anbudstagare-säljare av orderbekräftelser, som innefatta formulärrättsliga prorogations-resp. skiljedomsklausuler (s. 257 ff, 268 ff). Framställningen ger intryck av att förf. utgår från att i enlighet med åberopad allmän kommersiell uppfattning passivitetsverkan *in dubio* bör erkännas i nu avsedda fall, och ingenting antyder att han anser anbudstagarens övertygelse om de formulärrättsliga bestämmelsernas överensstämmelse med anbudet vara en förutsättning härför (se det sätt varpå notisrättsfallet NJA 1936 B 418 och partspläderingen i detta mål refereras

vanerätt i den delen kan man dock under inga omständigheter tala. Och att man från säljarnas eller deras organisationers sida — formulärrätten har ju i regel icke sitt upphov från köparhåll — må ha intresse av och strävar efter att till orderbekräftelser anknyta en rättsverkan, som sträcker sig utöver den legalt fastslagna, utgör ej något avgörande argument, helst som omdiskuterade godtroskrav måste i sig självt anses vara i hög grad sunt och motiverat.¹⁹ Men även om detta krav bör vidhållas, i den form som ovan beskrivits, behöver detta naturligen icke hindra att rent un-

s. 269—272). Emellertid behandlas ju ämnet främst ur internationellt processrättsliga synpunkter, varför ett bestämt ställningstagande till förevarande civilrättsliga spörsmål förmodligen icke åsyftats; märk reservationen s. 275 f. (Dennemarks framställning synes även hänföra sig till sådana hithörande formulärrättsliga bestämmelser, som inflyta i *anbudshandlingar*. Detta ligger dock på ett annat plan, enär bestämmelsernas upptagande som moment i avtalet här i regel följer direkt av andra partens accept. Förhållandet är, i förbigående sagt, detsamma även om de formulärrättsliga klausulerna icke inflickats i någon anbudshandling men deras innehåll tidigare meddelats anbudstagaren samt klart framgår anbudsgivarens avsikt att anbudet sker på grundval av desamma, NJA 1949 s. 87).

I sin anmälan av Dennemarks avhandling anför *Hjerner* (SvJT 1963 s. 199 ff), vad beträffar avtalslagens krav på att avgivaren av den orena accepten icke får ha insett den gjorda avvikelser från anbudet, att restriktivitet syntes honom påkallad »då det är fråga om att för en part som är medveten om avvikelserna underlätta att avtal kommer till stånd på de av honom ändrade villkoren». Vad angår skiljedoms- och prorogationsklausuler återopas ock till stöd för denna restriktivitet nedan refererade rättsfall NJA 1949 s. 609. Om emellertid — säger förf. — en utöver 6 § andra stycket avtalslagen gående passivitetsverkan vid dylika klausuler ifrågasättes, synes denna »böra begränsas till vissa mera lätt urskiljbara fall, såsom då den passiva parten redan mottagit eller verkställt prestation samt avgivaren av den orena accepten verkligen tror att han avgivit ren accept resp. bekräftelse eller åtminstone har anledning antaga att motparten utan vidare är villig att finna sig i avvikelserna» (det är väl egentligen blott i sistnämnda fall, som det skulle föreligga en längre gående passivitetsverkan än i sagda paragraf i avtalslagen stadgas?).

¹⁹ En tänkbar medelväg kunde visserligen vara, att anbudstagarens insikt om acceptens orenhet ej hindrade tillämpning av passivitetsre-

dantagsvis, på grund av särskilda omständigheter *in casu*, passivitetsverkan trots frånvaron av god tro hos anbudstagaren erkännes.²⁰ Objektiva passivitetsregler äro sällan av den art, att därigenom uteslutes att passiviteten med stöd av speciella faktorer tillerkännes verkan i egenskap av konkludent viljeförklaring.

Med kravet på god tro, i förut angiven mening, å anbudstagarens sida korresponderar nu för anbudsgivarens del, att denne för att drabbas av passivitetspåföljden i 6 § andra stycket avtalslagen »måste inse» anbudstagarens ifrågavarande misstag beträffande konsensen. Vad är då innebörden härav?

Fullt klart är detta knappast. Det lär emellertid icke kunna med fog förnekas, att lagen i princip fordrar *vetskap* om anbudstagarens missförstånd beträffande acceptens överensstämmelse med anbudet. Tillfyllest är icke, att anbudsgivaren »bort» ha dylik vetskap. Härför talar redan lagtextens avfattning, varvid erinras om att avtalslagen även an-

geln i sådana fall, då han icke blott föreställer sig, att anbudsgivaren icke har något att erinra mot vederbörande tillägg, inskränkning eller förbehåll, utan också denna modifikation framstår som objektivt sett välgrundad. Men även detta leder ganska långt, och man komme i rättstillämpningen in på mycket vanskliga bedömningar.

²⁰ Jfr *Almén*, Lagen om avtal a.st., vilken under hänvisning till ett uttalande i lagens norska motiv (och till några rättsfall, som dock icke synas visa något i åsyftad riktning) menade, att omständigheterna kunna vara sådana att det skulle strida mot tro och heder att underlåta reklamation oaktat acceptens bristande överensstämmelse med anbudet finge antagas ha varit klar för anbudstagaren. Då *Almén* alltså ville begränsa undantagen från passivitetsregeln till sådana extrema lägen, blir därmed ock begripligt hans uttalande, att man icke därför att i lagtexten stadgas reklamation i vissa fall finge draga någon slutsats in contrarium. Eljest måste man ju undra över vad det skulle tjäna till att meddela en lagregel, därest de betingelser som där angivas för dess tillämpning kunde lämnas utan avseende. — Tydligen med stöd av sagda motivuttalande har i ett uppmärksammat norskt rättsfall, NRt 1938 s. 259, kravet på god tro hos anbudstagaren ansetts icke behöva upprätthållas. Jfr emellertid även NRt 1925 s. 945 och 1930 s. 799.

norstädes (se 33 § och vad rättspraxis beträffar t. ex. NJA 1956 s. 623) gör skillnad mellan »Wissen» och »Wissenmüssen». Förmodligen har lagstiftaren utgått från att, då anbudsgivaren här har att uppfylla en upplysningsplikt, denna icke gärna kan åläggas annan än den som har kännedom om det varom skall upplysas (huruvida denna argumentering är bindande är en annan sak). Försiktigheten bjuder väl också att icke bringa förevarande, även därförutan vittgående passivitetsregel till allmän tillämpning, så snart anbudsgivaren blott kan påbörjas att han *bort* utröna motpartens inställning. Å andra sidan kan givetvis icke med vetenskapskravet förbindas en fordran att anbudsgivarens underlåtenhet att reagera varit uttryck för ett illojalt eller otillbörligt beteende, även om denna synpunkt må ha medverkat vid avtalslagens tillkomst.²¹ Passivitetsregeln är nämligen tillämplig även då en anbudsgivare, som vunnit kännedom om anbudstagarens missförstånd, sedermera blott av glömska, oföretagsamhet o. d. underlåtit fullgöra vad som enligt lagrummet ålegat honom. Denna eventualitet behöver, särskilt som stadgandet omfattar även andra än handelsrättsliga avtal, icke vara opraktisk.

Likafullt torde lagens tvetydiga uttryckssätt: »måste inse» föranleda eller tillåta vissa avsteg från principen, att för passivitetspåföljdens inträde fordras vetenskap å anbudsgivarens sida. Till en början gäller säkerligen, att man i bevishänseende bör ställa tämligen låga krav. Detta framgår av en jämförelse med 33 § avtalslagen, där en liknande lokution (»måste antagas hava») användes och en viss bevislindring synes vara åsyftad. En dylik mot anbudstagaren speciellt välvillig bevisbedömning kan naturligen ibland komma en materiell förändring av regeln nära. Än vidare äger man kanske av lagregelns formulering sluta sig till att,

²¹ Jfr motiven till 4 § andra stycket avtalslagen, där det talas om otillbörlig spekulation (NJA II 1915 s. 170). Se även *Köersner*, Obligationsrättskommitténs förslag till avtal, 1915, s. 17, där passivitetsregeln i 6 § andra stycket samma lag gillas under hänvisning till att det inom affärslivet anses vara »fair play» att reklamation sker.

då anbudsgivarens ifrågavarande culpa in contrahendo är extrem, så att frånvaron av insikt enligt vanlig uppfattning ter sig svårförklarlig, skillnad icke kan göras mellan vad anbudsgivaren insett eller bort inse, jfr parömin »culpa lata dolo comparatur». ^{21a} Under alla omständigheter är det vanskligt att insistera på vetskapskravet i sådana fall, då anbudsgivaren grundar påståendet att han saknat insikt om anbudstagarens missförstånd på att han icke brytt sig om att läsa acceptskrivelsen ordentligt utan tagit för givet, att accepten var i ordning.

SvJT 1922 rf. s. 73: Anbudsgivaren-bolaget genmälde, beträffande tillämpning av 6 § andra stycket avtalslagen, att anledning till att bolaget icke framställt någon invändning mot visst av anbudstagaren gjort tillägg till anbudet varit, att man »icke iakttagit tillägget». Invändningen hade ingen effekt. Den omnämndes icke ens i domsmotiveringen.

Även bortsett från fall av sistnämnda art torde man i rättspraxis icke alltid ha varit obenägen att vid tillämpning av 6 § andra stycket avtalslagen jämställa det förhållandet att anbudsgivaren bort ha vetskap i det föreliggande hänseendet med att han faktiskt haft sådan vetskap — ett ställningstagande som enligt det nyss sagda principiellt icke är efterföljansvärt. Särskilt kan härutinnan hänvisas till

NJA 1922 s. 389: I detta rättsfall, för vilket närmare redogöres nedan kap. 9 vid not 6, var visserligen icke fråga om en omedelbar utan allenast om en analog tillämpning av sagda lagrum. Men så mycket mera markant är då, att därvid enligt HD:s dom tillmättes betydelse åt den omständigheten huruvida den passiva parten, alltså den som intog en ställning motsvarande anbudsgivarens enligt lagrummet, *bort* inse andra partens missförstånd; vetskap hos den förre fordrades icke. Domsmotiveringen läser nämligen utvisa att, *om* man ansett sig kunna konstatera att vederbörande bort ha nämnda insikt, domslutet skulle gått i motsatt riktning. — Se vidare HD-minoriteten i *NJA 1962 s. 276*, där dock skrivsättet kan förklaras av att man önskade bemöta samtliga de rättsgrunder revisionskäranden åberopat i målet, oavsett om de alla vore i och för sig bärande eller icke.

^{21a} Se mitt arbete »Avtalsrättsliga spørsmål», 2 uppl. 1954, s. 123.

I detta sammanhang är att märka, att ifrågavarande insiktskrav i själva verket inrymmer två moment. Man har att tänka på icke blott det som lagtexten närmast syftar till: insikt om att anbudstagaren missförstått anbudet. Det primära krav som måste uppställas är dock givetvis, att anbudsgivaren överhuvud haft insikt om att accepten avviker från anbudet, d. v. s. att tillägg, ändring eller förbehåll gjorts. Detta låter kanske banalt. I normala fall lär en anbudsgivare icke kunna undgå att se, att accepten är försedd med modifikation, som eventuellt göra densamma oren. Väl kan det hända att även han, liksom anbudstagaren, misstagit sig beträffande acceptens nämnda egenskap. Men möjligheterna att mot denne åberopa sådant misstag och hävda dissens måste ju på grund av kontrahenternas gemensamma inställning vara små. Emellertid får anmärkta primära insiktskrav aktualitet — förutom då anbudsgivaren gör gällande att han överhuvud icke fullständigt tagit del av accepten, jfr det nyss sagda — på grund av de komplikationer formulärrätten vållar. Om anbudstagarens modifikation av anbudet består däri att han hänvisar till (men icke bifogar) »allmänna leveransvillkor» eller andra dylika formulärrättsliga bestämmelser, såsom kompletterande men enligt hans mening icke reellt förändrande anbudet, invänder kanske anbudsgivaren, när tvist om avtalets giltighet sedermera uppkommer, att han ej haft reda på innehållet i de standardvillkor vartill hänvisning skett och följaktligen icke haft klart för sig, att anbudet blivit modifierat genom accepten, i varje fall icke kunnat bilda sig någon mening i detta hänseende. Eller anbudsgivaren medger kanske visserligen, som ju rimligt är, att han kunnat inse, att de av hans motpart åberopade formulärrättsliga bestämmelserna måste, även om han ej är underkunnig om hur de äro beskaffade, i det ena eller andra hänseendet ha till följd en förändring av det anbud han avgivit. Men han hävdar att han icke vetat om, att nämnda formulärrätt avviker från anbudet i *det* särskilda hänseende varom tvist uppkommit mellan parterna (och att det är *denna* avvikelse som är orsak till att han icke anser sig

bunden av avtalet); vid sådant förhållande hade anledning saknats för honom att reklamera mot den, som han numera funnit, orenerade accepten.

Den problematik, vartill 6 § andra stycket avtalslagen här ger anledning, belyses av rättsfallet

NJA 1949 s. 609: Sedan A, som innehar maskinagentur, hos ett handelsbolag beställt ett antal släpvagnar till lastbil, har bolaget å den skrivelse varigenom ordern bekräftades anbragt ett stämpelavtryck av innehåll att för leveransen gällde »de allmänna leveransbestämmelserna för den mekaniska verkstadsindustrin». Bland dessa bestämmelser fanns upptaget ett stadgande därom att tvister i anledning av avtal, varå bestämmelserna vore tillämpliga, ej finge dragas under domstols prövning utan skulle slitas genom skiljemän enligt lag. Fråga huruvida, då A icke framställt någon erinran mot orderbekräftelsen, skiljeavtal kommit till stånd mellan A och bolaget.

Underinstanserna synas utan vidare ha tillämpat 6 § andra stycket avtalslagen. Bolagets accept vore icke ren utan försedd med ifrågavarande tillägg om att nämnda allmänna leveransbestämmelser skulle gälla; bolaget hade ansett orderbekräftelsen överensstämma med A:s anbud; detta måste A ha insett; A hade emellertid förhållit sig passiv. Samma mening hävdades klart och tydligt av minoriteten i HD (två ledamöter). Uppfattningen synes ock ha allt fog för sig. Det måste räcka att A begripit, att åtminstone på vissa punkter accepten innebure avvikelse från anbudet. Han tog en risk påminnande om den som man vid eventuellt uppsåt möter inom straffrätten, genom att icke närmare förskaffa sig kännedom om vad leveransbestämmelserna utsade.

HD:s pluralitet (tre ledamöter) kom emellertid till annat resultat. Skiljeavtal ansågs icke slutet, i det att tillämpning av 6 § andra stycket avtalslagen i förevarande hänseende, beträffande skiljedomsklausulen, avböjdes. Motiveringen var i huvudsak, att det icke styrkts, att bolaget tillställt A något exemplar av sagda leveransbestämmelser, att det ej kunde antagas att A ändock ägt kännedom om det i bestämmelserna ingående stadgandet om skiljedom,^{21b} att frågan om att tvisten skulle avgöras genom skiljemän ej heller varit på tal vid tidigare förhandlingar mellan A och bolaget samt att vid nu angivna förhållanden A:s passivitet, »oavsett vilka materiella bestämmelser som därigenom må hava blivit

^{21b} A var icke medlem i mekanförbundet, enligt vad som upplysts i målet.

gällande för själva beställningen», icke kunde anses ha medfört, att skiljeavtal kommit till stånd.

Hur skall nu detta förstås? En möjlighet skulle vara att HD verkligen menat, att det för tillämpning av förevarande passivitetsregel i princip icke vore tillfyllest, att en anbudsgivare som underlåtit reklamera insett att accepten i något eller några hänseenden var oförenlig med anbudet, utan att det måste krävas (jfr ovan) att anbudsgivaren också insett att accepten i det särskilda hänseende varom fråga är, in casu alltså beträffande tvists hänskjutande till skiljedom, hade annat innehåll än anbudet (men trots detta av anbudstagaren bedömts som ren). En dylik tolkning av 6 § andra stycket avtalslagen — varigenom kravet på vetenskap hos anbudsgivaren skärpes avsevärt i förhållande till vad som behöver utläsas ur lagbudet — har ock i doktrinen försvarats.^{21c}

Det lär dock icke ha varit HD-pluralitetens mening att helt allmänt gilla en sådan regel. Av redan antydda skäl skulle den ock vara olämplig. Antag t. ex., att sedan en anbudsgivare A avgivit ett köpeanbud, anbudstagaren-säljaren B accepterar detta med tillägg att hans »allmänna leveransvillkor» skola gälla, att B vid accepten är övertygad om att tillägget icke gör accepten oren, vilken inställning hos B ej heller betvivlas av A, att A, som saknar kännedom om somliga av dessa leveransvilkors innehåll, underlåter reklamera mot accepten *samt att* tvist sedan uppkommer huruvida dels A:s ränteplikt dels hans skyldighet att undersöka godset skall bestämmas i enlighet med de särskilda formulärrättsliga föreskrifterna härom eller enligt lag. Nog vore det väl besynnerligt, om passivitetsregeln här icke skulle vara tillämplig utan dissens föreligga för den händelse A:s okunnighet omfattat just dessa ämnen eller ettdera av dem — med påföljd att hela avtalet ansåges icke ha kommit till stånd eller kanske att av de formulärrättsliga leveransvilkoren skulle gälla allenast de, vilkas innehåll A bevisligen hade reda på (alltså eventuellt ränteregeln men icke bestämmelsen om köparens undersökningsplikt). Till försvar för här kritiserade mening skulle visserligen kunna anföras, att densamma vore av visst värde såsom ett medel att hålla formulärrätten stramt; man frampressade på detta sätt, att vid avtalsslut icke blott gjordes en hänvisning till de formulärrättsliga reglerna utan även att dessa tillställdes andra parten (om nu detta skulle anses vara tillräckligt för att parten borde antagas ha vunnit kunskap om deras innehåll). Men en attack mot formulärrätten måste nog, om den skall leda någon vart, sättas in på en bredare front än så, och de praktiska konsekvenserna av en dy-

^{21c} Vahlén a. a. s. 147 ff.

lik lagtolkning äro, såsom av det anmärkta torde framgå, föga tilltalande.

HD-domen torde fastmera vara så att förstå, att det skärpta kravet på vetskap har — jfr citatet ur domen ovan — begränsats till skiljedomsklausulen. Man har menat att *skiljeavtal* icke få tillkomma på ett så lättvindigt sätt, med tillämpning av en passivitetsregel i avtalslagen som närmast syftar på avtalsvillkor av materiell innebörd. Har en anbudsgivare icke känt till att, om han »underkastar» sig andra partens formulärrätt, detta har konsekvenser även i skiljedomshänseende, må nämnda rätt gälla mot honom i övrigt men icke så att han berövas möjligheten att få en tvist avgjord av domstol. Att skiljedomsklausuler stå i en särställning såsom avtalsvillkor har ock kommit till uttryck i annan rättspraxis.²² Man synes ha laborerat med tankegången, att avtalets innehåll ma-

²² Se sålunda *NJA 1921 s. 643*: Fråga om skyldighet för A, som till B levererat virke på grund av ett genom förmedling av C träffat avtal, varom emellertid skriftligt kontrakt ej kommit att upprättas, att i anledning av uppkommen tvist angående avtalets fullgörande underkasta sig tillämpning av skiljedomsklausul, som finnes upptagen i ett B av C tillställt skriftligt kontraktsförslag rörande leveransen men icke i det enligt A:s uppgift A tillställda exemplaret av kontraktsförslaget. (Någon skriftlig bekräftelse överensstämmande med B:s uppfattning av avtalet hade uppenbarligen icke tillställts A.) — Under angivna omständigheter borde, kunde man tycka, tillkomsten av ett giltigt avtal ha strandat på dissens. Varken A eller B önskade visserligen, att kontraktet skulle vara ogiltigt, utan båda gjorde gällande att avtalet borde stå fast. Men ingendera ville underkasta sig ett avtal av annan innebörd än den han själv hävdade, och den enes ståndpunkt beträffande avtalets tolkning i förevarande hänseende var från objektiv synpunkt icke riktigare än den andres (jfr *SvJT 1961 s. 215* noten). När nu A gjorde avtalet gällande mot B, synes B ha bort äga åberopa sin uppfattning av avtalet och med stöd därav bestrida, att avtalet skulle gälla i enlighet med A:s mening (d.v.s. *utan* skiljedomsklausul), lika väl som A å sin sida ej kunde vara underkastad det av B påstådda avtalsinnehållet (*med* skiljedomsklausul), jfr *NJA 1916 s. 471*. Med utgångspunkt härifrån borde A:s vid allmän domstol förda talan ha avvisats. Utgången blev emellertid i HD icke denna. Målet upptogs till prövning med den motiveringen att B icke styrkt, att mellan parterna slutits avtal att tvisten skulle avgöras av skiljemän (en ledamot skiljaktig). Tanken måste ha varit, att en skiljedomsklausul stode i en särställning i förhållande till andra avtalsvillkor, i det att utan hänsyn till vad som gäller om bevisbördan beträffande de materiella avtalsvillkoren den som hävdar förekomsten av en skiljedomsklausul är bevisskyldig för sitt påstående.

terierellt sett är en sak, regler som gälla den processuella behandlingen av uppkommande tvister en annan. En sådan uppfattning är dock knappast numera, åtminstone icke såvitt handelsrättsliga avtal angår, hållbar. Tvärtom te sig nog i sådana avtalsförhållanden skiljedomsklausuler som något av det mest centrala i avtalsinnehållet.

Till sist må beträffande 6 § andra stycket avtalslagen framhållas, att viss otydlighet synes vidlåda lagrummet beträffande frågan, när anbudsgivarens reklamation skall anses rätteligen verkställd. Reklamationen skall, heter det, ske »utan oskäligt uppehåll». Motsvarande uttryck i 4 § andra stycket avtalslagen tolkades av *Almén*²³ sålunda, att det icke är synonymt med skälig betänketid enligt 3 § samma lag utan betyder »utan betänkande» (genast), och det är knappast troligt, att han ansåg samma uttryck i 6 § andra stycket ha en annan innebörd. Denna mot anbudsgivaren synnerligen hårda tolkning, som på sin höjd kan vara försvaret om det mera generellt kunde antagas, att ett oförsvaret ligger denne till last (se ovan), har emellertid intet stöd i lagrummets avfattning och synes även i sak otillfredsställande. Varför skulle icke anbudsgivaren ha någon tid på sig för att avgöra om han vill biträda avtalet i det ändrade skicket? Å andra sidan yttrade *Almén* i detta sammanhang, att anbudsgivaren lär äga, i olikhet mot anbudstagare i allmänhet, till sin ursäkt åberopa sjukdom eller andra subjektiva omständigheter, som hindrat honom att reklamera tidigare än som skett. Även riktigheten av denna uppfattning — som erinrar om en i tysk doktrin rätt allmänt omfattad åsikt, att ordet »unverzüglich», som användes i vissa reklamerationsregler²⁴, medger beaktande även av subjektiva hinder — är tvivelaktig, särskilt om den skall tillämpas å klart handelsrättsliga avtal. Under alla förhållanden måste spörsmålet sägas vara öppet för en förutsättningslös bedömning i rättstillämpningen.

²³ A.a. s. 26 not 4.

²⁴ Bl.a. BGB § 121, HGB § 91 a. »Unverzüglich» = »ohne schuldhaftes Zögern».

Har anbudsgivaren vederbörligen reklamerat, uteblir passivitetsverkan även om reklamationsmeddelandet under sin befordran försenas eller ej kommer fram (40 § avtalslagen), dock att anbudsgivaren, om han erfar detta, under vissa omständigheter kan ha skyldighet att förnya reklamationen.²⁵

Exkurs

Med hänsyn till den uppskattning, som i allmänhet kommit ovan s. 50 berörda presumtionsregler till del i svensk doktrin, och det samband vari de stå till det egentliga föremålet för denna avhandling skall ämnet här i korthet beröras. Det torde härvidlag vara erforderligt att göra flera distinktioner än dem som framgå av avtalslagens motiv.

a) I första hand må uppmärksammas det fall, att anbudstagaren visserligen accepterat anbudet men begärt att avtalet skall skriftligt bekräftas av anbudsgivaren.

Enligt den i motiven förordade tolkningsregeln skall accepten här in dubio anses ren. Bekräftelsen skall anses ligga vid sidan av eller efter avtalsslutet; den har icke något med avtalets perfektion att göra. Begripligt är ock, att avtalslagens författare för detta ytterst vanliga fall icke kunnat vara tilltalade av tanken, att en accept skulle sakna förmåga att direkt åstadkomma avtalsslut. Därmed skulle ju inom en vid räjong rubbas det i lagens första kapitel utformade avtalsmaskineriet. För tillkomsten av ett avtal skulle fordras ej blott accept av anbud utan även ett slags accept av accepten.

Innan några ord sägas om hållbarheten av denna presumption, må framhåvas att skillnaden i rättsverkningar allt eftersom accepten i föreliggande fall betraktas som ren eller icke ej behöver vara så vittgående som talet om att enligt det ena alternativet avtal blir slutet, i det andra icke, skulle kunna ge anledning att tro.

Om accepten på grund av begäran om skriftlig bekräftelse skulle anses oren, innebär detta ju icke, att anbudstagaren är helt obunden. Han blir ju enligt 6 § första stycket avtalslagen bunden som en anbudsgivare. Meddelas alltså inom skälig tid därefter vederbörlig bekräftelse, blir avtalet gällande; någon särskild accept utöver bekräftelsen fordras naturligtvis icke. Emellertid skulle i förevarande läge anbudsgivaren icke vara bunden. Den orena ac-

²⁵ Motiven till 4 §, a.st. s. 171 n.

cepten skall nämligen enligt omförmälda stadgande verka som avslag å det avgivna anbudet (låt vara i förening med nytt anbud från anbudstagarens sida), och enligt 5 § avtalslagen förfaller anbud efter avslag oaktat acceptfristen ej gått till ända. Denna 5 § är emellertid liksom övriga regler i lagens första kapitel dispositiv. Den möjligheten föreligger alltså, att avtalet dock kommer till stånd, därest anbudstagaren före acceptfristens utgång lämnar ren accept, d. v. s. upprepar accepten utan att förnya bekräftelsekravet. Sådant upprepande förekommer väl nu icke så ofta. Men principiellt är det, såsom av det nedan sagda skall framgå, av vikt att uppmärksamma, att en anbudsgivares bundenhet icke behöver upphöra i och med att han erhållit oren accept. Den *kan* bestå ända till dess acceptfristen är ute.

Bedömes accepten åter som ren, bli bägge kontrahenterna bundna av avtalet, och definitivt bundna. Att för anbudsgivarens del inträder sådan bundenhet är uppenbart. Vad anbudstagaren beträffar är saken ej fullt så iögonenfallande. För frågan om hans bundenhet behöver det nämligen icke sakna betydelse, att han ställt krav på bekräftelse från motsidan. På sätt framhålles i motiven till avtalslagen och av *Almén*²⁶ kan det vara ett »naturale negotii» — grundat på lag, handelsbruk eller vad i liknande fall plägat iakttagas av kontrahenterna — att anbudsgivaren har skyldighet att avlåta den begärda bekräftelsen vid äventyr av att anbudstagaren äger frånträda avtalet. Visserligen är avtalet även i detta fall giltigt ingånget, men anbudstagaren äger till följd av bekräftelsens uteblivande *häva* detsamma. I förstone kan det synas vara en motsägelse, att avtalet är bindande trots frånvaron av bekräftelse men att anbudstagaren icke dess mindre får taga denna frånvaro till intäkt för att riva upp avtalet och frigöra sig från sin bundenhet.²⁷ Någon motsägelse är dock icke förhanden. En sak är huruvida ett avtals tillkomst förhindras av ett *krav* på bekräftelse (därför att accepten skulle betraktas som oren och anbudsgivarens bundenhet alltså bortfalla), en annan hur underlåten *uppfyllelse* av dylikt krav inverkar på avtalet. Och framför allt märkes, att avtalet icke vid anbudsgivarens försummelse att lämna bekräftelse rives upp utan vidare. Det hänger på huruvida anbudstagaren vill åberopa denna försummelse eller ej. Anbudsgi-

²⁶ NJA II 1915 s. 174 f., *Almén* a.a. s. 36 f. resp. *Almén-Eklund-Nordström*, *Lagen om avtal*, 8 uppl. 1963, s. 28 f.

²⁷ Saken bekymrade tydligen *Köersner* a.a. s. 18: »Ehuru det onekligen bär något emot att i detta fall, då bundenheten på acceptgivarens sida är beroende av en bekräftelse av offerten, tala om ett ingånget avtal...» I fortsättningen godtog dock *Köersner* lagens »konstruktion».

varen, vilken som sagt (om accepten anses ren) blivit ovillkorligt bunden, är underkastad anbudstagarens valrätt mellan att häva avtalet och att låta detsamma gälla. — Det är emellertid långt ifrån klart, *när* anbudsgivarens underlåtenhet att uppfylla bekräftelsekravet i förutsatta fall kan anses ge anbudstagaren hävningsrätt. Uttalandena i motiven och hos Almén m. fl. äro i denna del vaga. En viss oklarhet kommer ock där till synes i frågan huruvida hävningsgrunden skall vara redan bekräftelsens uteblivande eller om det tillika kan böra fordras en anbudsgivarens (uttryckliga eller konkludenta) vägran att uppfylla bekräftelsekravet.

Kunna nu några bärande invändningar framställas mot presumptionen för att accepten i här avsedda fall skall bedömas som ren?

I avtalslagens motiv anföras två skäl, som pläga föranleda anbudstagare att begära motpartens bekräftelse av avtalet. Det ena är, att man vid (skriftlig) accept vill förvissa sig om att accepten i rätt tid kommit fram — den går som bekant icke på adressatens risk — och att den finnes överensstämmande med anbudet. Anbudstagaren vill alltså, vad det senare beträffar, vara säker på att konsens föreligger.

Nu angivna skäl har förvisso icke den tyngd, att bekräftelsekravet bör in dubio göra accepten oren. Detta så mycket mindre som det intresse å anbudstagarens sida som här står på spel till en viss grad värnas av den legala passivitetsregeln i 6 § andra stycket avtalslagen.

Det andra skäl för att framställa bekräftelsebegäran som åberopas i avtalslagens motiv är att anbudstagaren, när avtal slutits i telefon, vill genom den skriftliga bekräftelsen ernå en säkrare grundval för avtalsslutet än vad allenast den formlost slutna överenskommelsen innefattar. Samma behov föreligger uppenbarligen, om avtal slutits muntligen på annat sätt än i telefon, i viss mån även om anbudstagaren visserligen avlåtit skriftlig accept men han gjort det på basis av allenast ett muntligt anbud. Obestriddligen kan i dessa fall anbudstagaren ha lagt sådan vikt vid att försäkra sig om ett mot andra parten bevisligt och eventuellt förtydligat (jfr Ufr 1961 s. 907) avtalsinnehåll, att han icke velat ikläda sig bundenhet utan att detta intresse genom bekräftelsen tillgodosetts. Anbudstagaren kan med andra ord ha velat uppskjuta avtalsbundenhetens inträde till dess han tagit del av den genom anbudsgivarens försorg gjorda skriftliga preciseringen av avtalsinnehållet och funnit sig kunna gilla densamma. På motsvarande sätt skulle för övrigt även en anbudsgivare kunna vilja vara obunden tills vidare, om det är han som av andra parten fordrar skriftlig bekräftelse av det muntligen ingångna avtalet.

Ikke dess mindre synes presumtionen för att accepten är ren och att således avtalets perfektion ikke hindras av bekräftelsekravet i förevarande fall ha fog för sig.^{27a} De anförda bevishänsynen äro näppeligen tillfyllest för att man borde anse anbudstagaren ha genom sin bekräftelsebegäran uppställt ett »konventionellt formkrav». Hans intresse att ernå bevissäkring kan tillgodoses på enklare sätt, framför allt genom att han själv med angivande av avtalets innehåll avlåter ett bekräftelsebrev²⁸ (om verkan av att andra parten underlåter besvara ett sådant se i fortsättningen av denna avhandling).

b) Gäller nu motsvarande presumtion, även om den skriftliga bekräftelse, som anbudstagaren fordrar, skall bestå i att anbudsgivaren upprättar, undertecknar och tillställer honom ett skriftligt *kontrakt* eller annan till sin typ fullständig avtalshandling? I avtalslagens motiv och nämnda lagkommentar besvaras frågan jakande. I detta fall är dock saken mera svårbedömbär. Här blir ju avtalsinnehållet först senare och genom motpartens föranstaltande närmare bestämt, varför anbudstagaren kan finna sig ha goda skäl att vilja avvakta hur detta innehåll utformats. Skillnaden i jämförelse med de under a) behandlade bekräftelsefallen är anseelig. Upprättandet av ett kontrakt föranleder ofta eller oftast kompletteringar och preciseringar i förhållande till det muntliga avtalet i en helt annan omfattning än vanliga bekräftelsebrev. Skall anbudstagaren förutsättas på förhand vara nöjd med dylika på motparten ankommande kompletteringar och preciseringar, om vilkas beskaffenhet han ännu ikke har någon kännedom? Det kan synas vara en vågsam förutsättning. Häremot kan visserligen invändas, att en anbudstagare, som på detta sätt framställer önskemål om kontrakts upprättande genom andra partens försorg, förlitar sig på att redigeringen av kontraktet kommer att företagas i det muntliga avtalets anda och att större svårigheter ikke skola möta för uppnående av enighet om dess innehåll. Bedömningen av presumtionens hållbarhet måste tydligen — om man nu ikke skall eftersträva en på mera objektiva faktorer grundad rättsregel — bli olika, allt eftersom man lägger tyngdpunkten på förstnämnda betänkligheter eller finner sistnämnda försvar för presumptionsregeln bärande.

I överensstämmelse med några uttalanden av *Almén*²⁹ kan för

^{27a} Extremt i denna riktning, som det kan tyckas, nyssnämnda danska rättsfall UfR 1961 s. 907.

²⁸ Eller — vad beträffar det sist omnämnda fallet, då skriftlig accept avlåtits på basis av ett muntligt anbud — att anbudstagaren i denna sin accept preciserar avtalsinnehållet.

²⁹ A.a. s. 36 not 20.

övrigt följande distinktion i sammanhanget övervägas. Är avtalet av sådan typ att dylika kompletteringar och preciseringar i det hela kunna ske med anlitande av bestämmelser i standardkontrakt, försvagas anmärkta betänkligheter mot presumptionen för acceptens renhet. Anbudstagaren kan nämligen här tänkas utgå från att avtalsinnehållet blir av andra parten utfyllt i enlighet med formulärrätten på ett sätt som icke i någon högre grad ger anledning till tvivelsmål. Accenten kommer då att ligga mera på det muntliga avtalsslutet än på det efterföljande kontraktsupprättandet. Är åter avtalet icke av nu angivna slag — i det att här saknas den hjälp för utstakning av det blivande kontraktets innehåll som formulärrätten erbjuder — blir det en naturligare tolkning att anbudstagaren, när han vid sin accept fordrar att motparten skall tillställa honom kontrakt, icke velat binda sig omedelbart utan först sedan han vunnit klarhet om hur kontraktet blir utgestaltat. Presumptionen skulle alltså i dessa lägen — vilka av *Almén* beskrivas så, att det gäller avtal, vid vilka naturalia negotii icke vunnit en typisk utbildning — gå ut på att accepten är oren.³⁰

Likafullt får anses tvivelaktigt, om man i svensk rättstillämpning skulle ens för dessa fall vara beredd att frångå den i avtalslagens motiv förordade indubio-regeln, helst som trots vad nyss nämndes distinktionen mellan bekräftelse genom brev och bekräftelse genom avtalshandling skulle kunna sägas vara icke tillräckligt uttalad för att läggas till grund för en olika bedömning i presumtionshänseende.

c) Av annan typ äro de fall, där anbudstagaren förbehållit sig att *själv* senare få bekräfta sin accept. I det preliminära utkastet till avtalslag behandlades ett sådant fall: anbudstagaren tillfogar i ett accepterande telegram orden: »närmare genom brev». Enligt utkastet skulle även här gälla, att accepten in dubio är ren. Man tycks emellertid tidigt ha fått klart för sig, att denna tolkningsregel är av diskutabelt värde. Det är ju också naturligt att, när anbudstagaren i själva accepten ger uttryck åt att han skall återkomma till avtalsvillkoren, detta tyder på att tillägg till eller inskränkningar eller förbehåll i anbudet kunna följa som ha reell betydelse. Anbudsgivaren kan ha påtagliga skäl att icke vara nöjd med en sådan accept. Här är dessutom att märka, att påföljden av att accepten behandlas som oren mildras av att anbudsgivarens bundenhet icke fördensskull behöver omedelbart upphöra utan kan

³⁰ Almén tog här själv avstånd från den i motiven förordade presumptionen och ansåg det vara en lycklig följd av lagrådets förut anmärkta ställningstagande, att domstolarna på området fått »fullt fria händer».

³¹ »Givetvis.» Se ock *Ussing*, Aftaler s. 67 not 107.

oavsett den orena accepten bli bestående till acceptfristens slut. I förevarande fall är det nämligen upplagt för en sådan bedömning, varom ovan under *a*) var tal. Accepten må alltså vara oren, men anbudsgivaren får finna sig i att avtal kommer till stånd, om anbudstagaren före anbudsfristens utgång genom det i utsikt ställda brevet accepterar anbudet (utan reella avvikelser från dess innehåll). Denna bedömning synes också — för det fall att man i strid mot det preliminära utkastets regel ansåge accepten oren — ha av avtalslagens författare betraktats rent av som självklar.³¹

Att även i andra fall, då anbudstagaren förbehållit sig att senare i brev bekräfta sin (t. ex. telefonledes avgivna) accept, denna borde betraktas som oren, är därmed ingalunda sagt. Om bekräftelseförbehållet ej, såsom vid klausulen »närmare genom brev» upptager en antydning om eventuella tillägg, inskränkningar eller förbehåll, synes man tvärtom i regel icke — här lika litet som i motsvarande under *a*) omnämnda fall — böra i förbehållet inlägga en så vidsträckt innebörd, att accepten och därmed avtalsslutet fördröjes.

Men en in-dubio-regel om att accepten bör anses oren synes ha mera fog för sig, därest anbudstagaren förbehåller sig att bekräfta avtalet i form av ett av honom själv upprättat och till andra parten översänt förslag till kontrakt (eller liknande avtalshandling). Detta icke på grund av att det skulle förutsättas att anbudstagaren, även om det saknas stöd i accepten för att tillägg, inskränkningar eller förbehåll kunde vara påtänkta, ej velat binda sig redan genom denna. Anbudstagaren har ju här tillfälle att själv precisera det avtalsinnehåll han anser överenskommet, och det är därför ur hans synpunkt alls icke lika viktigt som i de under *b*) behandlade fallen att uppskjuta avtalsslutets tidpunkt. Fördelen för anbudstagaren att avvakta den av honom själv utförda preciseringen av avtalsinnehållet genom ett kontrakt, som mera utförligt reglerar rättsförhållandet än i accepten kunnat ske, är visserligen obestridlig, men den är knappast avgörande. Tyngre vägande synes däremot vara, att *anbudsgivaren* för sin del är beroende av hur denna kontraktsutformning sker. En accept som överlämnar denna angelägenhet åt anbudstagaren kan därför — enligt samma tankegång som förut skisserats — icke utan vidare tillgodose det intresse, som ur hans synpunkt är förbundet med kravet på ren accept, och härmed har anbudstagaren i sin ordning att räkna.³²

³² Väl kunde det vara tänkbart att, då det alltså blott för endera kontrahenten (här anbudsgivaren, i de under *b* anmärkta fallen anbudstagaren) ligger avgörande vikt uppå att han icke blir omedelbart bunden utan först sedan avtalet genom motpartens försorg utformats i kon-

Lika fullt råder även här ovisshet om huruvida man i rättstillämpningen skulle anse betänkligheter av denna art vara av beskaffenhet att eliminera den vedertagna presumtionsinställningen.

I den mån nu ett av anbudstagaren träffat förbehåll om upprättande av skriftligt kontrakt skulle finnas böra in dubio hindra omedelbart avtalsslut (det må bero på hänsyn till anbudstagaren eller till anbudsgivaren, se ovan under resp. *b* och *c*), lärers dylikt hinder få anses föreligga jämväl när vid sådant muntligt avtal, där det av praktiska skäl knappast kan skiljas mellan anbudsgivare och anbudstagare, kontrahenterna kommit överens om att avtalet sedan skulle utformas i kontrakt. Härmed får naturligen ej förväxlas det fall, att ingen sådan överenskommelse träffats men endera kontrahenten i efterhand begärt bekräftelse av avtalet i kontraktsupprättandets form.

d) Skeptisk till en presumption för ren accept torde man under alla omständigheter ha anledning att vara, om kontrahenterna avsett att, efter det endera upprättat kontraktsförslag, sammanträffa för att gemensamt underteckna kontraktet. Sådana fall äro som bekant vanliga vid avtal av större vikt eller med lång giltighetstid. Här torde kontrahenternas underskrivande av kontraktet klart framstå som den typiskt avtalsstiftande faktorn, i jämförelse med vilken de föregående viljeförklaringarna ha allenast förberedande natur. In dubio synes därför ingendera kontrahenten böra antagas ha velat ikläda sig bundenhet förrän i och med underskrivandet. Man kommer överhuvud här in på ett område där, såsom *Vahlén* utvecklat³³, avtalslagens reglering av avtalsmekanismen icke passar utan »kontraktsteorins» grundsatser måste gälla. Den föregående accepten bör alltså i allmänhet icke anses åstadkomma avtalsslut, lika väl som det föregående anbudet normalt ej är bindande på sätt i 1 § nämnda lag stadgas.³⁴

traktet, man vid bedömningen skulle låta det ankomma på huruvida det är denne kontrahent eller motparten, som under återopande av att accepten är oren vill draga sig undan från avtalet; endast i förra fallet skulle presumptionen för ren accept få vika. Men detta torde icke vara en praktiskt framkomlig linje, och med avtalslagens reglering torde den ej heller överensstämja. En accept lärers icke på anmärkta sätt kunna behandlas som på en gång ren för den ene kontrahenten och oren för den andre.

³³ A.a. s. 121 ff.

³⁴ I denna riktning ock *Vahlén* i »Teori och praxis», 1964, s. 373 f.

Belysande är i detta sammanhang den arbetsrättsliga rättspraxis, enligt vilken av part framlagt förslag till kollektivavtal in dubio icke uppfattas som bindande anbud, *AD 1937 nr 59* (se dock även *AD 1950 nr 41*, där på grund av speciella förhållanden slutsatsen blev den mot-

e) I detta sammanhang må slutligen nämnas det inom formulärrätten ofta förekommande fall, att anbudsgivaren i sitt anbud förbehåller sig att avtalet, sedan accept ingått, skall av honom skriftligt bekräftas. Ger ett sådant förbehåll tydligt vid handen, att anbudsgivaren icke vill åtaga sig bundenhet förrän han i sådan ordning bekräftat anbudstagarens svar (avgivit accept av accepten), måste naturligen detta konventionella formkrav lända till efterrättelse. Avtalets perfektion inträder då alltså icke med accepten utan först med anbudsgivarens bekräftelse därav. Även om anbudet skulle man i detta läge kunna använda ordet »orent». Anbudet är, när allt kommer omkring, icke ett verkligt anbud, eftersom det ej utan en ytterligare viljeförklaring å sin upphovsmans sida kan föranleda avtalsslut; det föreligger, enligt gängse terminologi, allenast en uppfordran till andra parten att avgiva anbud. (Angående den eventuella invändningen, att tack vare det särskilda stadgandet i 9 § avtalslagen kravet på en dylik positiv bekräftelse av accepten ej alltid kan upprätthållas som betingelse för avtalsslut, må hänvisas till framställningen nedan i kap. 5.) Är åter ifrågavarande förbehåll mindre tydligt utformat, kan tvekan uppkomma om vad detsamma i grund och botten innebär. Hur skall bekräftelseförbehållet in dubio förstås? Fallet skiljer sig mycket från anbudstagarens motsvarande förbehåll om en sin senare bekräftelse (ovan under c), och det är icke lätt att se, varför ej anbudsgivare i allmänhet verkligen skulle ayse att ställa sin bundenhet i beroende av sådan framtida bekräftelse. Bland annat kommer i betraktande, att anbudsgivaren kan ha ämnat i sin bekräftelse inflicka formulärrättsliga bestämmelser, som icke influerar i första erbjudandet. Detta senare är dock knappast avgörande, emedan anbudsgivaren kanske utgår från att bestämmelserna, även om avtalet kommit till stånd redan genom anbudstagarens accept, på grund av dennes uteblivna protest eller annat tyst godkännande bli gällande mot honom såsom avtalsinnehåll.

f) En liknande frågeställning möter ofta, då ett muntligt avtal satta). — Härifrån torde böra skiljas dels fall då visserligen kravet på avtal, eller ensidig utfästelse av annan än anbudskaraktär, kunde synas uppfyllt men det framgår av omständigheterna, d.v.s. andra omständigheter än avtalet eller utfästelsen, att juridisk bundenhet icke åsyftats, AD 1932 nr 84 samt *Schmidt* a.a. s. 116, dels naturligen än mer de fall, då redan själva avtalet eller partsförklaringen ger uttryck åt att fråga ej är om åtagande av juridisk förbindelse, AD 1934 nr 131, jfr ock 1944 nr 24. Gränsen mellan de båda sistnämnda grupperna av fall, vartill motsvarighet givetvis kan förekomma på områden där avtalsslut försiggår enligt avtalslagens regelsystem, är för resten icke skarp.

slutes under förmedling av någon som icke är representant för någondera avtalsparten utan såsom mäklare e. d. har ställningen av en *självständig* »mellanman». Här måste till en början avgöras huruvida mellanmannen är behörig att åvägabringa själva avtalslutet, nämligen på de villkor som bägge kontrahenterna äro överens om (A utbjuder genom mellanmannen en vara till försäljning på angivna villkor, B förklarar sig gentemot mellanmannen vilja acceptera dessa villkor). Blir svaret jakande, innebär detta alltså att någon bekräftelse av kontrahenterna själva icke erfordras för giltigt avtalsslut.³⁵ Saknar åter mellanmannen dylik behörighet, kräves givetvis en »bekräftelse», ett tillträdande av avtalet, å bägge kontrahenternas sida. Vanligt är därvid att det förutsättes, att för ändamålet kontrakt eller annan skriftlig avtalshandling — i allmänhet en av mellanmannen upprättad sådan — skall tillställas kontrahenterna för deras godkännande. Man kan då fråga sig huruvida det ömsesidiga tillträdandet av avtalet här måste ske i skriftlig form. Skall in dubio ett konventionellt formkrav anses uppställt? Tydligen är läget ett väsentligt annat än i sådana förut diskuterade fall, där det kunde ligga nära till hands att räkna med en presumtion för att avtal icke skulle vara slutet förrän kontrakt upprättats; märk särskilt att preciseringen av avtalsinnehållet här sker genom en självständig, av bägge parterna anlitad mellanmans försorg. Det förefaller rimligast att i förevarande fall besvara den framställda frågan nekande och således utgå från att kontrahenterna i regel kunna ådraga sig bundenhet även om de blott muntligt eller konkludent ge sin anslutning till avtalet till känna.

Här må lämnas en kort översikt över rättspraxis beträffande nu behandlade spörsmål.

Ett rättsfall, där under *a*) här ovan omförmälda presumtion för ren accept synes ha tillämpats, är

NJA 1921 s. 357: Köpeanbud i brev antogs likaledes i brev, varvid emellertid anbudstagaren förklarade sig motse anbudsgivarens bekräftelse å köpet. Sistnämnda omständighet tillmättes, i mål där anbudsgivaren på grund av acceptens påstådda orenhet ville draga sig från köpet undan, icke någon betydelse för frågan om avtalets tillkomst. För domsresultatet talade dock även, ehuru

³⁵ En annan sak är att, om kontrahenterna *icke* varit överens om avtalsvillkoren, en underlåtenhet att protestera mot ett av mellanmannen avlåtet bekräftelsebrevs innehåll må kunna, såsom framgår av redogörelsen här nedan för hithörande rättspraxis, ha bundenhet till följd (passivitetsverkan).

det icke åberopades av domstolarna, lydelsen av visst senare, av anbudsgivaren avlätet brev.

I samma riktning går, ehuru bevisvärdet av rättsfallet torde vara måttligt,

NJA 1920 s. 317: Invändning av avtalspart (säljare) att bindande avtal icke kommit till stånd, enär andra parten (köpare) underlåtit att, såsom avsett vore, skriftligen bekräfta vad muntligen avtalats. — Avtalet hade slutits telefonledes. För ändamålet tillställde säljaren köparen samma dag kontraktsförslag (»försäljningsnota») i två exemplar med anhållan om det ena exemplarets underskrivande och återställande till säljaren (jfr ovan under c) in fine). Köparen underlät till synes att efterkomma framställningen (varken detta eller att det muntliga avtalet verkligen innehöll bekräftelseförbehåll var dock helt ostridigt). Överinstanserna funno säljarens uppgift om att giltigheten av avtalet gjorts beroende av dess skriftliga bekräftelse »med hänsyn till vad i målet förekommit» icke förtjäna avseende. Utredningen gav kraftigt stöd för köparens bestridande av sagda uppgift, varför presumptionsregeln icke behöver ha spelat någon avgörande roll. Något påstående om *hävningsrätt* för säljaren på grund av bekräftelsens uteblivande synes ej ha framställts i målet.

Icke heller i rättsfallet *SvJT 1918 rf. s. 2* ansågs det utgöra något hinder för att ett genom agent förmedlat avtal skulle anses slutet, att anbudsgivaren icke, såsom begärts av anbudstagaren, till denne i undertecknat skick återställt en till honom översänd och med godkännande av anbudstagaren försedd avtalshandling (slutsedel).

Av större betydelse är det intressanta rättsfallet

NJA 1916 s. 583: Bindande avtal om leverans i ett fall, då anbudstagaren (järnvägs trafikförvaltning) med accepten förknipat ett meddelande om att kontrakt i sinom tid skulle undertecknas och tillställas anbudsgivaren?

Här förelåg alltså till bedömande frågan, huruvida accepten genom en i utsikt ställd senare avtalshandling härrörande från anbudstagaren själv (se ovan under c) blivit ören och avtalslutet således, när anbudsgivaren sedermera icke godtog den modifierade accepten, strandat. Som svar på anbudstagarens, trafikförvaltningens, anmärkta meddelande återsände anbudsgivaren, jämte det mottagandet av meddelandet erkändes, omedelbart till anbudstagaren vissa, såvitt man kan se från anbudet icke avvikande, köpnotor och begärde deras återbekommande i undertecknat skick. Anbudsgivaren fordrade alltså överensstämmande accept. Denna framställning besvarades i sin ordning av trafikförvaltningen — som sade sig önska kontrakt enligt förut av densamma till-

lämpat kontraktsformulär — med återsändande av köpnotorna utan godkännande men med bifogande av ett av förvaltningen uppgjort kontraktsförslag. Detta var på vissa punkter oförenligt med köpnotornas innehåll. Under hänvisning till såväl acceptens som han ansåg orena innehåll som den bristande överensstämmelsen mellan anbudet och kontraktsförslaget hävdade anbudsgivaren, att han icke vore bunden av anbudet och avtalet. Trafikförvaltningen menade åter, att anbudet hade blivit »rent och ovillkorligt accepterat inom utsatt tid» samt argumenterade i övrigt efter den linjen, att avtalets giltiga tillkomst icke påverkades av att parterna numera tvistade om dess innebörd: »Ett avtal hade [alltså] slutits; och den omständigheten att parterna sedermera vore av olika mening om rätta tolkningen av det slutna avtalet kunde ej göra detsamma om intet eller berättiga endera parten att ensidigt draga sig tillbaka från affären».

Trafikförvaltningens ståndpunkt, att avtal rätteligen kommit till stånd, gillades av NRev. Förbehållet i accepten om att kontrakt skulle översändas till anbudsgivaren ansågs alltså icke hindra, att bindande avtal kommit till stånd. Tillika upptogs men besvarades nekande frågan huruvida anbudsgivaren genom att trafikförvaltningen påyrkat mot det sålunda träffade avtalet stridande bestämmelser ägt *hävning*s rätt. — Betänkandet biträdades av allenast en ledamot i HD. Övriga ledamöter kommo, liksom underinstanserna, till motsatt slut; accepten befanns *icke* ren. Detta stöddes emellertid icke enbart på förbehållet i accepten om kontraktsöversändandet utan därjämte på den omständigheten att det kontrakt, som enligt trafikförvaltningen skulle vara normerande för avtalet, avvek till sitt innehåll från det av förvaltningen i och för sig accepterade anbudet. En komplikation därvidlag var emellertid, att denna bristande överensstämmelse knappast framgick för anbudsgivaren redan vid acceptens mottagande utan klargjordes först genom den senare brevväxlingen. Hur man resonerade för att komma ifrån detta besvärande förhållande är ej lätt att genomskåda. De ledamöter i HD, vilkas votum blev bestämmande för domen, lade till grund för bedömningen av hur förvaltningens accept borde »förstås» det sätt varpå förvaltningen sedermera besvarat anbudsgivarens krav på köpnotornas återställande, medan andra ledamöter icke synas ha bekymrat sig för annat än huruvida trafikförvaltningen för sin del äsyftat andra avtalsvillkor än det accepterade anbudet. Att båda dessa ståndpunkter äro principiellt angripliga torde vara svårfrånkomligt. Det är möjligt att man fann hållbarheten av presumptionen för ren accept diskutabel i fall av förevarande art men icke ville direkt bryta med densamma.

Även några äldre rättsfall äro alltjämt av det intresse att de böra anmärkas:

NJA 1875 s. 153: En anbudstagare, som i telegramaccept fordrat både skriftligt kontrakt upprättat av anbudsgivaren och telegrafisk bekräftelse av denne, ansågs ha ådagalagt, att frågan om köpet enligt hans uppfattning »ännu var på vidare avtal beroende». Huruvida utgången skulle blivit densamma, om sistnämnda omständighet ej förevarit, vet man icke. Säkert är alltså ej att, såsom i avtalslagens motiv tycks förutsättas, i rättsfallet mera allmänt tagits avstånd från en presumtion för ren accept. Att kravet på telegrafisk bekräftelse medverkar till att bedöma en accept som oren framgår av andra rättsfall. Se sålunda *NJA 1904 s. 492*, där mäklarfirmans anbud om bemyndigande att sluta avtal om fartygs befraktning hade accepterats av befälhavaren under förbehåll om telegramsvar, jfr även *NJA 1895 s. 422* (»ögonblickssvar» begärt i accepten).

NJA 1893 s. 275: Ett muntligt, med handslag bekräftat hyresavtal ansågs genast bindande för hyresgästen oaktat detsamma sedermera skulle, genom hyresvärdens försorg, avfattas skriftligt (stark meningsskiljaktighet i HD). Att det här rörde sig om villkor av standardkaraktär kan väl tagas för givet. Märk att handslag sedan gammalt är symbol för definitivt avtal. — I målet uppkom även spörsmål huruvida hyresgästen dock hade *hävningsrätt*, då hyresvärden sökt i kontraktet infoga bestämmelser, visserligen ganska bagatellartade sådana, stridande mot det förut träffade muntliga avtalet. Svaret blev nekande. Samma tvisteämne möter i *NJA 1914 s. 589* (köpare av vara fränkändes hävningsrätt grundad på säljarens försök att förkorta betalningstiden och att frångå avtalsbestämmelse om försäljning fraktfritt). Jfr NRev i nyssnämnda 1916 års rättsfall och *Almén*, köplagskommentaren § 21 vid not 54 ff.

NJA 1902 s. 54: Visst försäljningsanbud av A hade, enligt vad utredningen gav vid handen, muntligt accepterats av B. Detta bekräftades sedermera av B genom att han förelade A till under-tecknande en blankett till sådant leveranskontrakt som vid tidigare tillfällen använts av parterna, dock att däri endast priset och icke övriga köpevillkor voro utsatta. A bestred att muntlig accept skett och åberopade vidare att, då något kontrakt icke blivit upprättat, han icke heller på denna grund kunde vara bunden av det påstådda avtalet. Av revisionsakten synes framgå, att upprättande av kontrakt mellan parterna plägat ankomma på A, alltså på anbudsgivaren. — Domstolarna funno giltigt avtal ingånget. Motiveringen till häradsrättens av överinstanserna ej ändrade dom berör icke närmare invändningen om att kontrakt mellan parterna

skulle upprättas och är otydlig. Sannolikt hade kontraktsupprättandet blott sekundär betydelse med hänsyn till att prisfrågan var huvudsaken och villkoren i övrigt av standardkaraktär i enlighet med den tidigare affärsförbindelsen.

NJA 1907 s. 372: Sedan under en följd av år avtal slutits på det sätt att säljaren undertecknat en av köparen utformad blankett angivande försäljningsvillkoren, varefter köparen formlost godkämt anbudet, bestrides giltigheten av sådant avtalsslut med hänsyn till att köparen på grund av planerad övergång till ett nytt kontraktsförfarande, som förutsatte ömsesidigt undertecknande, icke avsett att binda sig annat än i enlighet med det nya förfarandet. »Slutligt avtal» ansågs ej träffat.

Vad *arbetsrätten* beträffar må anmärkas *AD 1932 nr 20, 1941 nr 66, 1944 nr 104, 1956 nr 29*, enligt vilka rättsfall medlingsförslag, som efter avslutade förhandlingar godkännts av vederbörande parter, ansetts bindande oaktat parterna varit överens om att sedermera särskilt avtalsdokument skulle upprättas, se *Schmidt a.a. s. 117*. Detta accepterande av en presumption för perfekt avtal före den slutliga dokumenteringen kunde vid första påseende synas anmärkningsvärt med tanke på det ovan vid not 33 berörda förhållandet, att man ju befinner sig på ett område, där avtalslagens system av regler om avtalsslut icke utan vidare kan göra anspråk på giltighet. Särskilda skäl motivera dock här ett sådant ställningstagande: »Med hänsyn till det sätt, varpå uppgörelser om kollektivavtal oftast komma till stånd, och den uppfattning, som på grund därav utbildat sig bland arbetsgivar- och arbetarorganisationer, finner emellertid arbetsdomstolen lagstadgandena [i 1 § kollektivavtalslagen] böra så förstås, att den uppgörelse om kollektivavtal, som träffats i någon av de former, som angivas i tilläggsbestämmelsen, skall — därest annat icke framgår av själva uppgörelsen — vara bindande, även om parterna därvid varit ense om att senare underteckna ett särskilt dokument rörande avtalet, en åtgärd som då är att betrakta såsom ett av praktiska synpunkter förestavat följeförfarande utan självständig rättslig betydelse.»

Till slut några rättsfall avseende under *f)* angivna ämne.

NJA 1908 s. 316: Skadeståndsyrkande på grund av underlåtenhet att enligt upprättad slutsedel leverera däri avsedd vara. Invändning bl. a. att, när säljaren icke godkänt det avtal rörande leveransen, som av honom anlitad varumäklare upprättat med köparen, och förty icke underskrivit slutsedeln, avtalet icke vore bindande för säljaren. — Egendomligt nog godtogs denna invändning av HD, under åberopande av att mäklaren, såvitt handlingarna utmärkte, icke haft annat uppdrag än att förmedla under-

handlingar rörande försäljningen. Man måste alltså ha ansett, att ett efterföljande godkännande av parterna (men kanske icke nödvändigt godkännande genom underskrift å slutsedeln) in dubio vore nödvändigt för avtalets perfektion. Vid sådant förhållande saknade domstolen anledning att ingå på en tillika framställd invändning, att försäljningen skett på andra villkor än säljaren i sitt uppdrag till mäklaren angivit (jfr reglerna om s. k. »muntlig» fullmakt).

Med nämnda in-dubio-regel bröt emellertid HD i senare rätts-tillämpning.

NJA 1921 s. 24: Verkan av att, vid köpslut genom förmedling av varumäklare, beträffande köpet delgivits kontrahenterna slutsedel upprättad i enlighet med gällande mäklareordning? — Underinstanserna funno, med en motivering väsentligen överensstämmande med HD:s i 1908 års rättsfall, att det av mäklaren ingångna avtalet icke var för säljaren bindande. Jämväl minoriteten i HD godtog detta. Pluralitetens ståndpunkt var emellertid en annan. Domslutet blev visserligen detsamma, men motiveringen var, att åt en i enlighet med mäklareordningen upprättad slutsedel icke kunde tilläggas verkan av fullt bevis, då ena kontrahenten genast efter slutsedelns mottagande mot dess innehåll gjort anmärkning genom meddelande till mäklaren eller medkontrahenten, att säljaren finge anses ha i rätt tid framställt anmärkning mot slutsedeln, samt att det ej heller med stöd av vad i övrigt förekommit kunde anses styrkt, att avtal med det i slutsedeln angivna innehåll kommit till stånd. Detta måste motsättningsvis betyda, till en början, att något särskilt godkännande av det av mäklaren slutna avtalet icke erfordras, allra minst ett godkännande i form av slutsedelns undertecknande (naturligtvis såvitt icke annat särskilt betingats, jfr hovrättens motivering i 1908 års rättsfall). Under förutsättning att mäklaren i förhållande till båda kontrahenterna hållit sig inom ramen för sitt uppdrag är alltså avtalet omedelbart giltigt slutet. Denna förutsättning måste emellertid i princip upprätthållas, se NJA 1895 s. 34, 1902 s. 336 och 1918 s. 75.³⁶ Men domen innebär vidare, att icke ens om mäklaren

³⁶ I sistnämnda rättsfall tillerkändes köparen, när mäklaren överskridit säljarens uppdrag och avtalet således blev ogiltigt, skadeståndsrätt mot *mäklaren*, tydligen med visst stöd av den i 25 § avtalslagen lagfästa rättsregeln (se i denna fråga *Fehr* i SvJT 1925 s. 97, med hänvisning till bl.a. NJA 1909 s. 534). Av intresse i förevarande sammanhang är, att domstolarna icke fäste sig vid mäklarens invändning att vad som föregått kontrahenternas skriftliga godkännande varit av blott »preliminär» beskaffenhet.

med överskridande av sitt uppdrag avvikit från av den ene eller andre kontrahenten föreskrivna avtalsvillkor, detta behöver hindra ett giltigt avtal, därest mäklaren genom en i enlighet med mäklareordningen upprättad slutsedel bekräftat avtalet och vederbörande kontrahent underlåtit reagera häremot. Slutsedeln skall alltså då lända till efterrättelse och (även om det sedermera i målet föres motbevisning mot slutsedeln villkor?) bestämma avtalsinnehållet — ett fall av objektiv passivitetsverkan. Ja, t. o. m. om det rättidigt protesterats mot slutsedeln, har mäklarens bekräftelse bevisvärde. Men »fullt» bevis utgör den då icke.

Än klarare beträffande huvudfrågan är rättsfallet *NJA 1921 s. 250*, där rubriken lyder: »Köpmän har på förfrågan av en yrkesmässig förmedlare av spannmålsaffärer — icke köpmannens handelsagent — förklarat sig vara säljare till viss kvantitet spannmål på närmare angivna villkor. Blev på grund härav förmedlaren behörig att å köpmannens vägnar med person, vars namn förmedlaren icke uppgivit för köpmannen, sluta köpeavtal (överensstämmande med köpmannens förklaring)?» — Svaret var jakande. Vid säljarens invändning att han icke undertecknat slutsedeln, ja t. o. m. saknat kännedom om medkontrahentens namn, fästes sålunda intet avseende; se vad det senare beträffar även förutnämnda rättsfall *NJA 1895 s. 34* samt nedannämnda *NJA 1922 s. 83*, *1925 s. 444* och *1940 s. 687*.³⁷

Angående rättsfallet *NJA 1921 s. 643*, i vilket bägge kontrahenterna, vid avtal förmedlat av en självständig mellanman, utgingo från att avtalet giltigt ingåtts på ett stadium, då en avsedd utväxling av kontrakt ännu icke ägt rum, se ovan not 22.

NJA 1922 s. 83: Avtal ansågs slutet genom förmedling telefonledes av varumäklare oaktat säljaren, sedan mäklaren för godkännande tillställt bägge kontrahenterna slutsedlar,³⁸ icke från säljaren erhöill sådant godkännande. (Något påstående om att mäklaren beträffande försäljningsvillkoren gått utanför sitt uppdrag framställdes tydligen icke i målet.) Icke dess mindre dömdes, på ett för övrigt materiellt sett mycket stötande sätt, till förmån för säljaren på den grund att i nämnda slutsedlar, och följaktligen i avtalet, ingick en särskild bestämmelse om rätt för säljaren att an-

³⁷ Vill säljaren undgå de olägenheter som följa av att han icke redan vid avtalsslutet (utan först vid tiden för leveransens fullgörande) erhåller sådan kännedom, får han se till — så resonerades det sannolikt — att han ej bemyndigar mäklaren att sluta avtal på andra villkor än dem som med hänsyn till risken för köparens insolvens m. m. kunna anses betryggande (betalning mot konossement o. d.).

³⁸ I referatet även kallade kontraktsförslag.

nullera avtalet, därest icke inom viss tid till denne återställdes slutsedeln i undertecknat skick. Detta uttryckliga förbehåll om *hävning*srätt på grund av underlåten bekräftelse (jfr ovan s. 66) fann man sig uppenbarligen icke kunna lämna utan beaktande. (Minoriteten i HD ville emellertid tolka förbehållet så, att det skulle vara oskadligt.)

I samma riktning går rättsfallet *NJA 1925 s. 444*: Av mäklarfirma slutet köpeavtal ansågs bindande trots att godkännande av sedermera till kontrahenterna utsänd slutsedel icke lämnades av köparen.

Även i *NJA 1927 s. 560* kommer enahanda grundsats till uttryck. »Leveransavtal ansett slutet genom förmedling av mäklare, oaktat köparen ej velat godkänna den av mäklaren upprättade slutsedeln» (rubriken). Till stöd för grundsatsen åberopade köparen ett utlåtande om handelsbruk, som dock icke åberopades av domstolarna, antagligen därför att det befanns överflödigt. — Säljaren synes ha grundat sin vägran att godkänna slutsedeln även på att dennas innehåll vore oförenligt med uppdraget till mäklaren. Påståendet godtogs emellertid ej.

Icke heller rättsfallet *NJA 1940 s. 687* erbjuder ur hithörande synpunkt något mera märkligt. Avtalsslut ansågs komma till stånd redan genom mäklarens muntliga avtal, utan hänsyn till att, sedan bägge kontrahenterna tillställts kontraktsexemplar, säljaren med förklaring att han vägrade godkänna andra parten såsom köpare återsänt sitt exemplar oundertecknat. Handelsbruk i denna riktning åberopades, enligt vilket mäklaren likvisst skulle sakna behörighet att ingå bindande avtal, därest offert lämnats »friblivande», d. v. s. utan förbindelse. (Innebörden härav synes, med hänsyn till stadgandet i 9 § avtalslagen, ej fullt klart). Handelsbruket omnämndes icke av domstolarna.

Till sist kan av rättsfall, som utvisa sagda inställning,³⁹ ytterligare nämnas *NJA 1962 s. 276*, som utförligt behandlas i sista kapitlet av denna avhandling.

³⁹ Ett mäklarrättsfall av mera indirekt betydelse i sammanhanget utgör det ovan i kap. 1 not 13 refererade plenimålet *NJA 1898 s. 543*.

KAP. IV

PASSIVITETSVERKAN ENLIGT 4 § ANDRA STYCKET AVTALSLAGEN

I jämförelse med 6 § andra stycket avtalslagen har passivitetsregeln i 4 § andra stycket samma lag — ehuru de båda lagbestämmelserna till det yttre förete stor likhet — mindre principiell betydelse. Den ger visserligen i mycket uttryck för samma tankegång. Men dess räckvidd är begränsad.

Enligt första stycket i § 4 skall antagande svar, som för sent kommer anbudsgivaren tillhanda, gälla såsom nytt anbud. Anbudsgivaren blir således fri från sin anbudsbundenhet. Det tillämnade avtalet har tills vidare förfallit, och någon bundenhet uppkommer icke för honom med mindre han accepterar, positivt, anbudstagarens försenade accept. I så fall har emellertid ett nytt avtal slutits, för övrigt i brist på annan partsvilja utan något tillbakaräknande till det äldre strandade avtalets tidpunkt. Men om (den ursprunglige) anbudstagaren utgår från att svaret framkommit i rätt tid och mottagaren, (den ursprunglige) anbudsgivaren, måste inse detta, anses avtalet ändock ha genom svaret kommit till stånd, därest den senare försummar att utan oskäligt uppehåll meddela anbudstagaren, att han icke vill godtaga svaret. Avtalet blir alltså i detta läge slutet trots att accept skett efter acceptfristens utgång.

Liksom enligt 6 § andra stycket föreligger här en misstagsregel. Anbudstagaren utgår felaktigt från att avtal rätteligen kommit till stånd, och hans därom underkunnige motpart ålägges legalt skyldighet att undanröja misstaget. Fråga är alltså icke om det fall att en anbudstagare tror att hans försenade accept — som i lagen konstrueras som nytt anbud — trots förseningen skall komma att godkännas. Fastmera är han övertygad om att avtalet *har* slutits. Han

föreställer sig nämligen, att accepten i rätt tid nått motparten. För detta antagande har han också — i det i lagrummet i första hand reglerade typfallet — goda skäl, ty accepten är avsänd i rätt tid. En culpa in contrahendo ligger således här icke anbudstagaren till last. Något fel i anbudstagarens förklaring, bottnande i missförstånd av anbudet eller eljest, är överhuvud icke förhanden. Misstaget hänför sig till en utomstående omständighet, mot vilken han är hjälplös: acceptens öden under dess befordran.

Om förevarande misstag erhåller nu anbudsgivaren i allmänhet kännedom just genom den förklaring, som accepten utgör (jfr ovan s. 45). Förhållandet framgår nämligen regelmässigt av brevets datering eller av anteckning om postbehandlingen. Att anbudsgivaren ålägges underrätta anbudstagaren om den försening som förelupit — varom han normalt är närmaste upplysningskälla — och konsekvenserna för avtalsslutet därav kan därför vara naturligt. Passivitetsregeln är ock, såvitt hittills är fråga, erkänd i vissa utländska rättsordningar. Betänkligheter mot regeln möta så mycket mindre som i förhållande till 6 § andra stycket avtalslagen föreligger den fundamentala skillnaden, att verkan av passiviteten icke är den, att det av anbudsgivaren åsyftade avtalsinnehållet i någon mån förändras. Anbudsgivaren blir ej bunden av annat än det han själv förklarat och åsyftat, låt vara att bundenheten, till följd av hans underlåtenhet att reklamera, utsträcker sig över längre tid än av anbudet följer.

Emellertid har avtalslagen utvidgat reklamationsregeln till att avse även det fall att anbudstagaren avsänt accepten för sent, efter acceptfristens utgång, men ändå tror att den framkommit i rätt tid. Detta är, såsom bestyrkes av motiven¹, i allmänhet icke tänkbart under annan förutsättning än att misstaget avser acceptfristens längd (t. ex. längre betänketid än 3 § avtalslagen tillerkänner anbudstagaren). Att anbudsgivaren jämväl i detta läge skall ha skyldighet att

¹ NJA II 1915 s. 171.

undervisa anbudstagaren — den här culpöse anbudstagaren — om att han missförstått lagens regler eller eljest har felaktig uppfattning om acceptfristens längd är givetvis icke lika påkallat som att han skall vara verksam i nyss nämnda huvudfall. Några skäl för utvidgningen ha avtalslagens författare ej heller framfört. Det säges blott att det ställningstagande som skett synes vara det riktiga. Hela tilläggsregeln lär för övrigt vara skäligen opraktisk. Det torde sällan förekomma att anbudsgivaren i förevarande fall måste inse (med hjälp av andra omständigheter än acceptförklaringen?), att anbudstagaren trots en för sent avsänd accept rättidigt framkommen. Att förebringa utredning om att förutsättningarna för reklamationsplikts inträde blivit uppfyllda måste ock, såsom *Vahlén* framhållit², ställa sig svårt.

² A.a. s. 133.

KAP. V

PASSIVITETSVERKAN ENLIGT 9 §

AVTALSLAGEN

Ett ytterligare stadgande rörande passivitetsverkan återfinnes i 9 § avtalslagen. Det lyder:

»Där någon i meddelande, som eljest vore att anse såsom anbud, använt orden 'utan förbindelse', 'utan obligo' eller liknande uttryck, anses meddelandet allenast såsom uppfordran att avgiva anbud av det innehåll meddelandet giver vid handen. Inkommer sådant anbud inom rimlig tid därefter från någon, vilken blivit sålunda uppfordrad att avgiva anbud, och måste mottagaren inse, att anbudet framkallats genom hans uppfordran, åligger det honom, där han icke vill antaga detsamma, att utan oskäligt uppehåll giva meddelande därom till anbudsgivaren; underlåter han det, skall han anses hava antagit anbudet.»

Utgångspunkten för passivitetsregeln är alltså, att ett anbud »utan förbindelse» etc. enligt lagen skall anses innefatta icke ett anbud utan allenast en uppfordran till anbud. Förhållandet följer enligt motiven¹ av att det måste anses ligga i anbudets begrepp — en begreppsbestämning, mot vilken i och för sig icke torde vara något att erinra — att genom dess antagande ett avtal skall kunna komma till stånd utan någon ytterligare viljeförklaring från anbudsgivarens sida.²

¹ NJA II 1915 s. 183.

² Ohållbar är däremot, såsom jag framhållit i a.a. s. 151 not 4, uppfattningen — som synes omfattad i avtalslagens motiv, NJA II 1915 s. 164 — att det enligt denna lag tillika skulle ligga i anbudets begrepp, att detsamma är bindande i den meningen att det icke kan före accepten återkallas. Detta skulle uppenbarligen betyda ingenting mindre än att hela den som grundläggande alltid ansedda bestämmelsen i 1 § samma lag, att anbud om slutande av avtal (och svar å sådant anbud) är bindande, vore innehållslös. I 1 § avtalslagen vore ju enligt

Konstaterandet att ett anbud utan förbindelse icke skall uppfattas som ett anbud utan blott som uppfordran till ett sådant har ock funnits vara så viktigt, att det upptagits i lagen, i förevarande paragrafs första punkt. I samma andedrag frångås emellertid i sak hela tanken. Den andra punkten i lagrummet innebär nämligen *de facto*, att avtalsslut just *kan* komma till stånd utan någon ytterligare viljeförklaring från den som gjort anbudet utan förbindelse. Om andra parten inom rimlig tid godtager ifrågavarande erbjudande samt upphovsmannen till erbjudandet sedermera underlåter att utan oskäligt uppehåll meddela att han icke vill vidbliva detsamma, blir avtal slutet. Det erbjudande, som icke skall betraktas som anbud, får alltså enligt lagrummet, om ingenting åtgöres för att hindra detta, verkan av anbud. Vad som skall anses utgöra »allenast» en uppfordran till anbud visar sig vara något annat och mera, nämligen en förklaring som utgör underlag för avtalsslut. I realiteten åvägbringas genom att anbudet utan förbindelse av mottagaren accepteras ett avtalsslut, visserligen med den viktiga skillnaden i jämförelse med ordinära fall, att endera kontrahenten, avgivaren av erbjudandet, har rätt att — inom en i lagen angiven tid men icke senare — frånträda avtalet. Det avtal, som genom mottagarens accept faktiskt kommit till stånd, är med andra ord villkorat, resolutivt villkorat. Detta är emellertid icke något särdeles märkligt. Motsvarande tidsbegränsade befogenhet att frånträda ett avtal förekommer i åtskilliga sammanhang utan att fördenskull plägar påstås, att något giltigt avtal ej är förhanden (jfr bl. a. ovan i kap. 2 om resolutivt villkorat öppet köp). — Då nu angivna upp-

det kritiserade påståendet allenast utsagt, att en förklaring som enligt sitt begrepp är oåterkallelig också har denna egenskap. Det riktiga är, att regeln i 1 § om att en förklaring, som på grund av att den kan utgöra underlag för accept innefattar ett anbud, in dubio (men också endast in dubio) tillika är oåterkallelig. 1 § är nämligen, alldeles som de följande §§ 2—9 i kapitlet, dispositiv och icke tvingande. Huruvida sedan *dessa* paragrafer må för sin tillämpning förutsätta, att anbudet är oåterkalleligt före accepten, är en annan fråga. Se i ämnet numera *Vahlén i »Teori och praxis» s. 360 ff.*

fattning icke är lagens utan man trots passivitetsregeln i andra punkten av 9 § vill fasthålla, att ett anbud utan förbindelse skall vara allenast en uppfordran till avgivande av anbud, blir man nödsakad att medelst en annan konstruktion få bukt på den motsägelse som uppkommer. Härnäst nedan.

Någon motivering för passivitetsregeln ha avtalslagens författare — om man bortser från att den föreslagna lagregeln antogs överensstämma med merkantil rättsuppfattning — icke presterat. Det »synes kunna fordras av den som vet sig hava sålunda framkallat anbudet, att han utan oskäligt uppehåll giver besked, om han icke vill antaga detsamma», heter det endast.

De citerade orden kunde tyda på att avgörande för passivitetsregeln varit tanken, att den som *framkallat* ett anbud (enligt lagstiftarens konstruktion utgör ju den förklaring, varigenom erbjudandet utan förbindelse accepteras, ett anbud) bör vara pliktig att, om han sedermera icke längre önskar ett avtal i enlighet med anbudet, utan oskäligt uppehåll avvisa detsamma, vid äventyr att eljest bli bunden av det föreslagna avtalet. Till stöd för att själva framkallandet av anbudet funnits vara det centrala skulle möjligen kunna åberopas, att i motiven visserligen tages avstånd från att ett framkallande av anbud genom annonser, cirkulär och andra till allmänheten riktade meddelanden skulle medföra svarsplikt för den som är upphovsman till meddelandet men att man icke uttalar sig om verkan av till en *bestämd* person riktad uppfordran att avgiva anbud. I detta senare fall kunde alltså svarsplikt ha tänkts inträda just som följd av att vederbörande provocerat ett anbud utan att sedermera giva tillkänna, att avtalet icke numera är förenligt med hans vilja.

Emellertid kan det icke vara tillåtligt att ur 9 § avtalslagen utläsa en så vittgående, i vedertagna regler om avtalsslut djupt ingripande grundsats. Att lagfästandet av densamma skulle ha skett genom ett stadgande, som enligt sitt innehåll är begränsat till anbud utan förbindelse, är i och för sig osannolikt och har ej heller verkligt stöd i motiven. Åt nyss

anmärkta uttalanden i dessa kan så mycket mindre givas sådan tydning som där samtidigt understrykes, att det i lagen lämnats öppet, om och under vilka förutsättningar reklamationsplikt åvilar den som under andra förhållanden än i 9 § angives fått mottaga ett anbud. Såsom i första kapitlet i detta arbete redan berörts skulle ock en så vidsträckt svarsplikt för den som föranlett en annan att avgiva ett anbud leda alldeles för långt och vara sakligt otillfredsställande. Att den kritiserade grundsatsen står i strid med härskande uppfattning i rättslivet kan knappast betvivlas. En regel om ifrågavarande allmänna svarsplikt skulle än vidare göra kraftigt våld på partsviljan. Har en viljeförklaring otvetydigt det innehåll, att den icke avser något mer än en uppfordran till andra parten att avgiva anbud, vore det märkligt om förklaringen kunde generellt av rättsordningen tilläggas den verkan, att den uppfordrande, därest han sedermera förhåller sig passiv, blir bunden av ett avtal, som han — genom att han blott begärt ett anbud — visat sig icke vara beredd att utan ett ytterligare ställningstagande ingå.

Den legislativa grunden till lagregeln — som uppenbarligen, på sätt *Vahlén* understrukt³, är tänkt som en handelsrättslig regel — måste således vara en annan än hänsynstagande till att den som framkallat ett anbud bör ådraga sig svarsplikt gentemot anbudsgivaren. Det måste vara den särskilda beskaffenheten av ett anbud utan förbindelse etc., som föranleder passivitetsverkan enligt 9 § avtalslagen. Skäl finnas ock att till ett dylikt säreget anbud anknyta en passivitetsregel. Viljeförklaringen är nämligen i sig själv behäftad med viss tvetydighet och kan på sätt och vis sägas vara vilseledande. Även om det objektivt sett bör stå fast, att erbjudandet är något annat än ett vanligt anbud, så kan missuppfattning om dess innebörd lätt uppkomma och vara förståelig. Ett anbud utan förbindelse står trots allt ett vanligt anbud nära; jfr lagtexten: »som eljest vore att anse såsom anbud». Till en början kan ifrågavarande klausul, om icke förbises av andra parten så dock av denne anses sakna reell

³ A. st. s. 371 f.

betydelse. Det rör sig här om en inom formulärrätten schematiskt, många gånger slentrianmässigt brukad fras. I allt fall är det naturligt, om denna part icke genom sagda tilllägg bibringas insikt om vilken innebörd erbjudandet i själva verket äger. Redan den omständigheten att ordet »anbud» användes, trots att det (enligt lagstiftaren) icke är fråga om annat än en uppfordran till anbud, är förvillande.⁴ Särskilt kan man förledas att tro, att erbjudandet väl är återkalleligt innan motparten tager fasta på och godkänner detsamma men icke därefter; i sådant fall vore dess natur av anbud obestriddig och avtal bleve, i brist på mellankommen återkallelse, slutet så snart accept skett. I motiven till första punkten i lagrummet talas också om att det merkantila språkbruket är ägnat att framkalla missförstånd rörande erbjudandets egenskap av att utgöra allenast en uppfordran till anbud.

Är det anförda riktigt, skulle man kunna beteckna passivitetsregeln i 9 § avtalslagen som ett slags »abstrakt misstagsregel» till skydd för andra parten, i det regeln till förebyggande av att denne uppfattar det otydliga erbjudandet som ett normalt anbud ålägger den som avgivit detsamma att, om han icke längre vill vara bunden därav, utan oskäligt uppehåll reklamera. Missstagsregeln är »abstrakt» utformad, ty det fordras icke någon bevisning om att mottagaren av erbjudandet in casu i detsamma inlagt felaktig mening, och följaktligen kräves ej heller, att det visas att erbjudandets upphovsman haft någon vetskap om andra partens missförstånd. Därutinnan skiljer sig lagregeln från bestämmelsen i 6 § andra stycket avtalslagen, med vilken den eljest har beröringspunkter.⁵

⁴ »§ 9 avser naturligtvis blott vad som formellt framstår såsom ett anbud, låt vara ett anbud utan obligo» (*Ekeberg*, Kompendium i obligationsrättens allmänna del).

⁵ Frestande kunde vara att i stället för att anse den reella grunden för 9 § avtalslagen vara den som här beskrivits antaga, att stadgandet innefattade en legal tolkningsregel rörande innebörden av vad som in dubio bör förstås med anbud utan förbindelse — påkallad just med hänsyn till viljeförklaringens anmärkta otydlighet. Det skulle alltså

Sådan måste den reella grunden för passivitetsregeln vara. Men det hindrar icke, att man vid lagtextens utformning valt en annan juridisk konstruktion och att detta förklarar den motsägelse i lagrummet varom förut varit tal. Tekniskt-juridiskt kan resonemanget mycket väl ha varit, att visserligen anbud utan förbindelse till sitt eget innehåll utgör »alle-nast» en uppfordran till anbud, så att den uppfordrande — i enlighet med förut omnämnda bestämning av anbudsbe-greppet — icke blir bunden förrän en ytterligare viljeförklaring å hans sida tillkommit. Men denna viljeförklaring »anses» av lagen, utan något sådant stöd som eljest fordras för att en viljeförklaring skall antagas vara avgiven, föreligga konkludent i och med hans passivitet efter mottagandet av andra partens godkännande förklaring, hans »anbud». Lagen »tolkar», fiktivt och generellt, omförmälda passivitet som accept. Med denna apparat går det hela, formellt och juridiskt-tekniskt, hjälpligt ihop. Men att fiktionen icke utgör den reella grunden för lagstiftarens ställningstagande lär kunna hållas för visst. Det är otroligt, att man räknat med att den efterföljande passiviteten hos den som avgivit ett erbjudande utan förbindelse verkligen genomsnittligt sett innebär en viljeförklaring, ger uttryck för en vilja att nu binda sig i enlighet med andra partens »anbud». Naturligtvis *kan* passiviteten, i detta liksom i andra fall då en anbuds-tagare tiger efter det han erhållit ett av honom framkallat anbud, ha dylik viljeförklaringskaraktär (jfr ovan s. 47). presumeras, att avgivaren av ett anbud utan förbindelse velat uttrycka just det som lagregeln går ut på, så att han visserligen vill omedelbart avböja bundenhet men går med på sådan för det fall att han sedermera icke finner för gott att avvisa andra partens godkännande av hans erbjudande (båda punkterna i lagrummet finge då läsas som en enhet). Emellertid torde sagda tolkningsförsök ej vara hållbart. Stöd saknas för att lagstiftaren lagt denna synpunkt till grund. Det måste ock vara fiktivt att föreställa sig, att redan i ett anbud av förevarande slag skulle ligga inneslutet, att dess upphovsman avser en sådan ganska komplicerad och på hänsyn till bägge parternas intressen uppbyggd reglering som den 9 § (i dess helhet) genomför. Tolkningen strider ock direkt mot första punkten i paragrafen, där lagstiftaren givit till känna vad berörda anbud i sig självt uttalar.

Men underlaget för att föreställa sig, att passiviteten in dubio är uttryck för en acceptvilja är — när utgångspunkten dock skall vara, att vederbörande blott velat uppfordra till anbud — mer än lovligt svagt. Tydligt är också, att lagstiftaren icke i den givna motiveringen för passivitetsregeln var inne på denna fiktiva bana. Det var icke därför att man hade särskild anledning att i passiviteten hos den som avgivit ett anbud utan förbindelse inlägga en viljeyttring av accepterande art som regeln förordades, utan därför att »det syntes kunna fordras av honom, att han giver besked om sin ståndpunkt». Man uttryckte sig på samma sätt som när det i andra fall gällde att rättfärdiga reklamationer i avtalslagen (t. ex. i 4 och 6 §§ samma kapitel). Den juridiska konstruktionen stämmer icke med vad som i verkligheten var *ratio legis*.

Sistnämnda förhållande har i stort sett knappast medfört några skadeverkningar. På ett par punkter må det dock ifrågasättas, om man icke under trycket av den valda konstruktionen utformat lagbestämmelsen på ett sätt som i sak är mindre lyckligt. Man kunde tycka att den som avgivit ett anbud utan förbindelse borde vara helt fri från bundenhet, alltså även den villkorliga bundenhet varom i paragrafen stadgas, därest hans erbjudande icke godtages inom den för anbud i allmänhet tillämpliga acceptfristen. Av 9 § framgår emellertid, att dylikt anbud upphör att gälla, d.v.s. upphör att tjäna som grundval för ett avtalsslut, först om andra parten underlåtit att inom *rimlig* tid godtaga erbjudandet. Rimlig tid är som bekant i regel en mycket längre tid än skälig tid. Varför skall ett anbud utan förbindelse i förevarande hänseende medföra bundenhet under längre tid än ett ordinarie anbud? Med utgångspunkt från sagda juridiska konstruktion är det däremot icke så egendomligt, att mottagaren av ett dylikt erbjudande får komma med sitt som anbud betraktade godkännande även på ett sent stadium. *Anbud* får man ju i allmänhet dröja med hur länge som helst!

Än vidare kunde det synas vara naturligt att, om ett anbud utan förbindelse godkänts av andra parten och anbudets avgivare förhållit sig passiv, avtalet anses ingånget vid den

tidpunkt godkännandet kommit den senare tillhanda; denne har kanske fullgjort eller börjat fullgöra vad han erbjudit sig prestera omedelbart. Den möjlighet vederbörande haft att undandraga sig avtalet inom den skälighetsfrist som lagen ställt till hans förfogande behövde rimligen icke inverka på tiden för avtalsslutet när något frånträdande faktiskt icke skett. Men den adopterade juridiska konstruktionen pressar till att anse avtalet perfekt först när den förmenta accepten genom passivitet hos den som avgivit anbudet utan förbindelse föreligger, d.v.s. när denne försuttit den skäliga frist varunder han ägt träda tillbaka från avtalet. Skall lagtexten läggas till grund, borde därför ock tiden för avtalsslutet vara den sist angivna.

Huruvida man i någotdera av de bägge anmärkta hänseendena är bunden av ifrågavarande konstruktionsjuridik är visserligen osäkert. För övrigt är spørgsmålet om tidpunkten för ett avtals ingående enligt en rättsordning, som i likhet med den svenska bygger på »löftesteorins» och icke »kontraktsteorins» grundsatser, normalt ej av större praktisk betydelse.

Liksom vid öppet köp möter vid förevarande paragraf spørgsmålet hur passivitetsregeln kan förenas med stadgandets dispositiva karaktär (1 § avtalslagen). Innebär ett anbud utan förbindelse enligt sitt eget innehåll, att dess upphovsman förbehåller sig rätt att ej bliva bunden med mindre han tillträder det av andra parten avgivna anbudet, borde ju därmed vara utsagt, att han förklarar att han *icke* vill ådraga sig bundenhet allenast genom sin passivitet. Det kan icke ligga någon reson i föreställningen, att avgivaren av ett anbud utan förbindelse med sitt förbehåll om att han, för att avtal skall komma till stånd, har att avgiva ännu en viljeförklaring själv räknat med att denna nya förklaring skall kunna utgöras av hans tystnad. Han har fastmera, om man enligt vanliga tolkningsregler skall bedöma rättshandlingens innebörd, ställt som villkor för sin bundenhet, att han framdeles efter det han från andra parten mottagit godkännande svar positivt bekräftar avtalet.

Hur man vid avtalslagens tillkomst tänkt sig denna svårighet kunna bemästras är ej lätt att säga. Måhända har, om spørgsmålet överhuvud observerats, inställningen varit — i analogi med vad förut sagts när det gäller motsvarande svårighet med hänsyn till 60 § köplagen — att den dispositiva karaktären av 9 § avtalslagen blir tillräckligt bevarad genom att stadgandet försättes ur tillämpning, när avgivaren av ett anbud utan förbindelse *uttryckligen* sagt ifrån, att han icke vill bindas enbart genom passivitet, alltså uttryckligen be-tingat sig att bundenhet skall för honom uppkomma först sedan han bekräftat avtalet. Att passivitetsregeln icke kan utnyttjas i dylikt fall synes ock rimligt att antaga. Under alla omständigheter lär den som avgivit ett anbud utan förbindelse icke drabbas av ifrågavarande passivitetsverkan, om han gjort förbehåll om att ej bli bunden förrän han efter andra partens godkännande av hans erbjudande avlåtit *skriftlig* bekräftelse, jfr exkursen (under *e*) efter kap. 3 ovan.⁶

Vad ovan anförts om innebörden av 9 § avtalslagen torde motivera slutsatsen, att detta stadgande, även bortsett från dess begränsning till i huvudsak merkantila förhållanden, icke torde kunna tillerkännas någon viktigare roll, när man vill söka nå fram till mera allmänna grundsatser om objektiv passivitetsverkan i svensk rätt.⁷

⁶ Se ock *Vahlén* a. st. s. 386: »Om man antager, att bruket med orderbegränsningar vunnit en stor spridning inom modern handel, är det möjligt att därigenom grunden för stadgandet i 9 § avtalslagen har rubbats.»

⁷ Även *Vahlén* är angelägen att begränsa räckvidden av stadgandet, ehuru han tillika hävdar att genom detsamma (och genom 6 § andra stycket nämnda lag) »en god grund lagts för utvecklingen av allmänna regler om relevans av passivitet». *Vahlén* vill — om jag förstått den intressanta framställningen a. st. s. 368 ff rätt (förf. har, såsom han själv anmärker, tämligen skissartat antytt sin uppfattning) — ernå begränsningen medelst en snäv tolkning av begreppet uppfordran att avgiva anbud.

KAP. VI

PASSIVITETSVERKAN ENLIGT 79 och 89 §§ SAMT 80 § KOMMISSIONSLAGEN

Betydelsefulla regler om avtalsslut meddelas i kommissionslagen. Bland annat återfinnas där bestämmelser, som innebära att avtal kommer till stånd utan någon accept i egentlig mening, i det att anbudstagaren redan genom sin underlåtenhet att besvara ett anbud »anses» ha accepterat anbudet. I realiteten åvägabringas i dessa fall avtalsslutet enbart genom ett anbud i förening med att viss tid förflyter efter dess avgivande, förutsatt att icke anbudstagaren positivt inom denna tid ger tillkänna, att han ej vill ingå avtalet. Att en sådan rättslig reglering hjärt avviker från avtalslagens regelsystem är uppenbart. Den innebär i grund och botten, att man under den angivna förutsättningen avstår från kravet på avtal, två eller flera personers överensstämmande viljeförklaringar, såsom betingelse för uppkomsten av avtalets rättsverkningar. Ty sagda underlåtenhet behöver icke vara, och behöver icke heller av andra parten uppfattas vara, uttryck för anbudstagarens acceptvillighet. Underlåtenheten kan ha många orsaker men utövar i princip, oavsett sin innebörd, samma avtalsstiftande verkan. Lagen »tolkar» anbudstagarens passivitet som accept, och det har i allmänhet icke någon relevans, att denna tolkning in casu saknar verklighetsunderlag.

I 79 § första stycket kommissionslagen stadgas:

»Vill huvudmannen icke antaga köpeanbud, som insänts genom hans handelsagent, åligger det honom att utan oskäligt uppehåll efter det anbudet kom honom till handa själv eller genom agenten giva meddelande därom till anbudsgivaren; underlåtes det, vare så ansett som hade anbudet blivit antaget av huvudmannen.»

Stadgandet är enligt 89 § kommissionslagen, med en mindre modifikation, tillämpligt även när köpeanbud insänts av handelsresande. I det följande betraktas de båda bestämmelserna som en enda regel (»passivitetsregeln»), och för handelsagent och handelsresande begagnas den gemensamma benämningen »mellanmannen».

Grunden till passivitetsregeln — som saknar motsvarighet i den utländska rätt, den tyska, vilken eljest vid kommissionslagens utarbetande tjänade som förebild — är enligt motiven¹ följande. Det är av intresse för anbudsgivaren att utan oskäligt uppehåll erhålla besked om huvudmannens inställning till anbudet. Dennes tystnad kan i föreliggande fall (genomsnittligt sett) anses utmärka, att han vill antaga anbudet. »Agenten [handelsresanden] är av huvudmannen antagen för att han skall insamla order och till huvudmannen insända sådana, som synas honom vara av beskaffenhet att kunna förtjäna avseende, och det är därför naturligt, om den, som till agenten avgivit en order, vilken han har anledning antaga vara insänd till huvudmannen, går ut ifrån att ordern skall bli effektiv, därest han ej hört något från huvudmannen.» Regeln torde ock, tilläggas det, »överensstämma med rådande rättsuppfattning², och någon gensaga däremot har ej framkommit i de yttranden, som från olika handelskorporationer avgivits över det preliminära förslaget».³

Att passivitetsregeln icke kan grundas enbart på det intresse, eller som det väl menas det särskilda intresse, som anbudsgivaren har av att få upplysning om huvudmannens

¹ NJA II 1914 s. 315 ff.

² Notisrättsfallet NJA 1908 A 183 omnämnes.

³ På liknande sätt uttala sig de danska motiven (s. 88 f.), som dock tillägga, att bestämmelsens riktighet varit mera omtvistad än stadgandet i 78 § kommissionslagen (här om vidare i annat sammanhang) samt att man särskilt i Tyskland hade ställt sig tvivlande till densamma. De norska motiven (s. 75) innehålla blott ett påstående om att regeln vore, med hänsyn till agentens åliggande enligt det uppdrag han fått, »rimelig».

ställningstagande till anbudet, säger sig självt. Anbudsgivaren må visserligen ofta ha ett starkare behov av dylik upplysning än vid anbud i allmänhet. Ty anbudsgivaren är i de »beställningsfall», varom här i största utsträckning är fråga⁴, in dubio bunden under längre tid än den vanliga acceptfristen; han kräver här vanligen intet annat svar än att den av agenten eller handelsresanden till huvudmannen insända ordern fullgöres genom leverans från den senares sida. Någon bundenhet för obegränsad tid framåt är det dock alltså icke tal om; anbudet kommer att förfalla, därest leverans ej inom skälig, låt vara vanlig acceptfrist överskridande tid äger rum. Och framför allt kan enbart denna utvidgning av tiden för anbudsbundenhetens bestånd omöjligen motivera en så ingripande rättsverkan som att huvudmannen blir bunden blott genom sin passivitet. Även om passivitetsregeln saknades, vore anbudsgivaren icke utan varje rättsmedel. Ett sådant tillhandahålles honom nämligen i 8 § avtalslagen, som under vissa förutsättningar befriar en anbudsgivare från hans bundenhet, om anbudstagaren efter till honom framställd förfrågan underlåter att ge besked om sin inställning till anbudet; han skulle med andra ord ha möjlighet att i denna ordning avkorta sin — i jämförelse med normala anbudsfall ovanligt långa — anbudsbundenhet.⁵ Icke heller kan, såsom framgår av vad ovan härom i kap. 1 och 5 anförts, den omständigheten att anbudet (genom mellanmannen) *framkallats* av huvudmannen i och för sig föranleda en svarsplikt av anmärkta art.

En helt annan tyngd har hänvisningen i motiven till att mellanmannen intager en förtroendeställning, som gör det naturligt att ålägga huvudmannen svarsplikt. Man skulle möjligen kunna säga, att accept av anbudet, genom att

⁴ Se mitt a.a. s. 14.

⁵ Om de principiella aspekter som här kunna anläggas se mitt a.a. s. 34 ff.

Som synes är även 8 § avtalslagen en passivitetsregel. På grund av den utförliga analysen av regeln i nämnda arbete skall densamma dock icke kommenteras i förevarande avhandling.

nämnde förtroendeman för ändamålet omhändertager anbudet, på ett särskilt sätt ställts i utsikt⁶ och att anbudsgivaren fördenskull har speciell anledning att räkna med accept.⁷ Emellertid är dock icke därmed fullt förklarat, varför anbudstagaren just här skall bli bunden enbart genom att tiden löper efter det han mottagit anbudet.

Vad som ligger till grund för att lagen på denna punkt, med avvikelse från vad som i allmänhet gäller om betingelserna för avtalsrättsliga rättsverkningars uppkomst, till anbudets mottagande å mellanmannens sida anknyter omförmälda passivitetsverkan och således stadgar ett förenklat procedere för avtalsslut, måste vara följande. Handelsagenter och handelsresande äro ett slags »organ» för huvudmannen i dennes avtalsstiftande verksamhet. Det kunde rent av

⁶ Jfr ovan s. 31 f.

⁷ Måhända invändes, att varje sådan motivering för en svarsplikt i grund och botten leder i en cirkel. Det avgörande vore kort och gott, huruvida enligt gällande rätt en rättsregel om svarsplikt finnes eller ej. I förra fallet hade anbudsgivaren anledning att utgå från att anbudet vid huvudmannens passivitet kommer att accepteras, i det senare fallet icke. Jfr det kända resonemanget, att det är förfelat att anse en löftesmottagare kunna *prima facie* lita på att i en skriftlig utfästelse förekommande ord och uttryck ha den mening som de enligt allmänt språkbruk och gängse uppfattning äga resp. lita på att icke skrivfel vid utfästelsens avgivande förelupit. Den förklarande *kan* ju, säger man, ha uttryckt sig annorlunda än han velat, och skrivfel *kan* föreligga; vad som skapar tillit å medkontrahentens sida vore blott den rättsregel, som säger att anmärkta misstag i allmänhet sakna relevans. — Emellertid kan man enligt min mening icke gå så långt som nu nämnts i att hävda rättsordningens prioritet vid bedömningen av en löftesmottagares »tillit». Oavsett vilken misstagsregel rättsordningen innehåller lär folk *prima facie* lita på att en person icke menat häst när han sagt bil resp. icke velat skriva 50 kronor när han skrivit 500. Härmed förnekas naturligen ej, att den tillit varom fråga är förstärkes genom en rättslig reglering som lämnar förklaringsmisstag utan avseende. På liknande sätt även här. Det saknar icke mening att fråga sig huruvida — för den händelse någon passivitetsregel av åsyftat slag ej finnes (eller den skulle vara för en genomsnittsanbudsgivare okänd) — situationen till sin typ är sådan att anbudsgivaren har anledning att räkna med accept.

ligga nära till hands att betrakta dem som ställningsfullmäktige, så att med deras ställning vore förbunden icke blott behörigheten att *mottaga* anbud eller överhuvud *förmedla* avtalsslut (liksom att vara adressat för reklamationer m. m., 84 och 92 §§ kommissionslagen) utan även att sluta avtal med tredje man å huvudmannens vägnar. Att förlägga dessa två slag av behörighet till olika personer, att skilja från vart annat behörighet att avgiva en viljeförklaring och mottaga en sådan, leder ofrånkomligen, såsom erfarenheten givit vid handen och i annat sammanhang skall närmare påvisas, till svårigheter,^{7a} jfr ock det principiella avståndstagandet härifrån i 26 § avtalslagen. Trots detta har lagstiftaren icke vågat sig på att in dubio tillerkänna handelsagenter och handelsresande ställningsfullmäktigs behörighet. Fastmera har fastslagits — betecknande nog ha särskilda lagstadganden i den delen ansetts erforderliga, 77 och 88 §§ kommissionslagen — att dylika mellanmän in dubio *icke* utan särskilt bemyndigande⁸ äga sluta försäljningsavtal. Dylika bemyndiganden förekomma emellertid, såsom i motiven erinrades, i stor omfattning, och att draga gränsen mellan de fall där bemyndigande konkludent föreligger och de fall där det saknas är ofta vanskligt. Den otydliga övergången från den ena gruppen fall till den andra har t. o. m. föranlett, att den principiellt gällande regeln om mellanmannens brist på behörighet att sluta avtal icke kunnat helt upprätthållas utan måst i viktiga grupper av fall försättas ur tillämplighet. Under vissa omständigheter, angivna i kommissionslagen eller om-

^{7a} Varmed naturligen icke är sagt, att ej en sådan skillnad i olika sammanhang förekommer, se t.ex. NJA 1946 s. 146.

⁸ Till sådant måste hänföras även det mera abstrakta bemyndigande, som bygger på att mellanmannen på någon speciell grund (alltså annan än den allmänna handelsagent- eller handelsresandefunktionen) är att anse som ställningsfullmäktig. Detta har särskild betydelse beträffande handelsresande som äro anställda hos huvudmannen. Ett slags bemyndigande kan vidare anses avgivet med stöd av reglerna om »toleransfullmakt», ovan kap. 1 vid not 13, liksom i vissa fall då handelsagent har varor i sin besittning för föryttring för huvudmannens räkning.

talade i dess motiv, skall mellanmannen äga ifrågavarande behörighet, se 88 § andra stycket rörande slutsedelsblanketter⁹ och motiven till 77 § angående s. k. »fasta offerter».¹⁰

I detta rätt komplicerade läge har nu också själva huvudregeln om att handelsagenter och handelsresande icke i vad angår slutande av avtal med tredje man äro att anse som ställningsfullmäktige måst kraftigt uppmjukas. Att helt blunda för mellanmannens organfunktion, så snart uppkomsten av huvudmannens avtalsbundenhet är i fråga, skulle ha inneburit en svårhanterlig tillspetsning. Man kan sägas ha inlåtit sig på en praktiskt starkt påkallad kompromiss. Huvudmannen blir trots allt, när mellanmannen mottager och vidarebefordrar anbud från tredje man, villkorligt (resolutivt villkorligt) bunden. Avtalet anses enligt förevarande passivitetsregel slutet, därest huvudmannen icke inom viss tid tager avstånd från vad hans representant förehått. Svarsplikten framstår som betingad av, som ett led i, mellanhandsorganisationen. För den valda medelvägen kunde ock, som nämnts, åberopas handelssedvana. Av samma skäl försvagas slutligen, när mellanmannen dock ingått avtal utan bemyndigande eller med överskridande av bemyndigande, arten av den därav föranledda ogiltigheten (78 och 89 §§ kommissionslagen); den är icke av »nullitets» utan av »angripelighets» natur. Härom närmare i nästföljande kapitel.

Av vad här sagts om grunderna för passivitetsregeln framgår, att denna är av annan typ än det förut skildrade stadgandet i 6 § andra stycket avtalslagen och den åtminstone i viss mån därmed besläktade bestämmelsen i 9 § samma lag. Däremot företer den till sin uppbyggnad en påtaglig likhet med stadgandet i 60 § köplagen. Det rör sig icke om en miss-tagsregel i den meningen, att den svarspliktige (huvudman-

⁹ Dylik behörighet godtogs i rättspraxis redan före kommissions- och avtalslagarna, NJA 1895 s. 83, 1907 s. 318, 1916 s. 300. Se för tiden därefter NJA 1920 s. 385 och 1922 s. 498. Beträffande motsvarighet till slutsedelsblankett på försäkringsrättens område, med liknande rättsverkan, se NJA 1956 s. 36, SvJT 1963 rf. s. 35.

¹⁰ NJA II 1914 s. 312.

nen) ställes inför en förklaring, som enligt vad han inser är behäftad med misstag å andra partens sida, ett misstag som det legalt ålägges honom att korrigera. På det stadium anbudet avgives har ju även anbudsgivaren klart för sig, att något avtalsslut ännu icke skett. Hans förvissning avser allenast att hans anbud skall *komma* att accepteras eller, såsom det uttryckes i motiven, »ordern skall bliva effektuerad». Först när viss tid förflutit och »han ej hört något från huvudmannen» samt han därav — enligt lagstiftarens tankegång — dragit den slutsatsen att hans anbud i brist på motsatt tillkännagivande måste vara accepterat, är en misstags-situation förhanden, därest acceptvillighet å huvudmannens sida saknas. Anbudsgivare i allmänhet tänkas tolka passiviteten på sådant sätt. Det kan ju också sägas att svarsplikten, fortfarande enligt lagstiftarens tankegång, avser att *förebygga* uppkomsten av dylikt misstag.

Då här är fråga om en legal tolkningsregel, är det såsom förut nämnts likgiltigt, huruvida in casu den passive huvudmannen verkligen haft en sådan acceptvillighet som lagen påbördar honom. Likgiltigt är ock i princip, huruvida anbudsgivaren för sin del trott på tillvaron av sådan villighet. I detta hänseende kräves ingalunda, att denne varit i »god tro». Lagbestämmelsen är visserligen dispositiv, men tillräckligt för att sätta densamma ur spel är icke, att anbudsgivaren förstått, att huvudmannen ej avsett att godtaga anbudet, eller att grunderna för lagbestämmelsen eljest brista. Icke ens den omständigheten att anbudsgivaren vid anbudets avgivande förutsatt, att huvudmannen ej skall bli bunden med mindre han uttryckligt accepterar anbudet, lär beröva passivitetsregeln dess tillämplighet. Den upphör att gälla först om det *avtalsvis* (genom förbehåll eller annorledes) bestämts, att accept av huvudmannen fordras i vanlig ordning.

Frågan om passivitetsregelns dispositiva natur tages för övrigt upp till behandling i en tilläggsbestämmelse i andra stycket av 79 § kommissionslagen. Här synes man emellertid ha sett på saken närmast från anbudsgivarens synpunkt. Att märka är nämligen, att passivitetsregeln omedelbart influerar

även på dennes rättsställning sålunda, att han icke som anbudsgivare i allmänhet upphör att bindas av sitt anbud efter utgången av sådan acceptfrist som i 3—5 §§ avtalslagen sägs eller den längre acceptfrist varom på grund av omständigheterna (jfr om »beställningsfall» ovan vid not 4) kan vara fråga. Fastmera inträder för honom, så snart den i passivitetsregeln angivna skäligen tiden gått till ända, definitiv avtalsbundenhet.¹¹ Passivitetsregeln är sålunda icke enbart till fördel för anbudsgivaren. Härvid märkes dock, att även den »definitiva» avtalsbundenheten icke är mera definitiv än att andra partens (huvudmannens) underlåtenhet att rätteligen *fullgöra avtalet* kan skänka anbudsgivaren *hävningrätt*.^{11a} Och är anbudsbundenheten så vidsträckt, att vederbörande icke fordrar annan accept än att huvudmannen presterar inom skälig tid, kan det synas mindre viktigt, om anbudsgivarens befrielse från bundenhet grundas på att anbudet till följd av huvudmannens uraktlåtenhet att leverera måste anses ha förfallit eller på att väl ett definitivt avtal kommit till stånd men ett avtal som anbudsgivaren av nämnda orsak äger häva. En viss skillnad är dock, även praktiskt, för handen.

I anmärkta tilläggsbestämmelse stadgas nu, att ifrågavarande passivitetsregel icke skall gälla, därest vid förhandlingarna med handelsagenten (handelsresanden) betingats, att anbudet skall vara förfallet, om det ej uttryckligen antages. I detta fall föreligger således, när acceptfristen löpt ut utan ordinär accept, ingen bundenhet vare sig för anbudsgivaren eller för huvudmannen. Varför behöves, trots det allmänna stadgandet i 1 § om kommissionslagens dispositiva karaktär, denna bestämmelse? Ja, det framgår av motiven, att nämnda 1 § ansetts kunna åberopas allenast om avtal rö-

¹¹ T.o.m. det rättsmedel, som på sätt ovan berörts enligt 8 § avtalslagen skulle ha stått anbudsgivaren till buds om ingen passivitetsregel meddelats, skall han enligt motiven till detta lagrum (NJA II 1915 s. 182) vara förlustig. Angående detta diskutabla ställningstagande hänvisas till mitt a.a. s. 40 ff.

^{11a} Jfr ovan exkursen efter kap. 3 under *a*.

rande passivitetsregelns utmönstrande (på förhand) slutits mellan anbudsgivaren och huvudmannen personligen. Att ett avtal av motsvarande innehåll skall ha enahanda verkan även då det träffats mellan anbudsgivaren och mellanmannen har man tydligen (med hänsyn kanske till en icke avslutningsberättigad mellanmans något oklara ställning) funnit tryggast att direkt fastslå i lagen. Bestämmelsen torde emellertid i ett hänseende ha blivit för snävt avfattad. Även om saken icke berörts under förhandlingarna, måste, såvida av anbudet självt framgår ifrågavarande begränsning av dess giltighetstid, passivitetsregeln vara försatt ur tillämpning. — Av intresse är det starka betonandet av att endast en avtalsmässig eliminering av nämnda regel har relevans, jfr det nyss sagda. Obligationsrättskommittén hade visserligen föreslagit en lösligare avfattning,¹² men detta ändrades i departementsförslaget.¹³ Det starka ordet »betingar» talar t.o.m. för att passivitetsregeln ansetts icke kunna sättas ur funktion annat än genom en uttrycklig disposition, alltså ej genom ett låt vara positivt uppträdande å anbudsgivarens och mellanmannens sida av blott konkludent natur.

Ett viktigt rättsfall, avseende denna tilläggsbestämmelse i andra stycket av 79 § kommissionslagen, är

NJA 1925 s. 420: Fråga huruvida bestämmelser i handelsresandes försäljningsavtal (orderkopia) att »Sælgerfirmæts antagelse av ordren forbeholdes» och »Enhver ordre optages med forbehold» skulle anses innebära, att mellan handelsresanden och anbudsgivaren betingats, att anbudet skulle vara förfallet, om det ej uttryckligen antoges av säljaren-huvudmannen. — Anbudsgivaren hävdade, att säljaren blivit bunden genom sin passivitet, under det denne hänförde sig till ifrågavarande undantagsregel.

Här märkes först, att formellt icke blott avgivits ett anbud utan slutits ett (köpe)avtal, å huvudmannens vägnar, mellan handelsresanden och tredje man; orderkopian var undertecknad av bägge

¹² »Kan anses vara ... betingat.» Jfr motiven: »betingat sig eller eljest påräknat» att erhålla uttryckligt svar.

¹³ I *Gadde-Eklunds* kommentar till kommissionslagen, 3 uppl. 1952, s. 175, har motivens vidsträckta formulering (»eljest påräknat») återgivits utan att den senare korrigeringen anmärkts.

och innehöll, såsom anmärkes i referatet, uppgifter angående det sålda, priset, leveransorten och leveranstiden. Då emellertid tillika förbehåll om huvudmannens antagande av ordern gjordes i orderkopian, förelåg realiter en anbudssituation. Överinstanserna utgingo också från att 79 och 89 §§ kommissionslagen voro tillämpliga i målet (se referatrubriken, jfr även SvJT 1932 rf. s. 69). — Anbudsgivaren gjorde nu gällande, att förbehållet om huvudmannens godkännande haft helt annan syftning än att sätta passivitetsregeln ur spel. Det avsåge endast att fastslå, att handelsresanden icke hade avslutningsfullmakt utan blott rätt att upptaga order, varför som sagt i verkligheten blott avgivits anbud och icke slutits köpeavtal. Något betingande att passivitetsregeln skulle elimineras hade följaktligen, menade han, ej förekommit. Denna helt naturliga tolkning godtogs av hovrätten men underkändes, på hemställan av NRev, av HD. Anbudet vore i avsaknad av uttrycklig (ren) accept förfallet och avtal hade ej slutits. Man höll sig förmodligen främst till avfattningen av nämnda förbehåll och ansåg kanske dessutom, att förbehållet kunde tjäna båda syftena. Någon vikt synes trots lagtextens avfattning, jfr ovan, icke ha tillmätts den omständigheten huruvida det förbehåll, som influtit i anbudet (orderkopian) varit på tal under förhandlingarna mellan handelsresanden och anbudsgivaren. Ej heller fästes avseende vid anbudsgivarens pointerande av att det ifrågavarande formulär-rättsliga förbehållet var »försåttligt inblandat i orderblankettens force-majeure-klausul och tryckt med ytterst fin stil».

Därest förbehåll av nu anmärkta slag — som äro mycket vanliga — in dubio tolkas på sätt HD-domen angiver, uppkommer en egendomlig motsättning mellan det fall att genom en handelsagents eller handelsresandes förmedling till huvudmannen avgivits blott ett anbud och det fall att med mellanmannen träffats avtal men på villkor att huvudmannen sedermera lämnar sitt godkännande. I förra fallet skulle principiellt passivitetsregeln tillämpas, i det senare icke — eftersom med villkoret om huvudmannens godkännande tillika förbundes innebörden att anbudet måste positivt acceperas.

Förevarande passivitetsregel har klart handelsrättslig prägel. Svarsplikten drabbar i allmänhet blott en huvudman med kommersiell verksamhet. Är mellanmannen handelsresande, har ju huvudmannen alltid egenskap av köpman i vedertagen bemärkelse, 85 § kommissionslagen. Vid handelsagentur kan däremot huvudmannen vara en privatperson; även denne är då underkastad berörda svarsplikt. Likgiltigt

är, om handelsagenten varaktigt företräder sin huvudman eller hans uppdrag är av tillfällig art. Som bekant inlägges icke enligt svensk rätt, i motsats ofta till utländsk, i själva begreppet handelsagent, att denne varaktigt företräder sin huvudman.

Passivitetsregeln gäller endast skriftliga anbud (»insänts»). Detta synes ock motsättningsvis framgå av 78 § kommissionslagen, jfr även formuleringen i 80 §. Ett blott muntligt inberättat anbud har väl ansetts utgöra alltför lös-
lig grund för huvudmannens svarsplikt. Helt säker kan man dock näppeligen vara om riktigheten av denna tolkning. Även ett muntligt anbud, som skriftligt inberättats till huvudman-
nen, skulle till nöds kunna sägas vara »insänt».

Anbudet måste, för att svarsplikt skall åvila huvudman-
nen, ha kommit icke blott mellanmannen utan även huvud-
mannen tillhanda. En försummelse beträffande anbudets in-
sändande kan, såsom framhäves i motiven, under vissa för-
hållanden ådraga mellanmannen skadeståndsansvar gent-
emot anbudsgivaren men förmår icke via passivitetsregeln
åvägabringa något avtalsslut.

Huvudmannens meddelande att han avböjer anbudet krä-
ver ej skriftlig form. Det skall, i motsats för övrigt till vad
obligationsrättskommittén föreslog¹⁴, alltid avgivas till an-
budsgivaren, icke till mellanmannen, dock att meddelandet
när denne är handelsagent — men på grund av särskilt stad-
gande i 89 § kommissionslagen icke när han är handelsre-
sande — kan givas »genom» mellanmannen. Även om huvud-
mannen uppdragit åt mellanmannen att underrätta anbudsgi-
varen om avslaget å anbudet, är reklamationskyldigheten
sålunda ej rätt fullgjord, därest underrättelsen på grund av
mellanmannens försummelse¹⁵ icke, eller icke inom veder-

¹⁴ Ändringen gjordes på hemställan av lagrådet, som åberopade agen-
tens ställning av syssloman (NJA 1914 II s. 317).

¹⁵ Eller därför att uppdraget av någon orsak icke kommit honom till-
handa, jfr departementschefens yttrande a. st. s. 318, vari framhölls
att 3 § kommissionslagen här saknade tillämplighet.

börlig tid, framförts till anbudsgivaren; avtalet skall alltså ändå anses slutet. Har åter mellanmannen inom behörig tid fullgjort sagda uppdrag, torde jämväl när han är handelsresande och trots att av lagtexten i 89 § skulle följa, att besked om avslaget icke kan givas »genom» honom utan måste riktas »omedelbart» till anbudsgivaren, reklamationen gälla. Betydelsen av de citerade orden lär vid sådant förhållande, på sätt ock i viss mån bekräftas av motiven till sistnämnda paragraf, här knappast vara någon annan än att blott för den händelse mellanmannen är handelsagent men icke om han är handelsresande får vid avgörandet av vad som skall anses som »oskäligt uppehåll» med reklamationens avgivande tagas hänsyn till avslagsbeskedets passage genom mellanmannen. — Huvudmannens (direkt) till anbudsgivaren översända meddelande om avslag å anbudet har åsyftad rättsverkan även om det på grund av fel under postbefordringen icke kommer anbudsgivaren rätteligen tillhanda. Det befordras nämligen, i olikhet som nämnt mot anbudet, på mottagarens risk (3 § kommissionslagen). Medan mellanmannens försummelse går ut över huvudmannen, är så icke fallet med postverkets.

Den reklamationstid, som lagen tillerkänner huvudmannen, skulle enligt uttalanden i *Gadde-Eklunds* kommentar till motsvarande reklimationsregel i 78 och 89 §§ kommissionslagen¹⁶ vara mycket kort. Det talas om en tid av i vissa fall en eller ett par timmar, i andra fall ett par dagar och understrykes, att huvudmannen »under inga förhållanden» får genom att dröja med reklamationen beredas tillfälle att låta sin ståndpunkt bestämmas av konjunkturernas utveckling. Att en sådan stränghet mot huvudmannen alltid skulle vara berättigad är dock icke givet. Starka skäl tala fasthellre mot att på detta sätt, mera allmänt, inskränka hans betänketid.¹⁷

¹⁶ A.a. s. 171 f.

¹⁷ Se ock, vad rättspraxis beträffar, nedan i kap. 7 refererade rättsfall NJA 1930 s. 442.

Passivitetsregeln i 79 och 89 §§ kommissionslagen utgår säkerligen från att det anbud, till vilket huvudmannen har att taga ställning och som förvandlas till avtal genom att hans reaktion mot detsamma uteblir, är samma anbud, innehåller samma avtalsvillkor, som det av mellanmannen från anbudsgivaren mottagna. För att denne skall vara tryggad vid att hans anbud tyst accepterats på det i lagrummet beskrivna sättet kräves alltså icke blott, såsom förut nämnts, att anbudet vidarebefordrats till huvudmannen utan även att det vidarebefordrats i oförändrat skick. Innehöll anbudet, när det muntligt delgavs (den ej avslutningsberättigade) mellanmannen, vissa för anbudsgivaren förmånliga bestämmelser som sedermera ej framförts till huvudmannen, bli dessa icke enbart genom att anbudet ej avvisas gällande mot huvudmannen; till anbudsgivarens föreställning om att anbudet är i allo tyst accepterat tages ej hänsyn. Huvudmannen torde icke ens vid ett uttryckligt godkännande i allmänhet bli bunden av sådana bestämmelser. Ty även dylikt godkännande hänför sig, om ej särskilda omständigheter föranleda annat, till det anbud han mottagit från mellanmannen.

Häri ligger naturligen en stark begränsning av passivitetsregeln. Lagen ställer emellertid i detta avseende, liksom med hänsyn till eventualiteten att anbudet överhuvud icke framföres till huvudmannen, ett särskilt hjälpmedel till anbudsgivarens förfogande. Enligt ett kompletterande stadgande i 80 § (resp. 89 §) kommissionslagen ålägges nämligen huvudmannen svarsplikt jämväl då underrättelse om att mellanmannen å hans vägnar mottagit anbud icke kommer från denne utan från anbudsgivaren själv. Likgiltigt är därvid om anbudet, blott det mottagits av mellanmannen, är av den beskaffenhet att han funnit det icke förtjäna avseende (se ovan). Av lagens föreskrift om »motsvarande tillämpning» torde emellertid — därest 79 § skall tolkas så som förut närmast antagits — följa, att anbudsgivarens underrättelse skall vara skriftlig.

Stadgandet i 80 § kommissionslagen utnyttjas kanske praktiskt icke i någon större utsträckning, men dess principiella

betydelse är ej ringa.¹⁸ Här regleras ett fall av »bekräftelsebrev», ett institut vartill jag återkommer i fortsättningen. Genom att i bekräftelsebrevet upptaga de anbudsvillkor han delgivit mellanmannen vinner anbudsgivaren säkerhet för att, om sedermera huvudmannen icke låter höra av sig, det tyst slutna avtalet kommer att omfatta sagda villkor, som därmed bli bindande för huvudmannen. Denne kan då alltså icke draga sig undan från avtalet, under åberopande av att de av mellanmannen till honom inrapporterade anbudsvillkoren voro av annan och gynnsammare art. Ytterligare vinner anbudsgivaren genom att på detta sätt direkt hänvända sig till huvudmannen även en annan fördel, nämligen att tiden för huvudmannens avböjande av avtalet förkortas, se slutorden i 80 § sammanställda med 89 § första stycket.

Men bekräftelsebrevets rättsverkan torde sträcka sig längre. Det kan icke vara rimligt, att 80 § blott skulle gälla för den händelse det är ostridigt mellan parterna, att de i bekräftelsebrevet upptagna villkoren överensstämma med de av anbudsgivaren till mellanmannen framförda. Utan lagregeln torde tillika innefatta en presumtion för att så är fallet. Huvudmannen blir vid passivitet bunden av bekräftelsebrevets uppgifter om anbudsvillkoren så snart det icke kan utredas, att dessa ej stå i överensstämmelse med vad mellan anbudsgivaren och mellanmannen i fråga om anbudets innehåll förevarit. Kan det åter klargöras, att avvikelse föreligger mellan anbudets för mellanmannen tillkännagivna inne-

¹⁸ Det ser ut som denna betydelse egentligen icke uppmärksamrats av lagstiftaren. Huvudintresset låg egentligen på att motverka olägenheterna av att enligt obligationsrättskommitténs förslag huvudmannens meddelande om avslag å anbudet skulle få riktas till mellanmannen, så att risken för att meddelandet icke framfördes till anbudsgivaren komme att vila å denne. Genom att förslagens ståndpunkt härutinnan icke godtogs har detta motiv för 80 § kommissionslagen bortfallit. I övrigt framgår visserligen, att paragrafen tänkts kunna fylla en uppgift för det fall att anbudet överhuvud icke av mellanmannen framförts till huvudmannen. Men om stadgandets funktion i det i texten behandlade hänseendet (beträffande anbudsvillkorens innehåll) är det i motiven icke tal.

håll och bekräftelsebrevets uppgifter om anbudsvillkoren, lär huvudmannen icke genom sin passivitet bindas vid annat än vad som förekom då anbudet mottogs av mellanmannen. Ett stöd härför utgör ett uttalande i motiven, enligt vilket för tillämpning av 80 § förutsättes, såvitt nu är i fråga, att agenten (handelsresanden) verkligen från kunden mottagit anbud. Vet huvudmannen, fortsättes det, att agenten avvisat kundens anbud, kan han utan att utsätta sig för i lagrummet angivna påföljd underlåta att besvara ett brev från kunden, vari denne bekräftar anbudet. Jfr ock 82 § kommissionslagen (in fine), till vilken — i kap. 8 av denna avhandling utförligt behandlade — passivitetsregel 80 § är ett slags pendang. Det finnes näppeligen något skäl för att ett anbud, som ostridigt eller bevisligen har ett, i förhållande till vad som förelupit vid dess mottagande å mellanmannens sida, »nytt» innehåll, skall utlösa en svarsplikt, som vid anbud i allmänhet icke har någon motsvarighet. Passivitetsregeln täcker ju icke det fall, att visserligen förhandlingar försiggått mellan anbudsgivaren och mellanmannen men denne icke mottagit anbudet, som i stället direkt insänts till huvudmannen; någon legal svarsplikt föreligger ej i denna situation. Det är mycket nog, att bekräftelsebrevets innehåll presumeras överensstämma med det till mellanmannen avgivna anbudet på sätt nyss nämndes.

KAP. VII

REGLER OM PASSIVITETSVERKAN
I FORM AV OGILTIGHET AV
»ANGRIPLIGHETS» NATUR

När ett avtal är ogiltigt, kan ogiltigheten vara av två slag. Man har att skilja mellan en »svävande», villkorlig ogiltighet, å ena sidan, och en mera definitiv och obetingad ogiltighet, å den andra.¹ I det senare fallet kan avtalet betecknas som en »nullitet», i det förra är ogiltigheten »relativ».

Inom området för den relativa ogiltigheten märkas sedan två varianter av försvagad ogiltighet. Den ena och viktigaste är den som plägar betecknas som »angriplighet», begreppet då taget i den meningen att den kontrahent, till vars förmån ogiltighet är stadgad, måste inom viss tid (räknad från avtalets tillkomst, från vunnen kännedom av avtalet och dess felaktighet eller eventuellt från någon annan tidpunkt) göra ogiltigheten gällande vid äventyr av att avtalet eljest tager åt sig giltighet. Det fordras alltså icke blott ett angrepp av nämnde intressent utan även att angreppet sker inom viss tid.² Detta innebär ingenting mindre än att avtalet är latent giltigt. Försummas angreppet, blir nämligen den ifrågavarande av rättsordningen skyddade kontrahenten förpliktad såsom enligt ett vanligt bindande avtal, och detta väl att märka oberoende av huruvida ur hans underlåtenhet att reagera mot det ogiltiga avtalet kan utläsas någon vilja att godkänna detsamma.³ Det föreligger med andra ord en objektiv

¹ Se till det närmast följande min uppsats i Festskrift för Ussing, 1951, s. 247.

² Under uttrycket »viss» tid inbegripes här och i fortsättningen även »skäligh» tid o.d.

³ Villkorligheten kvalificeras och den latent giltigheten framträder än starkare, om ogiltigheten därjämte måste göras gällande i viss ordning, såsom genom särskild talan vid domstol (»klander»).

[passivitetsregel.⁴

Den andra varianten av relativ ogiltighet utmärkes åter av att visserligen den av ogiltighetsregeln skyddade kontrahenten är helt obunden — felet försvinner icke för hans del, såsom vid angräplig ogiltighet⁵, genom att viss tid går till ända — men avtalet ändock icke är definitivt oförbindande utan blir giltigt genom hans efterföljande godkännande. För att det skall ha någon mening att säga, att avtalet tager åt sig giltighet genom dylikt godkännande, fordras emellertid uppenbarligen, att icke avtalet måste för att erhålla giltighet upprepas även å medkontrahentens sida. Ty fordras ett sådant upprepande, rör det sig icke längre om »botande» av ifrågavarande med fel behäftade avtal utan om ingående av ett nytt i dess ställe. Är däremot medkontrahenten för sin del bunden utan tidsbegränsning (såsom då han utövat tvång eller svek vid avtalets tillkomst)⁶ eller är han i avvaktan på den ifrågavarande kontrahentens godkännande bunden under viss tid (såsom då ett avtal slutits med en omyndig med vetskap om omyndigheten, 9 kap. 6 § *andra* punkten FB), är visserligen avtalet icke ogiltigt på det för angräplighet karakteristiska sättet men ogiltigheten ändock blott relativ; om nullitet kan med hänsyn till det svävande rättstillståndet icke talas. Motsvarande gäller, om visserligen

⁴ I nu berörda angräplighetsfall förutsättes närmast, att motparten å sin sida är ovillkorligt bunden och således beroende av huruvida den kontrahent, till vars förmån ogiltighetsregeln gäller, före utgången av den ifrågavarande tidsfristen går till attack mot avtalet eller ej. Men det kan också förekomma, att även motparten äger — med hänsyn till att hans ställning icke bör vara på nämnda sätt osäker — inom samma tid träda tillbaka från avtalet. Då föreligger alltså ett slags dubbel angräplighet; avtalet erhåller definitivt giltighet först om bägge kontrahenterna låta den kritiska tiden förlöpa utan protest.

⁵ Termen angräplig ogiltighet, i stället för ogiltighet av angräplighets natur, användes i det följande, ehuru den naturligen är oegentlig. Det är ju icke ogiltigheten som angripes utan avtalet (rättshandlingen).

⁶ Här bortses från att bundenheten sedermera kan upphöra genom att avtalet icke fullgöras av den tvungne eller svikligt förledde kontrahenten.

jämväl medkontrahenten kan draga sig undan från avtalet men han måste göra detta innan godkännande från den av rättsordningen skyddade kontrahenten lämnats (såsom enligt 9 kap. 6 § *första* punkten FB).⁷ Icke heller i detta läge är nämligen medkontrahenten *helt* obunden, och även här är rättstillståndet svävande. Så snart möjligheten för en kontrahent att reagera mot ett ogiltigt rättsärende är på den ena eller andra sättet tidsbegränsad, föreligger för hans del, såsom nyss för där avsedda fall framhölls (jfr tillika ovan s. 28), en latent giltighet.

I den mån nu den kontrahent, vars intresse tillgodoses med ogiltighetsregeln, har på grund av en regel om bundenhet å motpartens sida valfrihet mellan att låta avtalet bestå eller göra det om intet, får situationen uppenbar släktskap med ett anbudsläge. *Antingen* — nämligen när ett positivt godkännande å nämnde kontrahents sida erfordras för det felaktiga avtalets botande — är anbudsläget av den typ som avtalslagen i 2—5 §§ räknar med. *Eller* — när kontrahenten blir definitivt bunden redan genom sin underlåtenhet att före viss tids utgång hävda ogiltigheten — är anbudsläget jämförligt med det fall att anbudstagaren på grund av en objektiv passivitetsregel har svarsplikt (t. ex. enligt 60 § köplagen, 79 och 89 §§ kommissionslagen).

Vad som här närmast intresserar är den angripliga ogiltigheten. Att ingå på en allmän undersökning av frågan, när ogiltigheten är av denna art, skulle emellertid, även om det kunde vara motiverat från synpunkten att man som sagt här har att göra med objektiva passivitetsregler⁸, föra för långt.

⁷ Denna variant av försvagad ogiltighet — ogiltigheten kan icke göras gällande sedan godkännande lämnats eller annan »rättelse» skett — möter i skilda sammanhang. Se t. ex. beträffande avlägsnande av dissens vid avtalsslut NJA 1909 s. 508, jfr ock NJA 1952 s. 417. Icke ens när det gäller ett ogiltigt ensidigt rättsärende, såsom uppsägning, behöver varianten vara utesluten, ehuru då särskild försiktighet torde böra iakttas, NJA 1949 s. 352.

⁸ Att passiviteten därjämte kan in casu vara en förstärkande faktor till stöd för att det ifrågavarande med fel behäftade avtalet sedermera blivit av vederbörande godkänt är givet. I själva verket kan man på

denna väg, vad det praktiska resultatet angår, komma ganska långt i riktning mot angriplighet.

Jämväl vissa mer eller mindre typiska omständigheter få i rättstillämpningen ofta utgöra stöd för att anse ogiltighet ha bortfallit genom avtalets senare godkännande utan att domstolarna därvid mena sig göra något annat än att fästa avseende vid ett icke blott uttryckligt utan även konkludent rättshandlande — och utan att man har belägg för att detta sker med sådan regelbundenhet, att objektiv passivitetsverkan kan sägas vara de facto erkänd.

Viss roll spelar härutinnan *prestationsmomentet*. Har den kontrahent vars intresse skyddas genom ogiltighetsregeln presterat enligt avtalet och dröjer han sedan under avsevärd tid att göra ogiltigheten gällande och återkräva det presterade, lär detta vara i hög grad ägnat att föranleda en slutsats om avtalets ratihabition. Huruvida däremot det förhållandet att en sådan kontrahent, efter det han erhållit andra partens prestation men icke själv presterat, under avsevärd tid uraktlåter att framställa något ogiltighetspåstående verkar i enahanda riktning, är tveksamt. Han har i detta läge — resoneras det kanske — ingen anledning att skynda sig med att angripa avtalet, enär han kan möta motpartens krav på prestation med sin ogiltighetsinvändning. Att anse själva *mottagandet* av prestation från andra parten i förening med efterföljande passivitet medföra botande av det ogiltiga avtalet är man nog alltså i praxis icke mera allmänt beredd till. Här förutsättes då, att kontrahenten ej förfogat över andra partens prestation, jfr ovan kap. 1 not 13.

Ett icke ointressant rättsfall på området är *NJA 1910 s. 592*: Krav mot boskild hustru, som idkar handel, å betalning för levererad vara. Invändning, att varan utan hustruns tillstånd rekvirerats och förtulats av hennes man samt därefter utan hennes vetskap införts i hennes magasin och att hon omedelbart efter erhållen kännedom om varans förefintlighet därstädes skriftligen vägrat godkänna rekvisitionen. Anmärkning häremot, att hustrun icke inom skälig tid efter det varan mottagits i hennes affär gjort reklamation. — I överinstanserna synas delade meningar icke ha rätt därom, att hustrun så snart hon erhållit vetskap om att den av hennes man beställda varan kommit i hennes besittning måst reklamera hos säljaren vid äventyr att eljest bli bunden av det i och för sig ogiltiga avtalet. Pluraliteten i HD gick emellertid liksom hovrätten ett steg längre, i det hustrun ansågs betalningsskyldig redan på den grund att hon icke inom skälig tid efter varans *mottagande* framställt anmärkning mot dess översändande till henne. Förmodligen tänktes hustrun ha ett slags undersökningsplikt beträffande vad som förvarades i hennes magasin. I vilket fall som helst möter här en markerad tillämpning av angriplighetsgrundsatsen — gentemot en säljare, som icke förvissat sig om man-

nens behörighet att företräda hustrun och således icke kan sägas ha varit i god tro i avtalslagens mening, jfr nedan i texten. Av detta familjerättsliga rättsfall torde dock icke böra dragas några vittgående slutsatser.

Anmärkas må även *NJA 1922 s. 495*: Betalningsskyldighet för vara, som levererats till en icke registrerad ekonomisk förening, ansågs ej kunna åläggas X, styrelseledamot, sekreterare och kassör hos föreningen, vare sig på den grund att han mottagit (den av föreningens ordförande beställda) varan eller därför att han underlåtit underrätta leverantören om att varan upplagts för dennes räkning. (Att, såsom tillika i målet gjordes gällande, X förfogat över varan och distribuerat densamma till föreningsmedlemmarna, blev icke styrkt i målet.) Vid bedömningen av rättsfallet spelar in, att fråga var om tillämpning av en speciell föreningsrättslig ansvarighetsregel (motsvarande 3 § 1951 års föreningslag) av den typ som plägar betecknas som »civilrättslig straffbestämmelse».

Vad nu sagts avser privaträttslig ogiltighet i allmänhet. Beträffande en eller annan ogiltighetsgrund skönjes emellertid i rättstillämpningen en påfallande motvilja mot att vid bedömning av frågan huruvida ogiltigheten botats tillmäta passiviteten betydelse. Så, på sätt antytts redan i kap. 1 här ovan, vid *fastighetsköp* eller jämförliga rättsärenden, *NJA 1939 s. 417* (kommentar i *SvJT 1941 s. 477*), *1949 s. 571* (underinstanserna; i HD kunde frågan om en på 9 kap. 2 § äldre GB grundad ogiltighet ej prövas, märk »på talan av» etc. i domen; jfr *1894 s. 341*), *1951 s. 468* (om tyst godkännande av ett på grund av omyndighet ogiltigt avtal efter uppnådd myndighetsålder; se åter rörande motsvarande spörsmål utanför fastighetsrätten *SvJT 1932 rf. s. 1*, jfr *1929 rf. s. 65*, samt *Bang a.a. s. 125*), se ock *NJA 1949 s. 738* (ävensom, till stöd för HD-dissensen i målet, *Arnholm*, *Privatrett I s. 276, 301* med där anförda norska rättsfall). Hårt avvisande hållning mot passivitetshänsyn såsom grund för upprätthållande av fastighetsköp, vilket påstods hävt eller t.o.m. automatiskt förfallet på grund av att köparna (vilka tillträtt fastigheten!) gjort sig skyldiga till mora solvendi, intogs ytterligare i *NJA 1953 s. 570*.

Likaledes torde härskande inställning i praxis vara, att det fordras mycket för att ogiltighet på grund skriftlig handlings *förfalskning* skall anses ha genom passivt godkännande bortfallit, se i ämnet *Hessler*, *Obehöriga förfaranden med värdepapper*, 1958, s. 70 ff., 330 ff. Viktigt är här bl.a. rättsfallet *NJA 1946 s. 225*, som visserligen utvisar att passivitet ansetts i princip relevant i skadeståndshänseende — ett genom beviskravet rörande skadas uppkomst bristfälligt korrektiv — men tillika ger vid handen, att domstolarna ej äro tillmötesgående när det gäller ogiltighetens tysta botande. Den omständigheten att vederbörande bank så att säga uppfordrat till aktivitet genom att till-

Blott några få punkter skola i det följande tagas upp, väsentligen inom området för den ogiltighet, som följer av bestämmelser i avtalslagen, köplagen och kommissionslagen.

I första hand märkes den bestämmelse om angräplig ogiltighet, som återfinnes i 32 § andra stycket avtalslagen.⁹ Här stadgas att, om en avgiven viljeförklaring, som befordras genom telegram eller framföres muntligen genom bud, till följd av fel vid telegraferingen eller oriktigt återgivande genom budet blivit till innehållet förvanskad, avsändaren icke är bunden av förklaringen i det skick den framkommit ändå att mottagaren var i god tro. Detta gäller även om avsändaren med hänsyn till befordringsfelet gjort sig skyldig till vårdslöshet eller om sådan ligger telegrafverkets folk eller

ställa den vars namn förfalskats avi angående hans förmenta förbindelse lär i regel icke leda till annan bedömning, jfr Göta hovrätts dom den 25 oktober 1962 i mål mellan Sveriges Kreditbank och Folke Adolfsson samt av *Cervin* a.a. s. 212 lämnade uppgifter om notisrättsfallen NJA 1923 A 345, 1947 A 129. Av NJA 1933 s. 264, där banker emellan passivitet efter mottagande av räkningsbesked och kontoutdrag tycks ha tillerkänts ett slags giltighetsrättsverkan (alltså verkan icke blott i skadeståndshänseende), torde en mera allmän slutsats i motsatt riktning knappast kunna dragas, se Hessler s. 69 not 82 och 89 not 33 in fine. I hovrättsfallet SvJT 1941 rf. s. 42 ansågs visserligen, med svag majoritet, konkludent godkännande i förfalskningsfall avgivet men detta blott under åberopande av viss erlagd betalning, alltså ett prestationsfaktum. (Att passivitet kan utgöra bevisfaktum för att förfalskning ägt eller icke ägt rum, NJA 1886 s. 15, är naturligen en annan sak). Se i ämnet, vad dansk och norsk rättspraxis angår, av *Bang* a.a. s. 121 ff. anmärkta rättsfall, bl.a. UfR 1924 s. 343, ävensom beträffande NRt 1918 s. 689 *Arnholm*, Passivitetsvirkningar s. 19, jfr ytterligare rörande UfR 1945 s. 723 *Cervin* a.a. s. 213.

En viss och välmotiverad försiktighet hos domstolarna kan slutligen iakttagas, när det gäller att i andra fall än negotiorum-gestio-fall (i snäv bemärkelse, d.v.s. då åtgärder vidtagas som äro nödvändiga för att avvärja hotande förlust för någon som är frånvarande eller eljest hindrad att tillvarataga sina intressen) erkänna ersättningskrav grundade på att vederbörande gjort förmögenhetsuppoffring i annans intresse under omständigheter tydande på ett dennes tysta gillande, se från senare tid särskilt NJA 1952 s. 63 och härom *Rodhe* i SvJT 1961 s. 260.

⁹ Den opraktiska bestämmelsen i 28 § andra stycket avtalslagen (om ogiltighet på grund av råntvång) lämnas här åsido.

ock budet (»medhjälparen») till last. Men förklaringen blir gällande, om avsändaren försummar att, efter vunnen upplysning om förvanskningen, utan oskäligen uppehåll giva mottagaren meddelande därom, förutsatt att denne var i god tro. — Som skäl för denna passivitetsregel, varigenom till förmån för godtroende motpart ogiltigheten neddämpats till angriplighet, åberopades, helt intetsärande, hänsynen till att mottagaren genom förvanskningen kunde drabbas av betydande förlust och att ju förr han finge kännedom om förvanskningen det vore lättare att begränsa de skadliga följderna av förklaringens ogiltighet. Det avgörande var förvisso, att neddämpningen var påkallad såsom korrektiv mot den viljeteoretiska regel, som huvudstadgandet om att befordersfelet gör viljeförklaringen oförbindande jämväl i förhållande till godtroende motpart utgör.¹⁰ Behovet av ett ytterligare korrektiv, nämligen ett till det negativt kontraktsintresset begränsat skadeståndsansvar för en culpös avsändare, antyddes för övrigt i motiven.

En analog tillämpning av 32 § andra stycket avtalslagen är i ett hänseende klart indicerad. Enligt 11 § andra stycket samma lag skall rättshandling företagen med stöd av fullmakt som avses i 18 § — en sådan som grundar sig allenast på fullmaktsgivarens meddelande till fullmäktigen (»muntlig» fullmakt eller »uppdragsfullmakt») — sakna giltighet, om fullmäktigen överskridit sin befogenhet, och detta oaktat motparten-tredje man var i god tro. Enligt lagens betraktelsesätt fungerar fullmäktigen här som ett slags »bud» vid framförandet av huvudmannens viljeförklaring, varmed situationen blir jämförbar med den i 32 § andra stycket avtalslagen reglerade.¹¹ Behovet av att, då viljeteorins grundsatser

¹⁰ Se »Avtalsrättsliga spørsmål» s. 27 ff. Jfr *Vahlén*, *Avtal och tolkning* s. 102 ff.

¹¹ Jfr NJA 1958 s. 186: Avtal av sådan beskaffenhet, att verkställande direktör i aktiebolag icke var behörig att ensam ingå detsamma, blev icke giltigt därför att denne ingivit medkontrahenten-tredje man föreställningen, att behörigt bolagsorgan godkänt avtalet. Se *Rodhes* kommentar till rättsfallet i SvJT 1961 s. 249.

jämväl i detta fall undantagsvis adopterats, mildra konsekvenserna därav är ock starkt. Rättshandlingens ogiltighet måste visserligen de lege lata stå fast. Men längre än till angriplig ogiltighet bör man icke gå. Denna mening har också vunnit anslutning i doktrinen.¹²

Även en annan analog tillämpning av angivna princip må vara påkallad. Att en kontrahents oriktiga förutsättning understundom kan vara relevant och föranleda avtalets ogiltighet oaktat motparten varit godtroende (saknat kännedom, kanske icke om förutsättningens förhandenvaro men väl om dess felaktighet) är ej tvivel underkastat. Det torde emellertid finnas goda skäl för att i dylika fall ålägga »förutsättningskontrahenten» reklamationsskyldighet, räknat från det han vann kännedom om sin förutsättnings oriktighet och avtalets därav betingade ogiltighet, även om en sådan regel nog icke bör vara undantagslös.¹³ Avtalet bör alltså även här vara allenast angripligt ogiltigt. Vissa hithörande fall gå för resten in under reklamationsbestämmelserna i 52—54 §§ köplagen, varom nedan.

I övrigt finnes icke stort utrymme för att i fall av ogiltighet som regleras i avtalslagen (eller som dock är av närstående art) utnyttja grunderna för 32 § andra stycket avtalslagen. Detta helt enkelt därför, att som bekant svensk

¹² *Hult*, Civilrättsliga spörsmål, 1939, s. 11 f, *Ussing*, Aftaler s. 338, jfr ock *Vahlén* a.a. s. 106. Av annan mening möjligen *Almén*, Lagen om avtal s. 108 not 5.

¹³ Jfr UfR 1939 s. 511. — I rättsfallet NJA 1958 s. 282 (angående verkan av viss felaktig förutsättning av bolagsrättslig art) dryftades i HD-domen frågan om angriplig ogiltighet, men förutsättningskontrahenten ansågs av särskilda skäl icke ha varit skyldig att angripa avtalet inom viss tid.

Fall där ogiltighet på grund av kontrahents felaktiga förutsättning kan göras gällande även gentemot godtroende motpart men där detta för att vinna beaktande måste ske utan oskäligt dröjsmål torde, såsom jag framhållit i SvJT 1940 s. 340, ofta förekomma vid *condictio indebiti* (här gäller det visserligen ogiltighet utanför området för avtalsslut). Se NJA 1947 s. 206, 1955 s. 310 och 1958 s. 475, jfr 1951 s. 187 (femte stycket i HD-domen), 1961 s. 677 och UfR 1959 s. 347.

rätt principiellt intager den ståndpunkten, att i nu avsedda fall ogiltighet överhuvud icke inträder, när motparten vid avtalsslutet varit i god tro. Frågan om ogiltighetens natur kommer därmed, kunde det synas, icke upp. Men det spörsmålet återstår lika fullt, huruvida förekomsten av angräplig ogiltighet verkligen skall vara begränsad till fall av god tro hos motparten eller huruvida man har att räkna med en sådan form av ogiltighet jämväl då denne varit i »ond» tro och ogiltighet — enligt avtalslagens bestämmelser eller därmed jämförliga regler — just med hänsyn härtill inträder.

Det torde vara en vanlig uppfattning¹⁴, att det förra alternativet är det riktiga och att alltså någon reklamationsskyldighet icke kan åläggas den av ogiltighetsregeln skyddade kontrahenten, om motparten vid avtalets tillkomst icke varit godtroende. Uppfattningen torde ock ha fog för sig, när motparten ägt *vetskap* om den omständighet varpå ogiltighetspåföljden grundas. Han bör då få stå sitt kast, även om han sedermera skulle befinna sig i en för honom besvärande ovisshet om huruvida nämnde kontrahent ändock vill låta avtalet bestå eller ämnar hävda dess ogiltighet. Men skall samma grundsats gälla även då det endast kan läggas motparten till last, att han vid avtalsslutet *bort* känna till berörda omständighet? Avtalslagens författare ha synbarligen utgått från att någon skillnad icke kan göras allt eftersom den onda tron varit av det ena eller andra slaget. Spörsmålet har emellertid säkerligen icke av dem genomtänkts¹⁵, och med hänsyn till, om icke annat, den ökade betydelse passivitetsverkningar i olika sammanhang tillerkänts under se-

¹⁴ Väsentligt annorlunda dock *Arnholm*, Passivitetsvirkningar s. 32 ff, Alminnelig avtalerett, 1949, s. 345 ff. och Privatrekt II s. 356 ff.

¹⁵ Glidningar vid godtroshetsbegreppets användning förekomma i avtalslagens motiv. Frånvaron av reklamationsbestämmelse i fall av tvång som avses i 29 § försvaras sålunda (NJA II 1915 s. 239 f.) med att en sådan bestämmelse givetvis vore av värde i den mån tvång kan åberopas gentemot godtroende medkontrahent men saknade giltig rättsgrund försåvitt den tvungne skulle avskäras från rätten att söka sitt åter från den som utövat tvånget eller därom haft *vetskap* (kurs. här). Jfr ock om godtroshetsbegreppet i 25 § avtalslagen strax nedan i texten.

nare tid kan deras angivna inställning näppeligen vara avgörande. Sakliga skäl kunna helt visst åberopas för att i de fall, då bristen på god tro yttrar sig allenast i att motparten beträffande ogiltighetsorsakens förekomst brustit i uppmärksamhet eller omdöme, kräva av den kontrahent i vars intresse ogiltighetsregeln meddelats en reaktion mot avtalet inom skälig tid efter det han uppdagat vederbörande ogiltighetsgrundande omständighet. Särskilt bör uppmärksammas, att det ingalunda alltid är lätt för motparten att fastställa, huruvida verkligen ett rättsligt betydelsefullt viljefel vidlader avtalet eller icke. Härför kan krävas en tolkning som erbjuder stora svårigheter. Sålunda skall motparten enligt 32 § första stycket avtalslagen (förklaringsmisstag) bilda sig en viss föreställning om *dels* vilken innebörd kontrahentens viljeförklaring vid en objektivt riktig tolkning kan anses äga *dels* huruvida kontrahenten åsyftat annat än detta objektivt riktiga förklaringsinnehåll. Brister hans uppmärksamhet eller omdöme i ettdera hänseendet, är han i avtalslagens mening ondtroende, även om icke någon som helst ohelderlighet kan förebrås honom. Motsvarande kan sägas i vad gäller den ogiltighet som behandlas i avtalslagens andra kapitel. Har motparten-tredje man feltolkat en s. k. självständig fullmakts innehåll — han har icke förstått hur en fullmaktsurkund objektivt sett är att tolka eller misstagit sig beträffande den rätta omfattningen av en ställningsfullmakt — blir fullmäktigens handlande genom att det faller utanför behörighetens gränser ogiltigt, och motparten skall enligt avtalslagen bedömas såsom ondtroende.¹⁶ Tanken att denne i dylika fall kunde förtjäna åtminstone den hänsyn, att det sörjes för att han blir underkunnig om avtalets felaktighet inom skälig tid efter det densamma uppdagats av den kontrahent (i sistberörda fall huvudmannen) som vill tillgodogöra sig ogiltighetsregeln, bör icke avvisas blott med hänvisning till

¹⁶ Enahanda svårigheter kunna för resten uppkomma för en motpart-tredje man, som har att avgöra om fullmäktigen, churu behörighet förefunnits, överskridit sin befogenhet (11 § första stycket avtalslagen).

att lagstiftaren ansett en reglering i dylik riktning sakna »giltig rättsgrund».¹⁷

På enstaka punkter har man ock i avtalslagen frångått anmärkta principiella ställningstagande. Så i § 19. Till förmån för en motpart-tredje man, som kan tänkas handla i förlikande på fullmäktigens behörighet oaktat fullmakten riktigt återkallats eller fullmaktshandlingen i vederbörlig ordning förklarats kraftlös, meddelas — trots att denne tredje man enligt den av lagen eljest tillämpade begreppsbestämningen »bort» inse att behörighet saknades — en reklimationsregel som går ända därhän, att redan innan det ifrågavarande avtalet ingås av fullmäktigen huvudmannen under viss förutsättning ålägges underrätta tredje man om att fullmakten ej vidare skall gälla. Man har här, via en fiktion om att tredje mans förlust i viss mån är att tillskriva fullmaktsgivaren (»genom den fullmakt denne givit men sedan återtagit»)¹⁸, velat komma tredje man till hjälp. Än vidare framgår av 25 § avtalslagen, som ostridigt hänför sig även till självständiga fullmakter, att rättsskydd, visserligen icke genom en reklimationsregel utan genom skadeståndsskyldighet för fullmäktigen, kan givas jämväl en sådan tredje man som enligt lagens allmänna bestämning av godtroshetsbegreppet icke vid avtalsslutet var godtroende (eljest skulle paragrafen sällan vara användbar vid självständiga fullmakter).¹⁹

Även om sålunda mycket talar för att jämväl i fall då motparten endast bort äga vetskap om ifrågavarande ogiltighets-

¹⁷ Se ovan not 15.

¹⁸ NJA II 1915 s. 213.

¹⁹ Se litteraturhänvisningarna hos *Almén-Eklund-Nordström* a.a. s. 90 not 1. — Belysande i förevarande sammanhang är uttalandet i motiven till 25 § (NJA II 1915 s. 227), att fullmäktigen bör undgå ersättningskyldighet, om han »överlämnat» åt tredje man att tolka en skriftlig fullmakts omfattning samt denne med orätt antager, att fullmäktigen i kraft av densamma har vidsträcktare behörighet än honom i själva verket tillkommer. Tredje man anses nämligen då ha »bort» inse fullmäktigens avsaknad av behörighet. Men varför — om gängse godtroshetsbegrepp skall tillämpas — blott vid dylikt överlämnande och icke alltid när tredje man feltolkat fullmaktens innebörd och omfattning?

grundande omständigheter låta honom tillgodonjuta fördelen av en reklamationsregel — vilken regel som sagt kan vara starkt påkallad bl. a. vid av fullmäktig ingångna ogiltiga avtal, enär gränserna för behörighetens omfattning, särskilt vid ställningsfullmakt, ofta äro svåra att utstaka²⁰ — är det vanskligt att för dessa fall hävda en allmän regel om dylik passivitetsverkan. Att märka är nämligen att, när en domstol förklarar en motpart ha bort inse ett viljefel eller annan jämförlig ogiltighetsorsak, detta många gånger är uttryck för domstolens övertygelse eller dock starka misstanke om att vetskap i ämnet faktiskt funnits hos motparten, ehuru den icke kunnat i vedertagen mening »fullt» bevisas. Det är från domstolens synpunkt »säkrare» att konstatera culpa än dolus in contrahendo. En regel som genomför angriplighetsgrundsatsen när vetskap hos motparten icke var förhanden men avvisar samma grundsats när dylik fanns skulle därför ofta ge mindre tillfredsställande resultat. Det skulle därvidlag knappast hjälpa, att reklamationsskyldigheten finge bortfalla vid, förutom dolus, en motpartens culpa lata (jfr 53 § köplagen).²¹

²⁰ En huvudregel om reklamationsskyldighet på detta område uppställs av *Stang*, Innledning til formueretten, 3 uppl. 1935, § 31 III (s. 414). Jfr även *Arnholm*, Passivitetsvirkninger s. 61 ff., vilken därvid särskilt berör nyssnämnda stadgande i 19 § avtalslagen, samt i Privatrett II s. 162 f.

Skäl för angriplig ogiltighet kunna måhända också föreligga i följande fall. A har bemyndigat B att för hans räkning sluta avtal med tredje man C men allenast i den formen, att B erhållit uppdrag att så göra, alltså icke någon rätt att ingå avtalet i A:s namn. B, som följaktligen ej fått någon fullmakt, ej ens en »muntlig» sådan, ingår emellertid avtalet i A:s namn, varför ogiltighet inträder. Om nu C låt vara utan fog vid avtalsslutet föreställt sig, att B ägt fullmakt för ändamålet, kan det synas rimligt att han med hänsyn till A:s engagemang i saken har anspråk på att denne inom skälig tid reklamerar och hävdar avtalets ogiltighet. Distinktionen mellan fullmakt och uppdrag bör överhuvud icke överansträngas, jfr SvJT 1962 s. 257.

²¹ Även bortsett från vad nu sagts torde det i vissa mera extrema lägen vara svärförenligt med härskande rättsuppfattning att ålägga den av ogiltighetsregeln skyddade kontrahenten skyldighet att reagera mot

Vad nu sagts föranleder likvisst icke, att man principiellt i hithörande ogiltighetsfall, då motparten väl ej insett men bort inse den handlandes viljefel m. m., borde låta denne få göra ogiltigheten gällande så sent som helst. Det finns ingenting som hindrar domstolarna att godtaga passivitetsverkan efter en mera fri prövning på basis av att fall av ohederlighet eller övriga dolusfall, å ena sidan, samt fall av bristande uppmärksamhet och felaktig bedömning, å den andra, ej gärna kunna ställas på samma plan²² — utan att fördenskull upp-

det felaktiga rättsärendet. Här åsyftas främst sådana fall som då kontrahenten icke alls tagit befattning med det å hans vägnar ingångna avtalet och därför anser sig ha anledning att lämna detsamma helt utan avseende. Det har t.ex. icke blott ägt rum ett överskridande av fullmakt (eller vid juridiska personer av organbehörighet), utan en falsus procurator har handlat utan något som helst föranledande från den påstådde huvudmannens sida.

²² En tillämpning av angräplighetsgrundsatsen som här bör uppmärksammas förekom i rättsfallet

NJA 1949 s. 305: I tvist mellan hamnstyrelse (Uddevalla) och rederi om skyldighet att utgiva hamnavgifter för fartyg invänder rederiet, att detta förlitat sig på ett före fartygens förläggande i hamnen av vederbörande hamnkapten lämnat besked att några avgifter icke komme att uttagas. Fråga om verkan av underlåtenhet från stadens myndigheter att inom rimlig tid gentemot rederiet göra gällande, att den av hamnkaptenen gjorda eftergiften vore stridande mot taxebestämmelserna och ej för staden bindande, samt att framställa krav på taxebeloppet. — HD (pluraliteten) fann till en början, att hamnkaptenens förevarande ställningstagande finge, genom att hamnstyrelsen förhållit sig passiv och på grund av omständigheterna i övrigt, anses ha blivit godkänt av denna myndighet. I den delen rörde det sig alltså om passivitet i dess egenskap av tyst viljeförklaring. Ej heller hamnstyrelsen var emellertid behörig att dispensera från taxebestämmelserna, sådana dessa rätteligen varit att tolka. Eftergiften var alltså i sig själv ogiltig gentemot staden. Men frågan var, om denna ogiltighet kunde hävdas trots att åtskilliga år förflutit sedan rederiet första gången kom i åtnjutande av eftergiften eller om det ålegat stadens myndigheter att inom rimlig tid göra gällande, att densamma icke vore bindande utan betalningsskyldighet måste inträda för rederiet i efterhand. Avgörandet gick i sistnämnda riktning, med tillämpning av objektiva passivitetshänsyn, oaktat det här gällde en så ömtålig sak som ogiltighet bottnande i offentligrättsliga (förvaltningsrättsliga) regler. Att denna ståndpunkt kunde intagas berodde

ställa en så stel regel som den här senast kritiserade.²³

I anslutning till vad nu sagts om beskaffenheten av den enligt avtalslagens stadganden eller närstående rättsregler inträdande ogiltigheten må framhållas, att viktiga fall av angräplig ogiltighet innefattas i *köplagens* reglering. Detta strider visserligen mot den allmänna uppfattningen i doktrinen; man brukar säga att köplagen endast behandlar giltiga köpeavtal. Emellertid avser denna lag även de fall då en

på *dels* att på grund av »mellanvarandets affärsmässiga betoning» den förvaltningsrättsliga aspekten var mindre framträdande och analogin från privaträtten näraliggande *dels* att den friare tolkning av taxebestämmelserna som praktiserats av hamnkaptenen och hamnstyrelsen varit, om än som sagt icke objektivt sett riktig, i viss mån försvarlig eller »förlåtlig». (Uttryckssättet i domen, att rederiet icke »skäligen kan anses hava brustit i aktsamhet» genom att utgå från eftergiftens överensstämmelse med taxan är kanske dock, med hänsyn till godtrosbegreppets ovan angivna legala innebörd, mindre adekvat.). Än ytterligare hade ju läget släktskap med *condictio indebiti* situationer, där såsom förut nämnts angräplighetssynpunkten ofta tillmättes betydelse; se bl.a. NJA 1947 s. 206 (talan av landsting om återbekommande av oriktigt utgivna vägbidrag). — Minoriteten i HD fann dessa skäl icke tillräckliga för att rederiet skulle befrias från skyldigheten att i efterhand erlägga de i taxebestämmelserna föreskrivna avgifterna och ville därför, såsom underinstanserna gjort, bifalla stadens krav. (Angående reservationen i femte stycket i minoritetens domsmotivering se NJA 1932 s. 601.)

²³ Särskild anledning att bereda angräplighetsprincipen utrymme föreligger, om den av ogiltighetsregeln skyddade kontrahenten genom ett senare meddelande från motparten kan sägas ha blivit uppfordrad att taga ställning till frågan om avtalets giltighet. Det syftas därvid icke så mycket på de relativt opraktiska fall, då motparten själv ger till känna eller låter förråda att han är tveksam om giltigheten (se *Vahlén*, *Avtal och tolkning* s. 80; här är i själva verket oklart vad påföljden av passiviteten bör vara, jfr NJA 1953 s. 570, domsmotiveringen i överinstanserna, och ovan s. 95, utan mera på de fall, då motparten genom meddelandet »bekräftar» avtalet eller eljest ger uttryck åt sin uppfattning att han anser detsamma bindande. En kontrahent som kommit till insikt om vederbörande ogiltighetsgrundande fakta — eller kanske just i denna ordning kommer till insikt därom — synes med skäl kunna åläggas att reagera mot ett dylikt bekräftelsebrev eller motsvarande meddelande, när det ej kan läggas dolus utan allenast culpa in contrahendo motparten till last.

kontrahent, köparen, på grund av redan vid avtalsslutet föreliggande fel i godset, resp. omöjlighet eller därmed jämförligt hinder för säljarens fullgörande av köpet, äger häva avtalet, eventuellt tillika kräva skadestånd av säljaren uppgående till det positiva kontraktsintresset. Att skilja på ett hävningsyrkande och ett påstående om avtalets ogiltighet är, när grunden för yrkandet är dylikt »ursprungligt» kontraktsbrott, näppeligen genomförbart, jfr NJA 1935 s. 57. Den av hävningen föranledda återgången av avtalet lär ha samma återverkande natur, vare sig i dylika fall hävning sker eller ogiltighet hävdas. Betecknande är också, att bland hävningsgrunderna i köplagen upptagits den typiska ogiltighetsgrunden svek, varmed numera i förbigående sagt torde få jämföras förfarande i strid mot tro och heder (33 § avtalslagen).^{23a} — Beträffande här berörda hävnings- eller ogiltighetsfall (dock icke svek) genomföres nu i köplagen, på sätt framgår av bl. a. dess 27 och 52—54 §§, en viss angriplighetsreglering. Köparen förlorar i princip sin talerätt, om han icke inom viss tid gör anspråk i anledning av kontraktsbrottet gällande. Den omständigheten att köparen vid avtalet *bort* inse den brist som vidlåder avtalet sätter ingalunda generellt hans reklamationskyldighet ur spel. Den ogiltighet som enbart enligt avtalslagens stadganden icke skulle vara av angriplighets beskaffenhet får alltså en sådan enligt den köprättsliga specialregleringen.^{23b}

Inom andra delar av rättssystemet än dem som nu berörs förekomma till en början ett stort antal lagregler, som ut-

^{23a} Jfr t.ex. NJA 1960 s. 446 (HD-domen).

^{23b} Här har förutsatts, i enlighet med i vårt land väl härskande terminologi, att man icke undviker tillämpning av begreppet ogiltighet endast på grund av att den kontrahent, som med stöd av den tillämpliga rättsregeln angriper avtalet, dock såtillvida får sitt intresse däri tillgodosett, att han av andra parten äger kräva fullt skadestånd, d.v.s. med ett belopp motsvarande det positiva kontraktsintresset; jfr just svekfallet. Om däremot en kontrahent, såsom »pris» för sin rätt att undgå krav på naturalfullgörelse, själv har att erlægga dylikt skadestånd (märk spörsmålet om kontrahents »avbeställningsrätt»), plägar icke talas om att avtalet är ogiltigt.

tryckligen begränsa avtals ogiltighet på det för angräplighet utmärkande sättet. Någon redogörelse för dessa lagbud, som hänföra sig till avtalstyper av sinsemellan mycket olika art, skall här icke lämnas.²⁴ De skäl som föranlett att ogiltigheten utformats i sådan riktning äro ock skiftande. Att återföra dem på en enhetlig tankegång, såsom att angräplighet föreskrives när ogiltigheten icke är av särskilt grav karaktär eller, vilket givetvis ej är samma sak, icke är särskilt iögonenfallande eller »uppenbar», låter sig knappast göra. Och när frågan om ogiltighetens natur ej är i lag reglerad, lär det icke heller vara möjligt att — även om man håller sig enbart till den klart privaträttsligt betonade ogiltigheten, i motsats alltså till den offentlighetsrättsliga (exempelvis enligt lagstiftningen om utlänningar och bolags fastighetsförvärf) — angiva någon allmän norm för ogiltighetens reducering till angräplighet. Särskilt kan det icke gå för sig att i hit hörande fall utan vidare låta vara avgörande huruvida motparten varit godtroende och följaktligen tillämpa grunderna för förut anmärkta bestämmelse i 32 § andra stycket avtalslagen. Det ligger i öppen dag, att så många hänsyn här kunna göra anspråk på beaktande, att man icke enbart av det skäl att avtalets ogiltighet inträder utan avseende å motpartens goda tro kan ålägga vederbörande den villkorliga bundenhet, som skyldigheten att inom viss tid gå till attack mot det ogiltiga avtalet innebär. Å andra sidan bör det icke uppfattas såsom något a priori onaturligt, att även ett ogiltigt avtal medför en viss latent eller villkorlig bundenhet. Den instinktiva och som det synes ganska vanliga föreställning-

²⁴ Åtskilliga nämnas i min anmärkta uppsats i Festskrift för Ussing. Se sålunda bl.a.: inom *familje- och arvsrätten* 6 kap. 4 § GB (makes avhändelse eller intecknande av fast egendom), 7 kap. 4 § och 8 kap. 4 och 8 §§ AB (dödsfallsgåva m.m.), 14 kap. 5 § AB (kländer av testamente), 23 kap. 8 § AB och 13 kap. 1 § GB (kländer av arvskifte resp., jfr NJA 1951 s. 654, bodelning), inom *bolagsrätten* 36 § handelsbolagslagen (bolagsskifte), 18 och 20 §§ aktiebolagslagen (aktieteckning) samt 138 § samma lag (bolagsstämmobeslut), inom *fastighetsrätten* 8 § sista stycket jordförvärvslagen (senast före lagfarts meddelande), inom *försäkringsrätten* 8 § försäkringsavtalslagen.

en, att ett med fel behäftat rättsärende i princip, d. v. s. om icke särskilda skäl tala för motsatsen, bör bedömas som in-
tet avtal alls, d. v. s. som en nullitet, går visserligen bra
ihop med det inom juridiken på sina håll ännu förhärskan-
de »substantiella» tänkesättet. Men någon anledning att läg-
ga nullitetsalternativet presumtionsvis till grund vid bedöm-
ningen av ogiltighetens beskaffenhet lär ej kunna upp-
bringas. Rör det sig om en av offentlighetsrättsliga skäl föresta-
vad ogiltighet, möta dock som lätt inses svårigheter att, om
lagstöd härför saknas, adoptera angräplighetsalternativet.

Några bestämmelser om avtals angräpliga ogiltighet i
kommissionslagen stå i det sammanhang med anbudstaga-
rens i nästföregående kapitel behandlade svarsplikt, att de
kräva särskild uppmärksamhet.

Hit hör i första rummet stadgandet i 78 §, jfrd med 89 §,
kommissionslagen. Inberättar handelsagent (handelsresan-
de) till huvudmannen försäljningsavtal, som han slutit för
dennes räkning, åligger det huvudmannen, där agenten (han-
delsresanden) handlat utan bemyndigande eller överskridit
givet bemyndigande och huvudmannen icke vill godkänna
avtalet, att utan oskäligt uppehåll efter det underrättelsen
kom honom tillhanda själv eller genom agenten (resanden)
giva meddelande därom till köparen; underlåtes det, skall
så anses som hade avtalet godkänts av huvudmannen. — I
det följande behandlas även dessa lagbestämmelser som en
enda passivitetsregel och benämnes handelsagenten och han-
delsresanden »mellanman».

Passivitetsregeln förutsätter sålunda, att avtalet är ogiltigt
på grund av att det icke haft stöd av vederbörligt bemyn-
digande å huvudmannens sida. När ogiltighet föreligger ut-
talar sig lagbudet icke om. Ämnet behandlas i förut anmärk-
ta 77 och 88 §§ *kommissionslagen* såtillvida att det *dels* be-
stämmer att mellanmannen in dubio icke äger sluta bin-
dande försäljningsavtal för huvudmannen *dels* föreskrives
att handelsresandes innehav av s. k. slutsedelsblanketter
skall anses innefatta bemyndigande av huvudmannen till

avtalsslut. I övrigt bedömes behörighetsspörsmålet, såsom i motiven framhålles, med ledning av allmänna rättsregler.

Syftet med förevarande lagbud är nu att fastslå, att den inträdande ogiltigheten är av allenast angriplighets natur. Det ogiltiga avtalet botas, om icke huvudmannen, vilken genom underrättelse från mellanmannen erhållit vetskap om detsamma, reagerar däremot genom meddelande till tredje man-köparen. Detta meddelande skall givas utan oskäligt uppehåll.²⁵

Rörande grunderna för passivitetsregeln kan i första hand hänvisas till vad ovan sagts i anslutning till 79 och 89 §§ kommissionslagen. Där anförda skäl för ett tredjemansskydd

²⁵ Såsom ovan i kap. 6 vid not 16 nämnts skola enligt *Gadde-Eklunds* kommentar till kommissionslagen stränga anspråk ställas på huvudmannen därvidlag. Rättspraxis har dock icke alltid följt dessa anvisningar. Se sålunda *NJA 1930 s. 442*: Fråga, i mål om utbekommande av ett utav utländsk skiljenämnd utdömt skadestånd för utebliven varuleverans, huruvida bindande leveransavtal, med däri innefattad skiljedomsklausul, kommit till stånd. — En svensk säljare A hade givit svensken B som, enligt vad överinstanserna räknade med, var handelsagent för A, uppdrag att med anlitande av tyske mäklaren C sälja en kvantitet spannmål på vissa villkor, däribland att försäljningen skulle ske »ungefär efter prov» (eller efter »typprov»). Det försäljningsavtal, som genom B:s och C:s förmedling sedermera avslöts, upptog emellertid det mot säljaren strängare villkoret »enligt prov», alltså utan ungefär-reservationen. När A sedan skulle underteckna kontrakt efter försäljningen, reagerade han mot differensen dels genom att han i kontraktet tillade ordet »ungefär» dels genom att han så gott som omedelbart i brev till B meddelade den av honom i kontraktet vidtagna ändringen och anhöll om köparens godkännande. Meddelandet framfördes till köparen men först, enligt vad som kunde anses styrkt, efter åtta dagar. Trots detta långa uppehåll och trots att såsom förut sagts mellanmannens försumlighet beträffande framförande av reklamation går ut över huvudmannen, ansågs A ha vederbörligen reklamerat i enlighet med 78 § kommissionslagen. I följd därav hade bindande avtal ej kommit till stånd och blev den utländska skiljedom, enligt vilken A ålagts betalningsskyldighet, ett slag i luften. Förklaringen till denna välvilja mot A var måhända, att hänsyn togs till att även köparen måste ha varit på det klara med att, då reklamation skulle ske »genom» B och C, detta kunde föranleda tidsutdräkt.

äga giltighet även i förevarande hänseende.²⁶ Det kan väl också sägas, att det innebär någonting mindre att låta ett ogiltigt *avtal* botas genom passiviteten än att såsom enligt nyssnämnda paragrafer låta ett *anbud* legalt medföra avtalsbundenhet för den passive anbudstagaren.²⁷ Men dessutom kunna särskilda omständigheter åberopas till stöd för att på detta sätt försvaga ogiltigheten genom att ålägga huvudmannen reklamationsplikt. Det pointerades sålunda i motiven, att tredje man har speciella svårigheter att bilda sig en välgrundad mening rörande förefintligheten eller frånvaron av mellanmannens behörighet. Tydligt förutsattes, att tredje man i flertalet fall har att hålla sig allenast till en »osjälvständig» fullmakt av den art som omförmäles i 18 § avtalslagen.

Med hänsyn till vad här senast anförts om att man velat genom passivitetsregeln hjälpa en tredje man, som har svårigheter att fastställa mellanmannens behörighet, kunde det synas naturligt, att ifrågavarande rättsskydd förlänades allenast godtroende tredje man. Någon sådan begränsning innehåller passivitetsregeln dock icke. Jämväl en tredje man som bort inse mellanmannens bristande behörighet äger åberopa denna regel. Ja, icke ens om tredje man haft vetskap om behörighetsbristen, uteblir avtalets giltighet, därest huvudmannen underlåter meddela, att han tager avstånd från det samma. Detta är icke så märkligt som det i förstone kan se

²⁶ Jfr i detta sammanhang även ett yttrande av *lagrådet* (NJA II 1914 s. 317), som tydligt ansåg behövt att söka förstärka den presterade motiveringen för reklamationsregeln med en hänvisning till »sund affärskutym»; det underströks också, att agentens ställning (vid slutande av avtal utan bemyndigande) vore »oviss». Åberopandet av sund affärskutym kan för övrigt ha haft sin spets riktad mot ett uttalande i motiven (a. st. s. 314) om att reklamationsskyldigheten »grundar sig icke på någon specifik merkantil åskådning utan beror av allmänna billighetshänsyn» (!)

²⁷ Betecknande är, att enligt den för kommissionslagen mönsterbildande tyska rätten motsvarighet föreligger till 78 och 89 §§ (HGB § 91 a, uti dess enligt lag av år 1953 nu gällande lydelse), medan beträffande anbud icke föreligger någon sådan legal svarsplikt varom nu är fråga.

ut. Har lagen en gång intagit den ståndpunkten, att redan ett anbud kan genom huvudmannens uppfyllda svarsplikt växa ut till ett avtal, bör motsvarande gälla beträffande ett avtal, låt vara att bristen på behörighet vid dess ingående av tredje man genomskådats. I bägge fallen känner han till att, så långt allmänna avtalsregler räcka, betingelser för avtalsbundenhet ej äro förhanden, och i bägge fallen anses så att säga hans förväntan, att saken ändock »tyst» skall klaras upp, legitim. Detta innebär, att förevarande passivitetsregel icke enbart kan uppfattas som en misstagsregel, alltså en regel om att tredje mans felaktiga antagande rörande mellanmannens behörighet måste genom huvudmannens föranstaltande undanröjas, om denne skall undgå bundenhet enligt avtalet. Regeln fyller tillika samma uppgift som 79 och 89 §§ kommissionslagen, d.v.s. — om man följer lagstiftarens konstruktion — att tredje man skall äga uttolka huvudmannens efterföljande tystnad som ett godtagande av det, som han visserligen kanske inser, för denne i sig självt oförbindande avtalet.

Passivitetsverkan inträder, på sätt framgår av lagtexten, icke blott när mellanmannen överskridit sitt bemyndigande utan också när han handlat helt utan bemyndigande. Huvudmannen måste således reklamera, även om mellanmannen icke haft någon som helst avslutningsfullmakt, till synes jämväl om mellanmannen handlat på ett område, varmed han ej haft det minsta att skaffa. Överhuvud är för passivitetsregelns tillämpning likgiltigt, huruvida det kan påbörjas mellanmannen ett klandervärt förfarande eller ej (jfr 79 och 89 §§, där mellanmannen torde ha förutsatts vara behörig att i allt fall *mottaga* anbud och följaktligen frågan huruvida han handlat culpöst ej gärna kommer upp, åtminstone icke om anbudet är av beskaffenhet att förtjäna avseende). Ytterligare torde vara tydligt, att passivitetsregeln *även* omfattar fall av självständig fullmakt, såsom då en fullmaktsurkund företes för tredje man och denne ser att det enligt denna brister i mellanmannens behörighet. Och a fortiori äger regeln tillämpning, om avtalets ogiltighet förän-

ledes av att visserligen behörighet funnits men, enligt vad för tredje man framgår, mellanmannen överskridit sin på uppdraget grundade befogenhet. Uttrycket »bemyndigande» i lagtexten täcker både behörighet och befogenhet.

I ett särskilt avseende går passivitetsregeln i 78 och 89 §§ kommissionslagen längre än motsvarande »anbudsregel». Den träder i funktion vare sig den upplysning om det slutna avtalet som mellanmannen lämnat huvudmannen givits i skriftlig form eller icke (»inberättar»). Om anledningen till denna olikhet är intet upplyst. Behovet av ett fast underlag för huvudmannens reklamationskyldighet kunde synas även här vara förhanden.

Huvudmannen skyddas mot riskerna av att mellanmannen ofullständigt inberättar avtalet genom att den av passiviteten föranledda bundenheten icke torde avse annat än det avtal som faktiskt inberättats till honom (se ovan kap. 6 in fine). Därmed förringas visserligen avsevärt passivitetsregelns värde för tredje man. Men även här, liksom när fråga är om ett av tredje man avgivet anbud, griper den särskilda regeln i 80 och 89 § andra stycket kommissionslagen in. Enligt denna står det tredje man fritt att direkt, alltså icke genom mellanmannen, underrätta huvudmannen om avtalet, med angivande av de däri innefattade villkoren. Beivrar då icke huvudmannen inom skälig tid behörighetsfelet, anses avtalet godkänt. Om avtalet icke eljest är allenast angripligt ogiltigt, får det sådan karaktär genom att bekräftelsebrevet av huvudmannen lämnas utan avseende (jfr ovan not 22 samt även härutinnan 82 § kommissionslagen).

I 78 § kommissionslagen saknas motsvarighet till andra stycket i 79 §. Naturligen kan dock avtalet, när kontrahenterna insett dess i och för sig oförbindande natur, innehålla en klausul om att detsamma måste uttryckligen godkännas av huvudmannen inom den eller den tiden. Härmed är passivitetsregeln satt ur kraft.

Blir avtalet giltigt på grund av huvudmannens passivitet, har detta till följd, att tredje man icke kan rikta något skadeståndskrav mot mellanmannen under åberopande av 25 §

avtalslagen. Detta är klart utsagt i sistnämnda paragraf (»eller ändock är gällande mot honom», vilka ord just syfta på ett fiktivt, i enlighet med en legal passivitetsregel meddelat godkännande). Kvarstår åter avtalets ogiltighet, drabbas mellanmannen ofta — men icke alltid; se andra stycket i 25 § — av skadeståndsansvar i sin egenskap av »falsus procurator». På den punkten har det betydelse, huruvida tredje man varit i god tro eller ej, dock att såsom förut berörts oklarhet råder om hur snävt godtrosbegreppet skall fattas i *detta* sammanhang. Har avtalets giltighet uttryckligt ställts i beroende av huvudmannens godkännande, kan givetvis 25 § avtalslagen icke tillämpas.

Den grundsats om blott angriplig ogiltighet, som kommissionslagen i 78 och 89 §§ (resp. 80 §) genomfört beträffande ogiltiga av mellanmannen slutna »försäljningsavtal», kunde ifrågasättas äga tillämplighet jämväl å *ändringsavtal*, hänförliga till ett behörigen ingånget huvudavtal. Om mellanmannen har behörighet att sluta huvudavtalet, borde han också, kunde man tycka, vara behörig att ändra detsamma eller borde det åtminstone, därest ändringsavtalet likväl skall vara ogiltigt, åligga huvudmannen att utan oskäligt uppehåll göra ogiltigheten gällande. Lagens ståndpunkt är emellertid i båda hänseendena den motsatta. Vad det förre beträffar uttalas sålunda i 83 och 91 §§, att handelsagent och handelsresande icke, ändå att de kunna sluta för huvudmannen bindande försäljningsavtal, äga efter försäljningen medgiva anstånd med betalningen, nedsättning i priset eller annan ändring i avtalet. I 84 och 92 §§ fränkännes vidare handelsagent och handelsresande, trots att den förre och under viss förutsättning även den senare är behörig att mottaga tredje mans reklamation beträffande fel eller brist i godset eller annat meddelande angående fullgörandet av ingånget köpeavtal, rätt att utan huvudmannens bemyndigande med bindande verkan för denne träffa något avgörande i anledning av dylikt meddelande.²⁸ Ändringsavtal och avtal som inne-

²⁸ Av grunderna för regeln skulle t.o.m. följa, att någon rätt att å

fatta beskrivna slags »avgörande» äro således ogiltiga, jfr NJA 1899 s. 356. Och vad det senare angår är det varken i lagen eller i motiven tal om någon uppmjukning av ogiltigheten genom en objektiv passivitetsregel, en allmän regel om skyldighet att inom viss tid angripa avtalet. Angående orsaken till detta ej alldeles lättförståeliga ställningstagande uttala sig motiven icke närmare. Hänsyn till mellanmannens organställning — som spelade stor roll vid motiveringen för hans behörighet att mottaga reklamation — togs icke i förvarande avseende. Man slog sig till ro med att även i avsaknad av en objektiv passivitetsregel huvudmannens tystnad efter erhållen kännedom om ändringsavtalet etc. kunde in casu tilläggas verkan av godkännande.

I detta sammanhang må slutligen uppmärksammas en bestämmelse om angräplig ogiltighet i kommissionslagen, som anknyter icke till ett avtal utan till ett ensidigt rättsärende: mottagandet av tredje mans betalning av köpeskillingen för såld vara. Handelsagent och handelsresande äro in dubio icke, ens när de äro bemyndigade att för huvudmannen sluta försäljningsavtal, behöriga att uppbära sådan betalning, 83 och 91 §§; med verkställighet av avtalet skola de nämligen icke ha att taga befattning. Åtskilliga omständigheter kunna visserligen föranleda avvikelse från denna princip (handelsbruk, toleransfullmakt, huvudmannens i det enskilda fallet ådagalagda villighet att förläna mellanmannen inkassobehörighet, jfr ock NJA 1950 s. 86), men huvudregeln är den angivna.²⁹ Betalningen blir likväl giltig, därest huvud-

huvudmannens vägnar omhändertaga en vara, som tredje man efter företagen besiktning avvisat, ej tillkommer mellanmannen, icke ens om denne, vid handelsagentur, haft varan på lager, NJA II 1914 s. 329 (?).

²⁹ Denna ogiltighetsregel hänför sig emellertid icke till det fall att mellanmannen (handelsresanden) medför det för försäljning avsedda godset, NJA 1927 s. 305. I detta läge har t.o.m. ansetts, icke blott att mellanmannen ägt att, med verkan mot huvudmannen, vid köpetillfället uppbära kontant likvid utan även att, sedan tredje man-köparen utställt en check till huvudmannen å köpeskillingens belopp, mellanmannen till vilken checken för dennes räkning överlämnats varit

mannen, när han genom mellanmannen eller tredje man erhåller kännedom om densamma³⁰, underlåter att utan oskäligt uppehåll meddela tredje man, att han ej vill godkänna betalningen (andra stycket i sagda båda lagrum).³¹ Bakgrunden till denna regel torde, av uttalanden i motiven att döma, bland annat vara — liksom när det gäller stadgandena i 78 och 89 §§ kommissionslagen — att det ofta är för tredje man vanskligt att avgöra, huruvida mellanmannen varit behörig eller ej, eftersom huvudmannens bemyndigande icke behöver vara uttryckligt utan även kan vara konkludent. Det misstag beträffande behörigheten vartill tredje man gör sig skyldig vid betalningen är därför av beskaffenhet att icke blott ofta förekomma utan även vara i *viss* mån ursäktligt. På denna punkt göra sig i stor omfattning samma synpunkter gällande som vid *condictio indebiti*, ehuru skyddsobjektet icke är den kontrahent som mottagit betalning utan den som felaktigt erlagt sådan. I båda fallen gäller det en intressent, som till sin förmån kan åberopa både att prestation skett och att passivitet kan läggas andra parten till last. Att här hänsyn till mellanmannens organställning därjämte inverkat framgår bl. a. av att passivitetsverkan inträder t. o. m. om mellanmannen icke förmedlat försäljningsavtalet,

behörig medgiva vederbörande bank att i stället för att erlägga beloppet till huvudmannen utbetala detsamma till mellanmannen (dissenser).

³⁰ En sådan kännedom kan huvudmannen också bibringas genom ett till honom av tredje man avlätet bekräftelsebrev, vari betalningen omtalas. *Arnholm*, Passivitetsvirkningar s. 65 f. godtager motsvarande passivitetsverkan även då tredje man, som är i god tro beträffande mellanmannens behörighet att mottaga betalning, meddelar att han *kommer* att erlägga köpeskillingen till denne.

³¹ I rättsfallet SvJT 1923 rf. s. 13 synes denna angräplighetsregel, egendomligt nog, ha tillämpats även beträffande ett belopp, som tredje man faktiskt icke betalt till mellanmannen men som denne kvitterat som betalt med stöd av en sådan av mellanmannen medgiven nedsättning av köpeskillingen, vartill denne enligt nyssnämnda lagbud saknat behörighet. Att huvudmannen genom sin passivitet finge anses ha in casu godkänt nedsättningen, se det nyss i texten sagda, framgår ej av domstolarnas motivering.

såvida detta dock ägt rum under sådana omständigheter, att han enligt 70 § kommissionslagen är berättigad till provision för detsamma.³²

³² I 89 och 91 §§ kommissionslagen förutsättes, att köpeavtalet är giltigt; mellanmannen har varit behörig att ingå avtalet eller detta har, i motsatt fall, blivit bindande genom att huvudmannen försummat reklamera enligt 78 och 89 §§ samma lag. Om nu på grund av mellanmannens obehörighet avtalets ogiltighet står fast, kan man fråga sig huruvida förskottsbetalning, som erlagts av tredje man till mellanmannen och mot vilken huvudmannen ej i och för sig haft något att erinra, skall anses godkänd av huvudmannen, så att denne icke har den skyldighet att återbära beloppet som eljest är en följd av avtalets ogiltighet. Frågan besvarades jakande i rättsfallet SvJT 1930 rf. s. 69 (dissens).

KAP. VIII

PASSIVITETSVERKAN ENLIGT 82 OCH 90 §§ KOMMISSIONSLAGEN

En viktig reglering av passivitetsverkan vid avtalsslut giv-
ves, såsom tidigare nämnts, i 82 och 90 §§ kommissionslagen.
Här kommer institutet »bekräftelsebrev» ånyo och på allvar
in i bilden. Det är en av affärslivets mest anlitade meka-
nismen vid avtalsslut, och vad i kommissionslagen därom
stadgas kan tjäna till utgångspunkt för bedömningen av så-
dana brevs rättsliga betydelse även i andra fall än de i den-
na lag avsedda.

82 § kommissionslagen lyder:

»Har köpman förhandlat med en handelsagent angående
slutande av köp för sin rörelse, och får han från agentens
huvudman mottaga meddelande, varigenom denne, med åbe-
ropande av dessa förhandlingar, förklarar sig antaga till
agenten därvid avgivet anbud eller bekräfta med honom där-
vid slutet avtal, åligger det köpmannen, där han vill göra
gällande, att han icke avgivit något anbud eller slutit något
avtal eller att anbudets eller avtalets innehåll är i medde-
landet oriktigt återgivet, att utan oskäligen uppehåll giva hu-
vudmannen meddelande därom. Underlåter köpmannen det,
skall han anses hava godkänt avtal av det innehåll medde-
landet från huvudmannen utvisar, dock endast såframt han
av meddelandet bort förstå, att enligt huvudmannens för-
menande sådant avtal kommit till stånd, och ej förmår visa,
att meddelandet var oriktigt.»

Motsvarande gäller enligt 90 § kommissionslagen, när
handelsresande förmedlat köp. Detta fall torde ock vara det
som har det största praktiska intresset. För framställningens
förenkling resoneras i fortsättningen som om det blott rörde
sig om ett enda lagstadgande (»passivitetsregeln») och som

om detta hänförde sig till såväl handelsagents och handelsresandes avtal eller anbudsmottagande å huvudmannens vägnar.

Som man finner upptager 82 § kommissionslagen två regler om passivitetsverkan, båda till nackdel icke för huvudmannen utan för dennes medkontrahent, tredje man-köparen. I den ena regeln gäller det ett *avtal*, som mellanmannen å huvudmannens vägnar slutit eller påstås ha slutit med tredje man. I den andra är det fråga om ett *anbud* från tredje man, som mellanmannen upptagit eller påstås ha upptagit å huvudmannens vägnar. Reglerna böra lämpligen, trots allt som är för dem gemensamt, analyseras var för sig.

Avtalsregeln

Situationen är alltså den, att huvudmannen i brev eller annat meddelande till tredje man-köparen (alltid en köpman) bekräftar det avtal som, enligt vad han uppger, efter förda förhandlingar slutits mellan hans handelsagent eller handelsresande samt tredje man. Denne finner bekräftelsen oriktig: intet avtal har slutits eller avtalet har annat innehåll än i brevet påstås. Här om måste han enligt 82 § utan oskäligt uppehåll underrätta huvudmannen. Eljest gäller avtalet, bortsett tills vidare från den motbevisningsmöjlighet som omförmäles i slutet av paragrafen, med det i brevet angivna innehållet.

I förbigående må framhållas, att 82 § utgår från att huvudmannen för sin del icke har någon invändning att framställa mot det av mellanmannen för hans räkning slutna och till honom inberättade avtalet. Detta kan bero på att mellanmannen varit behörig att företräda huvudmannen vid dess ingående, ehuru enligt kommissionslagen sådan behörighet in dubio icke tillkommer honom. Men orsaken kan också vara, att huvudmannen godkänt det av mellanmannen utan behörighet slutna avtalet eller att detsamma jämlikt 78 och 89 §§ samma lag blivit för honom bindande. Dessutom säger det sig självt att, om huvudmannen icke eljest ådragit

sig bundenhet, sådan uppkommer just genom bekräftelsebrevet.

Det fel, som vidlåder avtalet och som botas genom tredje mans passivitet, är som synes allvarligare än ett viljefel i gängse trängre bemärkelse. Tredje man har överhuvud icke ingått något avtal eller dock icke *det* avtal, som i brevet hävdas. Uppgiften om avtalet är, helt eller delvis, falsk. Passiviteten efter bekräftelsebrevet *skapar* således, om fortfarande bortses från anmärkta motbevisningsmöjlighet, det avtal som i och för sig icke finnes där. Tredje man måste angripa ett allenast förment avtal. Att detta innebär ett anmärkningsvärt utsträckande av angriplighetsgrundsatsens tillämpning är tydligt.

Ser man på läget från huvudmannens synpunkt, kan här sägas föreligga en misstagsregel. Huvudmannen föreställer sig, med stöd av vad mellanmannen inberättat till honom, att avtal med tredje man slutits och att det har ifrågavarande innehåll. Detta misstag måste tredje man utan oskäligt uppehåll rätta till, sedan han genom bekräftelsebrevet blivit underkunnig om detsamma och i viss mån uppfordrats att ge besked. Rättsskydd beredes alltså huvudmannen genom en reklamationsbestämmelse till hans förmån. Det är obehörigt av tredje man, har lagstiftaren menat, att blott tiga och låta motparten förbli i sin villfarelse. Såvitt angår passivitetsregelns karaktär av reklamationsbestämmelse överensstämmer regeln med stadgandet i 6 § andra stycket avtalslagen, som också »skyddar» en kontrahents tillit till ett påräknat avtalsslut. Däremot är regeln icke uppbyggd på den tankegången, att man i tredje mans tystnad efter bekräftelsebrevets mottagande kan utläsa en hans avtalsvilja, ett godkännande av det föreslagna avtalet. För en sådan slutsats är ock materialet helt visst alltför torftigt.

Vid en undersökning av passivitetsregelns innebörd och grunder är emellertid tillika att beakta, att motiven till kommissionslagen¹ uttala sig, med anmärkningsvärd skärpa, på ett sätt som ger vid handen att man förutsatt som något hart

¹ NJA II 1914 s. 322 ff.

när normalt, att tredje mans-köparens passivitet i förevarande läge är att tillskriva obehöriga motiv (vilja att vid prisfall å varan komma ifrån affären eller liknande).² Med denna utgångspunkt skulle passivitetsregeln närmast kunna uppfattas helt enkelt som uttryck för en presumtion om att bekräftelsebrevets innehåll är korrekt, överensstämmande med vad i verkligheten vid avtalstillfället förevarit. Det skulle alltså först i andra hand röra sig om en misstagsregel av antydda beskaffenhet. I andra hand — ty synpunkterna gå naturligtvis att förena. Även om bekräftelsebrevets innehåll finge förutsättas vara i allmänhet riktigt, *kunna* ju misstag förekomma, och spørsmålet om tredje mans reklamations-skyldighet blir därmed aktuellt; ett skäl att ålägga sådan är då visserligen misstagssituationernas antagna låga frekvens. Vilket avseende som bör fästas vid berörda motivuttalanden är emellertid diskutabelt. Erfarenheten torde visa, att handelsagenters och handelsresandes inberättande av slutna avtal och upptagna order lämnar åtskilligt övrigt att önska, varför värdet av den angivna presumtionen icke är höjt över allt tvivel.

I vilket fall som helst måste tungt vägande skäl krävas för passivitetsverkan i ett läge som det förevarande, där som sagt bekräftelsebrevets adressat kan vara helt främmande för det påstådda avtalet.³ Det är också flera omständigheter

² Stadgandet har tillkommit, heter det i *Gadde-Eklunds* kommentar till kommissionslagen (3 uppl. s. 179), för att bereda en säljare skydd mot mindre nogräknade köpare.

³ De *danska* motiven till kommissionslagen (s. 91 f) ge vid handen, att man i Danmark av nämnda anledning hade en reserverad inställning till hela passivitetsregeln, mot vilken, om den skulle avfattas så som den sedermera blivit hos oss lagfäst, rests starkt motstånd från danska handelssakkunniga. Missbruk av »alltför ivriga» handelsagenter vore ej ovanliga, och risken för att regeln, som tillkommit främst på grund av önskemål från svensk sida, ej skulle bli tillräckligt »banket ind i Folks Bevidsthed» motiverade, att för dess tillämpning uppställdes åtskilliga begränsande förutsättningar. För dansk rätt förordades därför — och den danska lagen fick detta innehåll — att endast en sådan tredje man som stod i affärsförbindelse med huvudmannen underkastades reklamationsplikten i fråga.

som kunna anföras till försvar och som starkt stöd för passivitetsregeln. Ett framträdande moment är redan den särskilda uppfordran att uttala sig om avtalets giltighet, som tredje man på sätt nyss nämndes erhåller genom bekräftelsebrevet. Rent psykologiskt måste en sådan — härrörande från en huvudman (säljare), som står i begrepp att fullgöra avtalet — stimulera till aktivitet, till att lämna upplysning om att ett misstag å huvudmannens sida förelupit. Av avgörande betydelse kan dock detta naturligen icke vara; jämväl avgivandet av ett anbud som framkallats av andra parten kan ju verka som en uppfordran till denna part att ge besked, men svarsplikt inträder i dylikt fall in dubio icke. Större vikt ligger på att erkännandet av passivitetsverkan — det gäller för övrigt både avtalsregeln och anbudsregeln — bottenar i gängse handelssed, i Sverige och i utlandet. I motiven talades också om att förevarande bestämmelse anslöte sig till merkantil uppfattning angående vad en köpman i här förutsatta fall har att iakttaga och till det allmänt brukliga förfarandet, att bekräftelsebrev avlåtats till köpare av handelsagenters eller handelsresandes huvudmän, när de mottagit order eller underrättelser om gjord försäljning. Ett tredje och synbarligen dominerande skäl för passivitetsregeln, visserligen delvis inkluderat i hänsynstagandet till handelssed, var, att ett remedium erfordrades mot den bevisnöd vari huvudmannen-säljaren befunne sig. I motiven utvecklades i det hänseendet, *att* tredje man-köparen hade intresse av och frestades till att vid prisfall å varan söka komma ifrån ingångna avtal (eller avgivna anbud), *att* då de orderkopior, slutsedelsblanketter m. m., som plägade tillhållas av mellanmannen, i regel ej undertecknades av köparen, huvudmannen i flertalet fall icke hade något skriftligt bevis angående dennes samtycke till avtalet *samt att* mellanmannen vanligen (enligt då gällande processrättsliga regler) vore jävig att vittna i saken. Att huvudmannen hade det illa ställt för sig i bevishänseende borde alltså, torde man ha menat, föranleda både att tredje mans uppgifter om avtalets tillkomst och innehåll bemöttes med misstänksamhet

och att ett extra rättsskydd för huvudmannen vore behövt.

Härtill kommer — och därmed reduceras väsentligt de betänkligheter som eljest skulle kunna yppas — att passivitetsregeln är utformad på ett sätt som i olika hänseenden, genom de förbehåll och inskränkningar som i lagrummet äro stadgade, skänker garantier mot missbruk. I själva verket har lagstiftaren gått fram med synnerlig försiktighet. På vissa punkter har denna kanske t. o. m. varit alltför stor och må vara ägnad att vålla en del tillämpningssvårigheter.

Det är av vikt att närmare undersöka förutsättningarna för passivitetsregelns användning och dess innebörd i övrigt.

1) Utgångspunkten är givetvis att huvudmannen, när han avlåter bekräftelsebrevet, verkligen är övertygad om dess riktighet, alltså är offer för det misstag som må föreligga — han måste »förmena», att avtal med det innehåll brevet utvisar kommit till stånd — samt att tredje man-köparen av meddelandet (åtminstone) »bort» förstå detta. Huvudmannen skall alltså såtillvida ha varit i »god tro». Har han haft klart för sig, att bekräftelsebrevet är oriktigt, d. v. s. att det i verkligheten icke åvägabragts något avtalsslut eller att avtalet haft annat innehåll än det i brevet uppgivna, skall passivitetspåföljden icke inträda.⁴ Detta måste väl gälla, även om tredje man ej vid brevets mottagande betvivlat huvudmannens goda tro utan först senare kommit till insikt om frånvaron av densamma. Att huvudmannen på grund av omständigheterna ej haft grundad *anledning* att tro på det avtal som inberättats till honom och i bekräftelsebrevet omförmäles saknar däremot betydelse, därest sådan tro faktiskt funnits hos honom. Något godtroskrav av den innebörden, att huvudmannen måste ha haft skäl att anse de av mellannannen lämnade uppgifterna korrekta, kan alltså icke ställas. En annan sak är att, om läget är så beskaffat att huvudmannen rimligen bort genomskåda de till honom inberätta-

⁴ Huruvida möjligheter finnas att uppmjuka detta godtroskrav diskuteras nedan s. 184 f.

de och i brevet influerna uppgifternas bristande sanningsenlighet, det ligger nära till hands att tänka sig att tredje man för sin del icke bort förstå, att huvudmannen förmenat brevet ha riktigt innehåll.

Tredje man får åter, som nämnt, vidkännas följderna av sin underlåtenhet att reagera mot bekräftelsebrevet, när han visserligen icke insett, att huvudmannen föreställt sig bekräftelsen återgiva vad som förekommit vid avtalstillfället, men ändå bort inse detsamma. Han har alltså då »upplysningsplikt» trots att han faktiskt icke förstått att huvudmannen kunnat förmena, att det slutits ett avtal, resp. ett avtal med det i bekräftelsebrevet upptagna innehållet, och således ej tänkt sig någon upplysning i ämnet erforderlig. Härutinnan skiljer sig passivitetsregeln från stadgandet i 6 § andra stycket avtalslagen, enligt vilket såsom vi sett i princip kräves *insikt* hos anbudsgivaren om att anbudstagaren föreställt sig accepten vara ren.

Något förbryllande är, att passivitetsverkan till synes inträder endast såframt tredje man »av meddelandet» bort förstå, att enligt huvudmannens förmenande det uppgivna avtalet kommit till stånd. De citerade orden förefalla överflödiga. Men om de skola utsäga något, vad är då detta? Det kan väl icke rimligen begäras, att bekräftelsebrevet utöver sitt ordinära innehåll skall på särskilt sätt ge tredje man stöd för hans uppfattning om huvudmannens goda tro. Krävdes något sådant, vore passivitetsregeln föga värd. Meningen skulle emellertid kunna vara, att omvänt stöd för huvudmannens *bristande* goda tro måste kunna hämtas ur bekräftelsebrevet, därest tredje mans passivitet ej skall läggas honom till last.⁵ Men att uppställa ett dylikt krav kan ej heller vara rimligt. Är huvudmannen i ond tro, lär han icke vara böjd att anmärka de omständigheter som utvisa detta i bekräftelsebrevet. Det synes böra tillstädjas tredje man att förebringa utredning om huvudmannens bristande goda tro grundad även på fakta som ligga utanför bekräftelsebrevet. — Av

⁵ Så, efter vad det förefaller, *Gadde-Eklund* a.a. s. 180.

motiven till kommissionslagen framgår i varje fall, att kravet på att tredje man bort förstå, alltså enligt lagtexten »av meddelandet» bort förstå, huvudmannens ifrågavarande förmenande tillika innefattar en speciell begränsning av passivitetsregeln. Det kan vara försvarligt, ansåg man, att »mindre köpmän» underlåta reklamation helt enkelt därför att de icke förstå ett från en utländsk huvudman emanerande och på dennes språk avfattat bekräftelsebrev. Vid en dylik ursäktsgrund lär dock icke ofta kunna fästas avseende.⁶

Om väl en eller annan omständighet indicerar frånvaro av god tro hos huvudmannen men domstolen ändå stannar i ovisshet därutinnan, lär han i överensstämmelse med allmänna bevisbörderegler böra behandlas som godtroende. Vad åter angår frågan huruvida tredje man bort inse huvudmannens omförmälda förmenande, tyder lagbudets avfattning på att i motsvarande läge bevisbördan i stället skall åvila huvudmannen. Emellertid är det ett spørsmål för sig, i vilken utsträckning det överhuvud är möjligt att laborera med en bevisbörderegeln, när det icke gäller ett rent faktiskt förhållande utan en sådan bedömning som den man uttrycker med »bort»-begreppet. Detta kan icke upptagas till diskussion här.

2) Lagen fordrar ytterligare ett så att säga objektivt underlag för den till bekräftelsebrev anknutna passivitetsverkan. Risker för att bekräftelsebrevet innefattar ett ohemult försök att åstadkomma ett önskvärt avtal, som i verkligheten icke ingåtts, måste förebyggas eller reduceras. Korrektivet däremot består närmast i att det kräves att tredje man *förhandlat* med mellanmannen angående slutande av köpeavtal. Detta är ett rent objektivt krav; till huvudmannens överty-

⁶ I de norska motiven (s. 78) nämnes ytterligare, att man genom att avfatta lagbudet på sätt som skett velat utesluta passivitetsregelns tillämplighet, när bekräftelsen givits i en så oklar form att densamma kan missförstås av tredje man. Att i dylika fall bekräftelsebrevet lätt kan förlora åsyftad verkan lär emellertid följa redan av allmänna rättsregler, jfr nedan s. 186.

gelse om att förhandlingar förevarit tages, när den saknar grund, ingen hänsyn. Endast när tredje man dock såtillvida haft med det föregivna avtalet att göra, att han deltagit i förhandlingar därom, har det ansetts kunna åläggas honom den förpliktelse att reagera mot påståendet om avtalsslut varom nu är fråga.⁷

Härmed har emellertid i passivitetsregeln införts ett ganska oklart rekvirit. Det räcker alltså icke, att tredje man varit i förbindelse med mellanmannen, utan han skall ha fört förhandlingar med denne. Om mellanmannen hänvänt sig till tredje man men strax blivit avvisad är, såsom framgår av de danska och norska motiven, någon protest mot bekräftelsebrevet ej av nöden. Och i de svenska motiven understrykes, att det verkligen skall ha förts förhandlingar, varom vid bestridande huvudmannen har att förebringa bevisning. Vad detta innebär är ej gott att säga. Om tredje man och mellanmannen praktiskt taget omedelbart, kanske på grund av tidigare angenäma affärsförbindelser, blivit ense, kan det då sägas att förhandlingar i lagbudets mening ägt rum? Hur mycket av ett förspel till det påstådda avtalet skall fordras? Kravet på förhandlingar synes egentligen fullt begripligt endast i de fall då tredje man bestrider, att något avtal träffats. Det ligger då reson i att icke belasta honom med förpliktelsen att gå till attack mot bekräftelsebrevet med mindre han tidigare åtminstone visat det intresse för saken, att han förhandlat med mellanmannen. Men om meningskiljaktigheten mellan huvudmannen och tredje man inskränker sig till olika åsikter om avtalets innehåll, vartill skall då förhandlingskravet tjäna? Sannolikheten för att huvudmannens påståenden i bekräftelsebrevet äro riktiga ökas näppeligen av att det ostridigt ingångna avtalet föregåtts av förhandlingar. Kanske när allt kommer omkring *varje* ostri-

⁷ Jfr beträffande öppet köp det motsvarande objektiva moment som består i att köparen enligt överenskommelse för påseende övertagit godset och därmed ställt ett köp i utsikt. — Att förhandlingarna skola ha förts i viss anslutning till det påstådda avtalet säges icke men torde få förutsättas.

digt avtalsslut skall anses utgöra bevis för att förhandlingar skett? Detta synes under alla omständigheter vara den sakligt bästa tolkningen. Till sist kan man undra huruvida med förhandlingar menas endast muntliga förhandlingar (jfr terminologin i rättegångsbalken).⁸ Ett så snävt förhandlingsbegrepp harmonierar dock icke med ratio legis.

Till nu berörda förhandlingsrekvisit ansluter sig ett egenartat tilläggskrav: huvudmannen skall i sitt bekräftelsebrev *åberopa* förhandlingarna. Någon särskild motivering härför har ej förebragts. Kravets behövlighet är dock ej självklar. Väl kan det vara föreståeligt, att tredje man ansetts böra erinras om att det ifrågavarande avtalet slutits genom förmedling av en uppgiven mellanman, om det ock kan synas strängt, att hela bekräftelsebrevets rättsverkan skall vara beroende därav. Men varför det skall vara så viktigt, att tredje man också erinras om de förhandlingar som föregått det påstådda avtalsslutet, är icke fullt klart. Av lagtexten får man t. o. m. det intrycket, att här uppställts ett slags formkrav: huvudmannen måste *uttryckligen* peka på förhandlingarna. Tolkas lagregeln så, har emellertid gillrats en fälla för huvudmannen. Erforderligheten av en så formell förutsättning för att bekräftelsebrev skall utöva verkan är svår att förstå. Det synes vara att förorda, att även ett konkludent åberopande av förhandlingarna godtages. Så har ock tydligen skett i hovrättsrättsfallet SvJT 1931 rf. s. 20.

Att döma av rättsfallet *NJA 1939 s. 556* har emellertid HD tagit allvarligt på detta åberopandekrav.

Fakta voro följande: Ett bolag yrkade efter stämning å X, att denne skulle förpliktas erlägga köpeskillingen för en kyldisk, som han enligt telefonsamtal med bolagets försäljare Y köpt av bolaget. X medgav, att förhandlingar i saken förts mellan honom och Y ävensom med en bolagets försäljningschef, men bestred att något köp kommit till stånd. Bolaget åberopade, att X underlåtit besvara ett av bolaget till honom avlåtet bekräftelsebrev. Enligt detta erkände bolaget X:s »beställning» — se angående anbudsregeln nedan i texten — och noterade (=accepterade) densamma med angivande av vissa köpevillkor. X hävdade, att kommissionslagens

⁸ Se *Gärdes* m.fl. kommentar, 1949, s. 47.

förevarande passivitetsregel saknade tillämplighet, när Y icke varit handelsagent eller handelsresande utan liksom försäljningschefen tjänsteman i bolaget; det framginge ej av orderbekräftelsen, att förhandlingar ägt rum mellan X och någon bolagets agent eller resande.

Hovrätten ålade X betalningsskyldighet, synbarligen med stöd av 82 § kommissionslagen. Men HD uttalade — sedan konstaterats, att bolagets påstående om X:s beställning vid telefonsamtalet med Y icke tillförlitligen styrkts — att bolaget i det bekräftelsebrev, varigenom bolaget sade sig ha noterat X:s beställning, icke åberopat de mellan honom och Y förda underhandlingarna samt att X med hänsyn därtill icke haft anledning att antaga, att brevet avsåge meddelande jämlikt ifrågavarande passivitetsregel. Densamma ansågs därför icke tillämplig (jfr beträffande formuleringen av domen dissidenten i nyssnämnda hovrättsrättsfall), vadan bolagets talan lämnades utan bifall.

HD grundade alltså sitt avgörande på att förhandlingar mellan tredje man och mellanmannen väl hade förts men icke åberopats i bekräftelsebrevet. Denna ståndpunkt, som kanske bottnar i att passivitetsregeln tänkts vara en extraordinär regel, varför försiktighet vid dess utnyttjande vore på sin plats, förefaller på nyss antydda skäl mindre tillfredsställande. Framhållas må dock, att i bekräftelsebrevet överhuvud ej nämndes, att avtalet tillkommit genom Y:s förmedling. Det *kan* ha varit detta förhållande, som man vid avgörandet fäst särskild vikt vid.

3) Om begränsningen av passivitetsregeln till att gälla allenast handelsrättsliga rättsförhållanden har förut talats. Det är det kommersiella bekräftelsebrevets rättsverkan i enlighet med handelssed som lagen stadfäster. Endast en köpman är enligt lagrummet reklamationskyldig, och detta blott om han köpt i och för sin rörelse. Tanken att en privatperson, »som icke kommer sig för att protestera mot ett meddelande av här avsedda slag», därigenom skulle tillskyndas en rättsförlust avvisades uttryckligt i motiven. Däremot kräves enligt svensk rätt icke, att köpmannen förut stått i affärsförbindelse med huvudmannen.

4) Så långt förutsättningarna för passivitetsregelns tillämpning. Det principiellt viktigaste är emellertid den reservation, varmed regeln i vad angår påföljden av att tredje man försummar att reklamera mot bekräftelsebrevet är för-

sedd. Tredje mans underlåtenhet har till följd, att det påstådda avtalet skall anses godkänt av honom allenast om han ej förmår visa, att brevets innehåll är oriktigt. Verkan av reklamations skyldighetens åsidosättande inskränker sig således till att bevisbördan omkastas till tredje mans nackdel. Det åligger icke huvudmannen att styrka avtalets verklighet och innehåll utan tredje man att motbevisa vad bekräftelsebrevet innehåller. Domstolen utgår primärt från vad huvudmannen uppgivit, men detta får i rättegången vederläggas. Bekräftelsebrevet saknar, som det plägar heta, »konstitutiv» effekt. Om man utgår från det i härskande rättsteori vedertagna (men långt ifrån oangripliga) betraktelsesättet, att det materiella rättsläget icke rubbas genom processuella regler — från vilka man alltså vid den civilrättsliga begreppsbildningen skall abstrahera⁹ — har i själva verket med reklamations skyldighetens försummande ingen rättsförändring skett. »Blott» läget i processen har förskjutits.

Det kan icke förvåna, att en obetingad bundenhet för tredje man, om denne underlåtit att protestera mot bekräftelsebrevet, ansetts skola kunna medföra alltför äventyrliga konsekvenser, med tanke på särskilt att de till grund för bekräftelsebrevets innehåll liggande uppgifterna från mellanmannen till huvudmannen kunna vara helt uppdiktade eller i varje fall radikalt skilja sig från vad som i verkligheten förrevarit. Men passivitetsregelns nu avsedda utformning har å andra sidan till följd, att bekräftelsebrevet med efterföljande passivitet å tredje mans sida icke bringar den fullständiga klarhet i rättsläget, som man inom handelslivet med regeln eftersträvar. Synbarligen går också den merkantila uppfattningen längre i riktning att tillerkänna underlåtenhet att reagera mot bekräftelsebrev rättsverkan än lagen stadgar.

Uppenbart är nu, att ifrågavarande motbevisningsrätt i många fall icke har större praktisk betydelse. Detta gäller i synnerhet, såsom framhölls vid kommissionslagens tillkomst, när tredje man helt bestrider avtalsslut; han påstår att han

⁹ Se min »Ändamålsbestämmelse och stiftelse», 1951, s. 9 f (i noten).

icke träffat något avtal alls. Att föra motbevisning om detta negativa kan vara utomordentligt svårt. Skall motbevisningen åter allenast avse avtalets i bekräftelsebrevet uppgivna innehåll, äro möjligheterna att fullgöra densamma större. Bl. a. kan då, såsom i motiven anmärkes, en av mellanmannen till tredje man överlämnad slutsedel, slutnota e. d. utgöra ett »kraftigt bevismedel» till tredje mans förmån.

I vilket fall som helst måste motbevisningen uppfylla de krav, som plåga ställas på »full» bevisning. Eljest skulle passivitetsregeln i hög grad förlora sitt värde. Endast sannolika skäl för tredje mans uppgifter räcka icke. Än mindre kan ifrågasättas att omtolka bevisbörderegeln till en bestämmelse av allenast bevisvärderings natur. Även om tredje man icke blott kommer med sådant »blankt» bestridande, varom i motiven något förenklat talas, utan kan åberopa vissa omständigheter som stödja hans ståndpunkt, måste alltså, så länge ovisshet i saken består, domstolen låta bekräftelsebrevet fälla utslaget.

Tredje mans reklamation mot bekräftelsebrevet måste, på sätt uttryckligen säges i 82 § och även motsättningsvis framgår av 84 § kommissionslagen, riktas till huvudmannen och, med de undantag som följa av 3 § samma lag, tillställas denne utan oskäligt uppehåll. Reklamationsskyldigheten kan naturligen icke uppfyllas blott genom ett meddelande till mellanmannen, som i detta avseende ej representerar huvudmannen. Men en till huvudmannen i rätt tid framkommen reklamation måste gälla oaktat den framförts »genom» mellanmannen.

Passivitetsregeln medför icke någon bundenhet för tredje man, om denne i det med mellanmannen slutna avtalet betingat sig att erhålla godkännande av avtalet från huvudmannen inom utsatt eller skälig tid samt annat godkännande icke erhålles än ett *efter* denna tids utgång avlåtet bekräftelsebrev. Detta bekräftelsebrev behöver följaktligen icke besvaras av tredje man. Genom sådant betingande har nämligen passivitetsregeln, som är dispositiv, av kontrahenterna satts ur spel. Eller om man hellre vill se saken så: det är visat att

vad i bekräftelsebrevet uppgivits om avtalet är, med hänsyn till detsamma anmärkta innehåll (klausulen med dess särskilda krav på huvudmannens godkännande), oriktigt.¹⁰

Ett belysande rättsfall rörande bekräftelsebrevs rättsverkan (såvitt angår »avtalsfallet») är det i motiven till kommissionslagen, såsom stöd just för den föreslagna passivitetsregeln, åberopade

NJA 1910 s. 634: Ett bolag hävdade, att dess platsförsäljare A träffat avtal om försäljning av en vara till B för visst pris, och företedde en av A upprättad men av B icke undertecknad orderkopia ävensom ett från bolaget till B avlåtet bekräftelsebrev, som lämnats obesvarat. B bestred att något köpeavtal träffats. Argumentation från bolagets sida: Undertecknande av orderkopia förekomme i dylika fall sällan. En anhållan därom skulle anses visa misstroende. Bekräftelsen gällde alltid mellan »hederliga affärsmän», när ingen anmärkning däremot gjorts. Eljest stode en säljare rättslös. — Överinstanserna erkände enhälligt passivitetsverkan, i det B förpliktades i enlighet med bekräftelsebrevets innehåll. I motiveringen nämndes intet om förhandlingar och deras åberopande, ej heller om att motbevisning må ha kunnat föras av B men icke förts. (B hade i andra hand invänt, att bolaget saknade fog för sitt krav på kontant likvid.) I en relativsats omnämndes, att B sedan flera år stått i livlig affärsförbindelse med bolaget. Huruvida detta förhållande tillerkändes någon större betydelse vet man ej.

Anbudsregeln

Sakläget är här, att huvudmannen i brev till tredje man *dels* bekräftar, att tredje man efter förhandlingar med mellanmannen till denne överlämnat ett till huvudmannen riktat och av honom sedermera mottaget anbud¹¹ *dels* nu förklarar sig acceptera detta anbud. Avtalsslut har alltså, innan brevet avlåtes, ej skett utan kommer till stånd först genom bre-

¹⁰ Även i motiven understrykes tredje mans obundenhet i förevarande fall. Men det sker, egendomligt nog, i form av en »erinran» i förbindelse med att förhandlingsrekvisitet kommenteras (a. st. s. 324).

¹¹ Lagtextens formulering är icke invändningsfri. Anbudet är icke, som det står i paragrafen, avgivet till mellanmannen utan till huvudmannen men väl överlämnat till den förre, för vidare befordran till den senare.

vet.¹² Att här tala om bekräftelsebrev är strängt taget oegentligt, därest man icke vill så beteckna alla skrivelser varigenom anbud accepteras (en skriftlig accept inkluderar givetvis en bekräftelse av anbudets mottagande)¹³, men termen bekräftelsebrev skall nedan brukas även i förevarande fall. Om nu tredje man menar att han icke avgivit något anbud eller dock icke det anbud varom i brevet förmäles, är han enligt 82 § (och 90 §) kommissionslagen skyldig att utan oskäligt uppehåll meddela huvudmannen detta. Sker det ej, blir han bunden av avtalet, dock med reservation för den möjlighet att föra motbevisning som omtalas i slutet av paragrafen.

I 82 § kommissionslagen äro såvitt angår anbuds-fallet två regler inneslutna:

¹² Lagtextens ord mot slutet: »enligt huvudmannens förmenande sådant avtal kommit till stånd» betyda således, i avtalsfallet att ett avtal tidigare *kommit* till stånd, i anbuds-fallet att avtal nu genom brevet *kommer* till stånd.

¹³ Se rättsfallet *NJA 1920 s. 446*, vilket — åtminstone enligt den enklaste tolkningen av detsamma — är av intresse blott därför att det illustrerar skillnaden mellan sådan bekräftelse, varom vid verkliga bekräftelsebrev är fråga, och den »bekräftelse» som allenast består i accept av ett anbud, omedelbart medförande bindande avtalslut. Sedan A i anledning av anbud från B förklarar sig villig att betala visst pris för en vara, utan att varukvantiteten utsatts, bekräftade B försäljningen till A av en kvantitet, vars storlek han själv angivit i nämnda tidigare anbud. Domstolarna uppfattade A:s förklaring, trots dess avfattning och ofullständighet, som ett anbud beträffande ifrågavarande varukvantitet, varför avtalet genom B:s bekräftelse omedelbart blev bindande. — En annan tolkning av rättsfallet är dock tänkbar. Man kan ha menat, att visserligen A:s förklaring, objektivt sett, endast uttryckte hans intresse för ett avtal av ifrågavarande innehåll och alltså icke i och för sig var en för honom bindande rättslig viljeförklaring men domsresultatet ändock måste bli detsamma därför *att* förklaringen av B (låt vara utan fog) tillades anbuds-natur, *att* A insett detta förhållande *samt att* A emellertid underlåtit att genom meddelande till B undanröja dennes misstag. För sådan händelse hör rättsfallet hemma i annat sammanhang, nämligen såsom exempel på analog tillämpning av stadgandet i 6 § andra stycket avtalslagen. Se härom nästföljande kapitel not 5.

1) Medan eljest ett anbud som blott *påstås* härröra från A naturligen icke kan, även om det av den förmente anbudstagaren B accepteras, föranleda att avtal anses ingånget, är detta just fallet här. En allenast påstådd anbudsgivare (tredje man) har, när han mottager accepten-bekräftelsebrevet, en legal reklamations- eller upplysningsplikt, som om den icke uppfylles normalt har avtalsslut till följd.

2) Medan en anbudsgivare i allmänhet icke är förpliktad att svara å en sådan anbudstagares accept, som ej överensstämmer med anbudet — utan verkan av nämnda brist på överensstämmelse normalt är, att anbudet förfaller och avtalet, i brist på någon ytterligare viljeförklaring å samme anbudsgivares sida, strandar på grund av dissens — åvilar det här anbudsgivaren en legal reklamations- eller upplysningsplikt. Åsidosättandet av denna medför i princip ett avtalsslut i enlighet med anbudstagarens i bekräftelsebrevet uttryckta orene accept.

Den förra regeln gör ett stort inhugg i den centrala avtalsrättsliga grundsatsen, att avtal icke åvägabringas blott genom en kontrahents viljeförklaring. Avsteg därifrån har förut mött i den formen, att enbart anbudet, i förening med motpartens passivitet, åstadkommer avtal. Här är det enbart accepten som har samma effekt, i förening med passivitet hos den som anbudstagaren föreställt sig vara anbudsgivare.

Den senare regeln gör likaledes ett stort inhugg i en allmänt avtalsrättslig grundsats, nämligen den att avtal förutsätter konsens mellan anbudsgivare och anbudstagare. Den dissens varom förevarande passivitetsregel handlar hindrar ej, att avtal kommer till stånd.

I och med att det sålunda legalt ålägges en anbudsgivare-tredje man att reagera mot det innehåll som anbudstagaren-huvudmannen anser det avgivna resp. det förmenta anbudet ha — d. v. s. ålägges anbudsgivaren att undanröja anbudstagarens villfarelse rörande anbudets innehåll — kommer man i omedelbart grannskap till det ovan i kap. 3 behandlade passivitetsstadgandet i 6 § andra stycket avtalslagen. Detta stadgande går ju ut på att bistå en anbudstagare, som miss-

tagit sig, väl icke beträffande frågan huruvida anbud överhuvud avgivits men om dess innebörd och som till följd därav avgivit en icke överensstämmande accept. Hur förhålla sig de bägge passivitetsreglerna till varandra? Gå rent av vissa till 82 § kommissionslagen hörande fall in redan under 6 § andra stycket avtalslagen? Detta vore betänkligt, enär följderna av underlåtenheten att reklamera är olika enligt de båda lagrummen: i ena fallet »konstitutiv» effekt (6 § andra stycket avtalslagen; ingen motbevisningsmöjlighet), i det andra icke (82 § kommissionslagen). Dessutom föreligger den skillnaden mellan lagbuden, att det ena har allmän, det andra blott handelsrättslig räckvidd.

Vad redan i korthet sagts om innebörden av 82 § kommissionslagen ger emellertid vid handen, att de båda passivitetsstadgandena icke gå om lott utan ha vart sitt tillämpningsområde. I det läge som regleras i 6 § andra stycket avtalslagen råder vid domstolens bedömning ingen ovisshet om vad som är, till det yttre, innehållet i det anbud som den reklamationskyldige anbudsgivaren avgivit och den accept han mottagit. Domstolen känner till förklaringarnas lydelse och vet att accepten på grund av tillägg, inskränkning eller förbehåll icke är en ren accept och därför ej utan vidare kunnat föranleda ett avtalsslut. Man vet därmed ock, att anbudstagaren objektivt sett »har fel»; detta är hela utgångspunkten för 6 § andra stycket. Någon möjlighet till motbevisning å anbudstagarens sida om att han objektivt sett »haft rätt» är alltså icke tänkbar, eftersom det skulle upphäva förutsättningen för lagregeln. Anbudstagaren har likväl trott, att anbudet har det innehåll att de av honom gjorda modifikationerna täckas av detsamma, och denna feltolkning lägges honom på grund av anbudsgivarens senare passivitet icke till last; han får tvärtom beträffande avtalets innehåll sin vilja fram. Enligt 82 § kommissionslagen däremot känner domstolen icke till vad anbudet till det yttre innefattat eller ens om något anbud alls avgivits. Anbudstagaren (huvudmannen), som är en annan person än den till vilken anbudet överlämnats resp. skulle ha överlämnats, föreställer sig nu,

att anbudet till det yttre har visst innehåll, lyder så eller så, och avfattar sitt bekräftelsebrev i överensstämmelse härmed. Om då denna föreställning angående vad som förevarit mellan tredje man och mellanmannen är oriktig och således ett misstag i *detta* hänseende föreligger — ett misstag beträffande anbudets existens eller dock yttre gestaltning — blir anbudstagarens i bekräftelsebrevet angivna föreställning avgörande, såframt anbudsgivaren ej inom skälig tid angriper bekräftelsebrevet. Men brevets innehåll är avgörande endast *prima facie*. Här finnes nämligen utrymme för en motbevisning å anbudsgivarens sida, avseende att det påstådda objektiva underlaget för avtalet saknas: något anbud har de facto ej avgivits eller det har, när det överlämnades till mellanmannen, sett annorlunda ut. Anbudet är icke, hävdas det, »äkta».

Till 82 § kommissionslagen är alltså icke att hänföra det fall, att huvudmannen i bekräftelsebrevet väl ej gjort något påstående som tredje man finner oriktigt rörande vad som förelupit vid anbudstillfället — om anbudets egenskap att vara »äkta» råder ingen meningsskiljaktighet — men tillagt det förelupna ett felaktigt innehåll. Huvudmannen har sålunda i brevet upptagit avtalsvillkor, som han, enligt vad tredje man förstår, utan fog föreställer sig *innefattade* i anbudet, innefattade kanske icke formellt men reellt, med hänsyn till »andan» i detsamma e. d. Mot denna av bekräftelsebrevet framgående *tolkning* av anbudet måste visserligen tredje man, om han inser huvudmannens missförstånd, reagera utan oskäligt uppehåll, vid äventyr att eljest bli bunden i enlighet med tolkningen. Detta emellertid ingalunda på grund av 82 § kommissionslagen utan med stöd av 6 § andra stycket avtalslagen. Det rör sig nämligen om en omedelbar tillämpning av nämnda paragraf, även om man vid dess tillkomst icke hade för ögonen det fall att anbudet lämnats till en mellanman för anbudstagaren; huvudmannen accepterar ju tredje mans anbud med tillägg, inskränkning eller förbehåll i felaktig tro att accepten är ren, och anbudsgivaren-tredje man inser detta sin motparts missförstånd men

underlåter att upplysa om rätta förhållandet. Och påföljden av att reklamationsskyldigheten försummas blir en annan än enligt 82 § kommissionslagen. Gäller det såsom enligt sistnämnda lagrum något så allvarligt som att ett annat faktiskt förlopp skall läggas till grund för bedömningen — anbudet kan ju rent av vara uppdiktat — har tredje man sin motbevisningsrätt, sc. om vad som faktiskt timat, i behåll. Är åter allenast fråga om ett tolkningsmisstag rörande det i verkligheten förelupna, saknas dylik rätt. — Vad nu sagts lär kunna överföras till att gälla även det förut behandlade »avtalsfallet». Bekräftelsebrevet torde i angivna tolkningshänseende böra tillerkännas motsvarande passivitetsverkan även där, låt vara denna gång blott enligt grunderna för 6 § andra stycket avtalslagen.

Som man finner kan någon kollision mellan de båda passivitetsreglerna, 6 § andra stycket avtalslagen och 82 § kommissionslagen, ej inträda. Däremot är en kombination av dem möjlig.¹⁴

Beträffande grunderna för »anbudsregeln» kan i det väsentliga hänvisas till vad som anförts om de hänsyn som förestavat »avtalsregeln». Dock icke i allo. Huvudmannens bekräftelsebrev kan strängt taget här icke i högre grad än andra skriftliga accepter anses innefatta en uppfordran till anbudsgivaren att yttra sig över existensen och innehållet i anbudet. Endast såtillvida har brevet karaktär av »bekräftel-

¹⁴ Av det föregående följer att, om visserligen mellanmannen varit aktiv för framkallande av tredje mans anbud men detta icke framförts till huvudmannen genom mellanmannens förmedling utan av anbudsgivaren sänts direkt till huvudmannen, det icke kan bli tal om att tillämpa 82 § kommissionslagen (märk att såsom förut nämnts även 80 § samma lag förutsätter, att anbudet mottagits av mellanmannen). Här råder nämligen ingen tvekan om vilken gestaltning anbudet i och för sig har, eftersom det omedelbart överlämnats till huvudmannen-anbudstagaren. Accepterar (»bekräftar») sedan huvudmannen i meddelande till tredje man anbudet, försiggår trots preludierna å mellanmannens sida ett avtalsslut i vanlig ordning, där väl 6 § andra stycket avtalslagen, men aldrig 82 § kommissionslagen, må kunna komma till användning.

se», som den härrör från en annan person, huvudmannen, än den med vilken anbudsgivaren förut haft att skaffa (mellanmannen). Då det emellertid just är från huvudmannen, som tredje man i förevarande fall har att vänta accept, finns det icke mycket underlag för synpunkten, att bekräftelsebrevet innefattar ett särskilt incitament för tredje man att deklarerat sin inställning till anbudets verklighet och innehåll.

Jämväl såvitt angår förutsättningarna för anbudsregelns användning äger det om avtalsregeln sagda motsvarande tillämplighet. Huvudmannen måste beträffande förefintligheten av och innehållet i anbudet vara godtroende i den bemärkelse som förut berörts (vilket icke utesluter att han kan lastas för culpa in contrahendo), medan tredjeman drabbas av passivitetsverkan även om han icke insett, att huvudmannen trott på att det föregivna anbudet avgivits, blott han bort inse detta. Vidare kräver passivitetsregeln, att förhandlingar föregått anbudets avgivande och mottagande av mellanmannen, liksom att förhandlingarna återopats i bekräftelsebrevet. Ej heller är något att tillägga beträffande regelns kommersiella natur och rörande motbevisningsmöjligheten.

Några för avtals- och anbudsreglerna gemensamma frågor

a) Till fullständigande av den givna översikten över passivitetsregelns innebörd må ytterligare belysas den funktion regeln fyller i de långt ifrån opraktiska fall, då det mellan tredje man och mellanmannen slutna avtalet eller av tredje man till mellanmannen avgivna anbudet blott delvis inberättats till huvudmannen. Betydelsefulla villkor och förbehåll till tredje mans förmån ha sålunda, antaga vi, utelämnats. Tredje man undandrager sig alltså icke obehörigt vad som verkligen avtalats eller av honom anbudsvi utfästs (jfr ovan s. 135 f), utan han håller sig tvärtom till detta, men huvudmannens uppfattning om avtalet eller anbudet har genom mellanmannens förvållande blivit ofullständig eller eljest felaktig. Läget är liknande, då mellanmannen vid sitt inberättande av avtalet eller anbudet kompletterat detsamma med

för huvudmannen gynnsamma bestämmelser, som tredje man i avtalet eller anbudet icke gått med på.

En förutsättning för passivitetsregeln är uppenbarligen att, om man icke i nu angivna läge kommer huvudmannen till undsättning, denne icke kan göra annat innehåll i avtalet eller anbudet gällande än tredje man själv hävdar. Om tills vidare bortses från det fall att tredje man undertecknat och till mellanmannen överlämnat en ordersedel eller annan jämförlig särskild urkund, avsedd att sedermera tillställas huvudmannen — härom nedan under *b)* och *c)* — synes ock sagda förutsättning hållbar. Det är för det följande av vikt, att detta med några ord klargöres.

Har mellanmannen varit behörig att sluta vederbörande avtal å huvudmannens vägnar, säger det sig självt att, om någon regel om bekräftelsebrevs rättsverkningar icke finnes, tredje man icke blir förpliktad i vidare mån än som följer av det faktiskt slutna avtalet. Detta blir också bestämmande för huvudmannens förpliktelser, oavsett hur mycket därav som inberättats till honom (jfr motsvarande situation då huvudmannen företrädes av en vanlig fullmäktig). Men även om mellanmannen saknat dylik behörighet, ställer det sig i vad angår tredje mans förpliktelser enligt avtalet icke annorlunda. Väl är här *huvudmannen* obunden av avtalet, och skulle han trots mellanmannens obehörighet godkänna detsamma, omfattar godkännandet (därest han ej givit tredje man särskild anledning att tillägga detsamma vidsträcktare räckvidd) allenast avtalet i dess till honom inberättade skick. Vad som icke bragts till hans kännedom är alltså ej för honom bindande, för övrigt icke ens om han under längre tid förhållit sig passiv; passivitetsregeln i 78 och 89 §§ kommissionslagen har i den delen ej någon tillämplighet. Men därav följer naturligtvis icke omvänt, att avtalet i det skick det inberättats till huvudmannen också skulle kunna göras gällande av denne, mot och till nackdel för *tredje man*. Den senare är icke heller i detta fall — då mellanmannen saknat behörighet att ingå avtal — bunden av annat än det som överenskommits i avtalet med mellanmannen. Tredje mans

förpliktelser sträcka sig icke utöver vad han genom nämnda avtal åtagit sig. Detta kan också uttryckas så, att mellanmannens obehörighet att ingå avtal icke utesluter hans behörighet att å huvudmannens vägnar *mottaga* tredje mans viljeförklaring samt att förklaringen endast sådan den i sitt av mellanmannen mottagna skick föreligger kan av huvudmannen göras gällande mot tredje man. I sin mottagaregenskap måste mellanmannen »identifieras» med huvudmannen. Vill denne, när han så småningom får kännedom om vad som tidigare icke inberättats, falla undan för tredje mans anspråk på att även det icke inberättade skall vara beståndsdelen av avtalet, bör det stå honom fritt; tredje man är då bunden. Men vill huvudmannen icke godtaga de till honom ej inberättade avtalsvillkoren, har han ingen rätt att tvinga tredje man att acceptera desamma. Följden blir att, om ingendera kontrahenten ger efter, avtalet strandar på grund av dissens.¹⁵

¹⁵ Ett äldre men i föreliggande hänseende illustrativt rättsfall är

NJA 1903 s. 195: A såsom agent i Sverige för en New York-firma sålde till C *dels* enligt en slutsedel i mars 1897 100—120 fat olja *dels* enligt en slutsedel i april samma år två partier olja om vardera 100 fat. Dessa köp hade föregåtts av en, enligt vad A och C avsågo, provkvantitet av fem fat olja, och i slutsedlarna hänvisades beträffande oljans beskaffenhet till sistnämnda köp. Samtliga partier avsändes från USA i april 1897, men endast 100 fat, nämligen enligt den *senare* slutsedeln, utlöstes av C, som strax därefter anmärkte på oljans kvalitet och bestred betalningsskyldighet. De övriga partierna avvisades av C eller erbjödos honom icke, och något försök att utkräva köpeskillingen för desamma gjorde firman ej. C — vilken icke till firman avlåtit bekräftelsebrev rörande köpen — fordrade efter stämning å firman *dels* återgång av köpet till den del oljan sålunda utlöstes av honom *dels* skadestånd, bl.a. i prisskillnadshänseende, på grund av firmans underlåtenhet att fullgöra avtalet i såväl denna del som beträffande de övriga oljepartierna. Firman invände, att A saknat behörighet att sluta avtal å firmans vägnar; A hade ingen avslutningsfullmakt. Villkor av den art A upptagit i slutsedlarna hade icke godtagits av firman, som tvärtom i brev till A protesterat mot villkoren och meddelat att den sålde allenast på andra, vedertagna försäljningsbetingelser. Firman medgav visserligen, såsom framgår av revisionsakten, att den vid avsändandet i april av det parti, som sedermera ut-

Motsvarande kan sägas beträffande anbudsregeln och framträder där än tydligare. Tredje mans anbud har det innehåll, som följer av förhandlingarna med mellanmannen, oavsett om detta innehåll inrapporterats till huvudmannen eller ej. Något annat kan icke, därest avtalet sedan kommer till stånd genom huvudmannens accept, göras gällande mot tredje man. Men huvudmannen kan för sin del icke bli förpliktad i vidare mån än de i anbudet upptagna villkoren inberättats till honom; andra villkor omfattas ej av hans ac-

löstes av C, hade haft reda på vad den tidigare mars-slutsedeln »olovligen» innehållit om oljans beskaffenhet men bestred i övrigt att man vid avsändandet av partierna ägt kännedom om slutsedlarnas innehåll. Däremot hade firman ostridigt icke varit okunnig om den av C fordrade beskaffenheten av den olja, som sålts genom köpet av de fem första faten.

HD fann lika med hovrätten, att (på grund av A:s bristande behörighet) något bindande leveransavtal icke kommit till stånd, i följd varav C:s skadeståndsanspråk för »försummad leverans» lämnades utan avseende. Men i olikhet mot hovrätten ansåg HD:s pluralitet, att C beträffande det av honom utlösta partiet — över vilket han enligt träffad överenskommelse förfogat i avvaktan på tvistens avgörande — ägde tillgodoräkna sig skillnaden mellan å ena sidan den av honom erlagda köpeskillingen samt vissa kostnadsbelopp (jfr 55 § köplagen) och å andra sidan det vederlag han vid föryttringen av oljan erhållit. Motiveringen härför var, att firman vid avsändandet av ifrågavarande 100 fat olja bort med hänsyn till den föregående 5-fat-sändningen antaga, att C icke velat beställa en vara av sämre eller annan beskaffenhet än denna, och att C varit berättigad att antaga att för hans räkning vara i enlighet därmed beställts hos firman.

Rättsfallet bör sannolikt tolkas så att, om också gentemot firman icke kunde, ens i vad angår det av C utlösta partiet, hävdas ett avtal med slutsedlarnas innehåll, det å andra sidan ej kunde medgivas firman att gentemot C, som firman veterligt ställt andra betingelser för sitt köp, göra gällande ett avtal med det av firman påstådda innehåll. Köpet var på grund av dissens oförbindande för bägge parterna. Avtalet skulle under sådana omständigheter till den del det verkställts återgå, och återgången ordnas på det sätt som nyss antydde (utan att C tillerkändes prisskillnadsskadestånd). Beträffande de återstående oljepartierna uppkom ej motsvarande problem, när firman som sagt icke gjorde något försök att därvidlag göra avtalet gällande mot C och denne å sin sida, eftersom avtalet till följd av A:s obehörighet var ogiltigt, ej ägde något rättsanspråk mot firman.

cept, och de bli icke ens jämlikt passivitetsregeln i 79 och 89 §§ kommissionslagen bindande för honom. Den dissens som sålunda uppkommer förhindrar, om ingendera kontrahenten fränfaller sin ståndpunkt, giltigt avtals tillkomst.

Sådant är läget, om något bekräftelsebrev icke avlåtes. Men här griper alltså passivitetsregeln i 82 § kommissionslagen in. Av densammas förut beskrivna egenskap av miss-tagsregel följer, att den fyller en betydelsefull uppgift till skydd för huvudmannen och till förhindrande av dissens, visserligen med uppoffrande av tredje mans intresse att hålla sig till det av honom faktiskt ingångna avtalet eller avgivna anbudet. Om tredje man lämnar bekräftelsebrevet obesvarat, får han finna sig i att huvudmannens uppfattning om vad vid avtalsslutet eller anbudsmottagandet förevarit — sådan den uttryckts i brevet — lägges till grund för avtalets innehåll, förutsatt att ej full motbevisning presteras om vad som i verkligheten ägt rum. De faktiskt överenskomna avtals- eller anbudsvillkoren bliva, med nämnda reservation, huvudmannen ovidkommande, och den dissens som eljest skulle inträda uteblir. Särskilt märkes, att passivitetsregeln i 82 § kommissionslagen verkar på detta sätt även när fråga är om ett av en behörig mellanman slutet avtal. Det i vederbörlig ordning ingångna avtalet kan alltså i efterhand få sitt innehåll omgestaltat genom tillämpning av regeln.

Vad ovan anförts om mellanmannens behörighet att i allt fall å huvudmannens vägnar *mottaga* anbud skulle möjligen kunna bemötas med att kommissionslagen i visst sammanhang, §§ 81 och 90, meddelar en regel, som kunde tyda på att man ansett handelsagent eller handelsresande vid sin orderupptagning icke fungera som huvudmannens organ utan i stället som bud, uppdragstagare e. d. för *tredje man*. Saken må här beröras, ehuru man även med utgångspunkt från detta betraktelsesätt icke för de fall som nu under a) behandlats — jfr däremot nedan under c) — kommer till annat resultat beträffande tredje mans förpliktelser på grund av anbudet än förut angivits.

Enligt nämnda lagbud äger en anbudsgivare, utan hinder därav att köpeanbud avgivits till handelsagent eller handelsresande och av honom insänts till huvudmannen, enahanda rätt att hos huvudmannen återkalla anbudet, som skulle ha tillkommit honom, om

han själv insänt detsamma.¹⁶ Vad som åsyftas är, att vid tillämpning av regeln om återkallelse av anbud i 7 § avtalslagen återkallelsen för att vara verksam icke behöver ske så tidigt att *mellanmannen* ej dessförinnan hunnit taga del av anbudet utan kan göras även senare, nämligen ända till dess *huvudmannen* tagit del därav.

För detta speciella gynnande av tredje man i återkallelsehänseende — varför skall ett anbud kunna ryggas på ett så sent stadium — har i de svenska motiven icke anförts något reellt skäl¹⁷, och detta fastän man synes ha varit medveten om att bestämmelsen må ge anledning till gensagor ur praktiska synpunkter. Regle-

¹⁶ Undantag göres dock för den händelse annat följer av förhandlingarna mellan tredje man och mellanmannen. Här avses de fall, då mellanmannen betingat sig anbudets oåterkallelighet efter dess omhändertagande av honom. Dessa fall stå, säges det, nära dem där avtal slutits mellan tredje man och mellanmannen men med förbehåll om huvudmannens godkännande. Ett dylikt avtal får alltså på denna punkt, trots att dess reella innebörd kan synas vara densamma, annan rättsverkan än till mellanmannen överlämnade anbud i allmänhet.

Exempel på fall av sistnämnda art erbjuder rättsfallet SvJT 1932 rf. s. 69. Anbudet ansågs alltså, med avvikelse från den i 81 § kommissionslagen upptagna regeln, icke kunna återkallas sedan det delgivits mellanmannen. Att anbudsgivaren likväl företog sådan återkallelse medförde icke ens en förkortning av anbudstagarens-huvudmannens acceptfrist, jfr *Almén*, Lagen om avtal s. 43 not 13.

¹⁷ Det säges endast (NJA II 1914 s. 320 f), att huvudmannen, innan han själv tagit del av anbudet, »aldrig hunnit fästa sitt intresse därvid» samt att icke heller mellanmannens intresse (provisionsintresse) kan motivera avvikelse från vanliga regler. Förutom att hänvisningen till »vanliga regler» är oförståelig, leder argumenteringen för långt. Samma skäl skulle nämligen kunna anföras i alla fall, då ett anbud mottagits av en representant, t.ex. en fullmäktig, för anbudstagaren. Men här är helt visst återkallelsemöjligheten icke utvidgad på detta sätt. Att återkallelseregeln ej gäller, om mellanmannen haft avslutningsfullmakt, pointeras ock i de norska och danska motiven (s. 76 resp. s. 90).

I de norska motiven framhålls riktigt att, eftersom en icke avslutningsberättigad agent [dock] har uppdrag att mottaga köpeanbud, tillämpning av allmänna regler skulle leda till att ett anbud, som ingått till agenten, icke sedermera kunde återkallas genom meddelande till huvudmannen. För bestämmelsen i 81 § åberopas i stället »den herskande merkantile opfatning», till vilken även de danska motiven hänvisa.

ringen skulle alltså kunna tänkas bottna i föreställningen att en mellanman, som icke äger sluta avtal utan blott har rätt att mottaga anbud, vore verksam som ett tredje mans och ej som ett huvudmannens redskap; först när huvudmannen själv tagit hand om anbudet, hade detta så att säga kommit utanför tredje mans räjong, vadan det dessförinnan borde kunna fritt återkallas. Men även om lagstiftaren influerats av en sådan konstruktion, synes detta icke böra tillmätas någon som helst betydelse. Konstruktionen är i hög grad verklighetsfrämmande. Att handelsagenter och handelsresande vid sitt mottagande och överförande av anbud från tredje man närmast fungera som representanter för *huvudmannen*, kan man aldrig komma ifrån. Förhållandet plägar väl icke heller i andra sammanhang dragas i tvivelsmål; jfr dock om rättsfallet NJA 1913 s. 388 nedan.

b) I en särställning stå de — numera mycket vanliga — fall, då tredje man efter förhandlingar med mellanmannen undertecknat och till honom överlämnat en ordersedel, slutsedelsblankett eller annan avtalsurkund, avsedd att sedermera översändas till huvudmannen. Urkunden återgiver *antingen* ett vederbörligen slutet avtal (som huvudmannen i sinom tid har att fullgöra) *eller* ett avtal som ej är bindande förrän det av honom godkänts, alltså i sak ett anbud från tredje man, *eller*, väl oftast, ett tredje mans (uttryckliga) anbud, en hans »order».

Uppenbart är att, om ingen regel om bekräftelsebrevs rättsverkan vore meddelad, nämnda handling bleve bestämmande för tredje mans förpliktelser, även om mellanmannen till huvudmannen inrapporterat för denne fördelaktigare avtals- eller anbudsvillkor. Härom gäller a fortiori det nyss under a) sagda. Nu finnes visserligen i 82 § kommissionslagen en sådan regel, och enligt denna skola ju till huvudmannen inberättade och i bekräftelsebrevet upptagna villkor gälla framför dem som faktiskt överenskommits eller anbudsvis upptagits, därest tredje man ej utan oskäligt uppehåll protesterat mot brevets innehåll. Men fråga är, huruvida tredje mans passivitet verkligen har denna effekt i föreliggande fall. Äger passivitetsregeln här tillämplighet?

Ingenting i 82 § kommissionslagen eller dess förarbeten

antyder, att så ej skulle vara förhållandet. Att en skriftlig handling vid mellanmannens avtalsslut eller orderupptagning plägar förekomma har lagstiftaren som naturligt är förutsett, och om meningen varit att undertecknandet av handlingen skulle göra passivitetsregeln oanvändbar, borde detta, kunde man tycka, ha utsagts.

Icke dess mindre har man skäl att betvivla passivitetsregelns tillämplighet i förevarande läge, åtminstone för den händelse ifrågavarande urkund (den av tredje man undertecknade ordersedeln o. s. v.) är av sådan typ att den gör anspråk på relativ fullständighet. Framför allt kommer i betraktande, att den bevisnöd för huvudmannen, som utgjorde ett dominerande skäl för passivitetsregeln och som skulle bero på att vid mellanmannens avtalsslutande eller orderupptagning någon bevishandling "i det stora flertalet fall" icke underskrevs av tredje man, här alltså saknas. Huvudmannen är tvärtom fördelaktigt ställd i bevishänseende. Det måste ock från tredje mans synpunkt te sig märkligt, att han icke skulle äga hålla sig till vad en dylik av honom undertecknad avtals- eller anbudsurkund innefattar och kunna lämna ett därifrån avvikande bekräftelsebrev obeaktat utan i stället vara pliktig att — så snart i bekräftelsebrevet hävdades, att avtalet eller anbudet hade ett fylligare och för huvudmannen gynnsammare innehåll än urkunden utvisade eller att bestämmelserna därstädes eljest felaktigt återgäve vad som förevarit mellan tredje man och mellanmannen^{17a} — gå till attack mot dessa uppgifter vid äventyr att drabbas av en skyldighet att föra motbevisning, som i allmänhet måste vara svår att fullgöra. Passivitetsregelns tillämpning i detta fall innebure ingenting mindre än ett överkorsande av den allmänna processuella grundsatsen att, då en skriftlig handling föreligger som framträder med anspråk på att relativt fullständigt återgiva ett avtals eller anbuds innehåll, det åvilar den kontrahent som gör gällande

^{17a} Eller att — kanske även detta fall bör föras hit — handlingen i den ena eller andra delen icke vore äkta.

att avtalet eller anbudet är av annan beskaffenhet än handlingen utmärker, att ådagalägga detta. Något stöd för att det verkligen varit åsyftat, att huvudmannen skulle legalt hjälpas att bemästra eller rättare sagt komma ifrån *denna* bevisbörda torde man icke ha.

Osannolikt är ej heller, att passivitetsregelns tillämpning i förevarande fall icke alls varit avsedd av lagstiftaren. Måhända har denne, om spörsmålet uppmärksamrats, avfärdat det hela med argumentet, att tredje man under förhandenvarande omständigheter måste anses ha förmått »visa, att meddelandet var oriktigt» (slutorden i 82 § kommissionslagen) samt att därför i fortsättningen vanliga bevisregler vore att applicera. Att resonera på detta sätt är nu visserligen att göra saken alltför lätt för sig. Full bevisning om bekräftelsens oriktighet är ej presterad enbart genom att det företes en handling, enligt vilken avtalet eller anbudet har ett innehåll som icke överensstämmer med bekräftelsebrevet. Uppgifterna i brevet kunna ju, om hänsyn toges till *allt* som vid avtalsslutet eller orderupptagningen mellan tredje man och mellanmannen förevarit, vara korrekta trots att handlingen ger en delvis annan föreställning om detta avtal eller anbud. Härtill kommer att resonemanget icke håller streck, när handlingen innefattar *otydliga* bestämmelser. För sådant fall skulle ock regeln om bekräftelsebrevs rättsverkan onekligen ha ett värde. Men fråga är om man icke ändock för att komma till ett godtagbart resultat, och under beaktande av ratio legis, måste härvidlag tolka passivitetsregeln i strid mot lagtexten. Detta framstår väl ock som hart när nödvändigt i sådana fall, då tredje man och en avslutningsberättigad mellanman upprättat ett *kontrakt*, som till synes uttömmande återgiver vederbörande köpeavtal (eller anbud gjorts i den formen att kontrakt upprättats med förbehåll för huvudmannens godkännande).

Även med denna ståndpunkt uppkomma emellertid svårigheter, avgränsningssvårigheter. Om den av tredje man undertecknade handlingen är av annan typ än förut sagts, i det den blott upptager några huvudpunkter (»stolpar»), lär

det icke vara lika motiverat att sätta passivitetsregeln ur spel. Här kunna tvärtom vissa skäl tala för att bekräftelsebrevet vid tredje mans passivitet får komplettera handlingen, i enlighet med allt som förekommit mellan tredje man och mellanmannen och till huvudmannen inberättats. Men också den meningen kan försvaras att, även om bekräftelsebrevet i övrigt blir gällande, »stolparnas» innehåll icke får sättas åsido. — I förevarande fall har man för resten många gradationer att räkna med. Antag att mellan tredje man och mellanmannen förekommit en korrespondens, varur man visserligen må kunna utläsa vilka köpevillkor det är fråga om men som icke klarlägger detta otvetydigt. Även här kan synas påkallat, att huvudmannens bekräftelsebrev, om det lämnas obesvarat av tredje man, blir avgörande. Men kan detsamma sägas, om köpevillkoren i korrespondensen till slut fastslagits koncist och klart, kanske med sammanfattning av vad parterna på ett tidigare stadium icke varit ense om?

Ett rättsfall av intresse i sammanhanget är

NJA 1920 s. 385: Fråga huruvida försäljningsavtal, som A:s handelsagent B för hans räkning slutit med tredje man C, vore utan vidare bindande för A.

Den urkund, som B vid avtalsslutet överlämnade till C, var rubricerad »orderkopia» men innehöll tillika, utöver uppgift om huvudmannens firma, ordet »Försålt». I ett av A till C avlåtet bekräftelsebrev meddelade A, att genom B beordrade varor skulle expedieras, varjämte gjordes reservation för leveranshinder som följd av force majeure, för prisstegring m. m. Brevet besvarades icke av C. Det visade sig sedermera, att nämnda reservation icke återfanns i den till C överlämnade orderkopian, däremot i det av B till A översända exemplaret av samma kopia.

På grund av orderkopians nyss anmärkta innehåll funno överinstanserna B ha varit behörig att sluta avtal med C, och avtalet ansågs gällande mot A i det skick C hävdat, d. v. s. utan sagda klausul. Den i 88 § kommissionslagen meddelade regeln om handelsresandes behörighet att med stöd av slutsedelsblankett sluta avtal å huvudmannens vägnar förlänades alltså motsvarande tillämpning även å avtal som förmedlats av handelsagent. Vad som för vårt ämne har intresse är emellertid icke detta utan att överinstanserna (dock två dissidenter i hovrätten) ej fäste något av-

seende vid att A:s omförmälda bekräftelsebrev lämnats obesvarat. Tvärtom betraktades A som bevisskyldig för att mellan B och C överenskommits andra köpevillkor än orderkopian utmärkte. Förklaringen kan mycket väl ha varit¹⁸, att man utgick från den ovan i texten försvarade uppfattningen, att 82 § kommissionslagen icke bör till huvudmannens förmån bringas i tillämpning, när såsom här tredje man till stöd för sin uppgift om avtalets innehåll kan förete en särskild urkund, till sin typ sådan att den fullständigt återger avtalsinnehållet. Eller ock, vilket ger samma resultat i sak (se ovan), resonerades det så, att C genom urkunden åstadkommit den i lagrummet omtalade fulla motbevisningen samt att bevisbördan vid detta förhållande återgått till att åvila A, huvudmannen.

c) Svårbedömt är även det omvända, mycket praktiska fallet, att det icke är tredje man, som hänför sig till innehållet i den av honom undertecknade avtals- eller anbudshandlingen, utan huvudmannen. Tredje man påstår alltså, att vid avtals- eller anbudstillfället träffats överenskommelse, vanligen muntlig överenskommelse, om för honom gynnsammare köpevillkor än dem som äro upptagna i den ifrågasvarande handlingen och hävdar, att desamma måste vara i allt fall på det sätt relevanta gentemot huvudmannen att, om denne gör avtalet gällande mot honom, han äger till sin förmån och till sitt försvar åberopa villkoren såsom tillika bestämmande för avtalets innehåll. Huvudmannen åter hänvisar till handlingens innehåll och urgerar, att dylika »sidolöpare»¹⁹ äro honom ovidkommande. — Det må särskilt understrykas, att frågan här alltså *icke* gäller huruvida sidolöparen är bindande för huvudmannen i den meningen att tredje man skulle med stöd därav kunna gå till aktion mot

¹⁸ Att förhandlingar förekommit mellan B och C åberopades icke i bekräftelsebrevet uttryckligt. Men väl kan detta sägas ha skett konkludent. Ingenting ger heller vid handen, att domsavgörandet grundades på att någon brist förelegat med hänsyn till beskaffenheten av bekräftelsebrevet. För resten gällde ju tvisten icke avtalets existens utan dess innehåll, jfr ovan s. 141 f.

¹⁹ Det citerade uttrycket skall användas i fortsättningen men utan att däri på förhand inlägges, att det rör sig om något hemligt, otillbörligt eller suspekt.

honom, d. v. s. att han skulle av huvudmannen kunna fordra avtalets fullgörande i det skick detsamma genom sidolöparen erhållit (se ovan under *a*).²⁰

²⁰ Hur med sistnämnda, i texten således icke behandlade fråga förhåller sig är givetvis att bedöma direkt enligt reglerna om mellanmannens behörighet eller brist på behörighet. Äger mellanmannen rätt att företräda huvudmannen, blir ett av honom slutet avtal i sagda mening bindande för denne även till den del avtalsvillkoren icke upptagits i den för ändamålet upprättade avtals- eller anbudshandlingen utan vid sidan därav överenskommits muntligen med tredje man och även om huvudmannen, därför att allenast denna handling tillställts honom, bibragts föreställningen att avtalet har ett för honom fördelaktigare innehåll än vad på grund av sidolöparen i verkligheten är fallet (jfr läget vid avtal som slutes av en vanlig fullmäktig); se det ovan refererade rättsfallet NJA 1920 s. 385. Är mellanmannen åter obehörig att sluta avtal, kan tredje man givetvis icke lägga sidolöparen till grund för något krav mot huvudmannen, alltså icke i denna ordning göra densamma gällande mot honom. Men här bör understrykas ett förhållande som ej sällan förbises. Även då behörighet i princip tillkommer mellanmannen, såsom vid hans innehav av slutsedelsblanketter (88 § andra stycket kommissionslagen), är det ingalunda säkert, att denna omfattar vilka avtalsvillkor som helst. Behörigheten kan av särskilda skäl eller enligt sakens natur vara inskränkt på ett sätt som medför, att gränsen mellan de fall då mellanmannen är avslutningsberättigad och de fall han ej är det i någon mån utsuddas (se t.ex. uttalanden i kommissionslagens motiv, NJA II 1914 s. 325 rörande frågan huruvida avslutningsberättigad handelsagent äger bevilja tredje-man-köparen kredit eller rabatt). Och just den omständigheten att ett villkor är av beskaffenhet att icke täckas av behörigheten kan ha varit orsaken till att mellanmannen i stället för att upptaga villkoren i själva avtalsförhandlingen gått med på dem allenast i form av en sidolöpare. (Med bristande behörighet för mellanmannen bör för resten jämsställas bristande befogenhet, såvitt denna är uppfattbar för tredje mannen. Det ena kan, i förbigående sagt, i praktiken icke alltid lätt skiljas från det andra.)

Ett instruktivt rättsfall i sammanhanget är

NJA 1916 s. 300: Utfästelse, som försäljningsagent gjort angående rätt för köpare att åtnjuta s.k. årsbonus, bindande för säljaren? — Tvisten gällde huruvida köparen-tredje man ägde utkräva nämnda utfästelse av säljaren, huvudmannen, alltså icke huruvida köparen kunde hållas ansvarig annorledes än med den begränsning samma utfästelse innefattade. Agenten var utrustad med slutsedelsblanketter, varför ett av honom slutet avtal i och för sig borde få av tredje man göras gäl-

Liknande spörsmål möta, därest mellanmannen i sina förhandlingar med tredje man låtit komma sig till last sådant beteende, som enligt stadgandena i avtalslagen eller grunderna för densamma skulle föranleda avtals eller anbuds ogiltighet; mellanmannen har förfarit svikligt mot tredje man eller han har haft vetskap om att denne handlat under inflytande av en felaktig, enligt allmänna rättsgrundsatser relevant förutsättning o. s. v. Tredje man anser sig i detta läge obunden, medan huvudmannen påstår, att anbudets eller avtalets giltighet icke påverkas av mellanmannens svikliga eller eljest otillbörliga beteende eller av hans onda tro. Till dessa viljefelsfall återkomma vi dock först senare.

Uppenbarligen måste det för bedömningen av bekräftelsebrevs rättsverkan ha betydelse, hur man ställer sig till den fråga om sidolöparens relevans som nu nämnts. Om en sidolöpare överhuvud icke kan åberopas gentemot en godtroende huvudman, blir aldrig spörsmålet huruvida en passivitetsregel i anslutning till bekräftelsebrev fyller någon funktion till skydd för huvudmannen i sådant hänseende aktuellt. Är däremot sidolöparen i och för sig gällande gentemot huvudmannen, så att avtalets eller anbudets innehåll bestämmes jämväl av vad vid sidan av urkunden överenskommits med mellanmannen, kan det synas påkallat att åtminstone på det sätt taga hänsyn till huvudmannens intressen, att tredje man

lande mot huvudmannen. Men det ansågs, att någon rätt att medgiva tredje man en så extraordinär förmån som den föreliggande icke rymdes inom det bemyndigande slutsedelsblanketten normalt skänker, vare sig man sedan närmast grundade denna uppfattning på själva blankettens för tredje man tillgängliga innehåll (jfr hovrättens motivering) eller därutinnan hade en mera abstrakt bedömning. Under alla omständigheter hade agenten på ett sätt som bort genomskådas av tredje man överskridit sin befogenhet. (På en viss osäkerhet i ställningstagandet tyder dock uttalandet av HD-pluraliteten, att avvikande handelsbruk icke styrkts.) — Rättsfallet visar, att stadgandet i 88 § kommissionslagen kanske blivit alltför kategoriskt avfattat. Man kan även fråga sig, hur ingående en tredje mans granskningsplikt beträffande omfattningen av en fullmakt, vilken såsom slutsedelsblankett erhållit legalt erkännande, skall vara (se pläderingen i målet).

går miste om möjligheten att åberopa sidolöparen, därest han underlåter att inom skälig tid reagera mot ett bekräftelsebrev, vari uteslutande tages fasta på urkundens innehåll.

Nu är emellertid att märka, att även under sistnämnda förutsättning huvudmannen knappast har någon glädje av passivitetsregeln i 82 § kommissionslagen, sådan som den är utformad. På grund av motbevisningsmöjligheten skulle i så fall huvudmannen trots allt få finna sig i att tredje man i efterhand styrker sidolöparens existens och innebörd. Förmånen bestode således allenast däri, att tredje man genom sin försummelse att opponera mot bekräftelsebrevet måste underkasta sig där angivna köpevillkor, om han icke vore mäktig att åstadkomma dylik motbevisning; bevisbördan omkastades till huvudmannens förmån. Men detta är icke mycket att tacka för. Ty sagda förmån åtnjuter huvudmannen i förevarande läge även oavsett bekräftelsebrevet. Den följer av den allmänna grundsatsen — som alltså har betydelse även i denna relation — om bevisvärdet av en urkund, som till sin typ är sådan att den gör anspråk på att något så när fullständigt återge ett avtals eller annan viljeförklarings innehåll; urkunden presumeras gälla till dess motbevisning förts mot densamma. Skall med bekräftelsebrevet följa en passivitetsverkan, som här är av värde för huvudmannen, måste regeln alltså ha det innehåll, att hans av tredje man utan erinran lämnade bekräftelsebrev utövar konstitutiv verkan, d. v. s. genomför en definitiv reglering av kontrahenternas rättsförhållande. Motbevisningsmöjligheten skulle alltså falla bort. Härmed befinner man sig klart utanför tillämpningsområdet för 82 § kommissionslagen, varmed ingalunda är sagt, att en sådan utvidgning av passivitetsregeln ej skulle kunna ha skäl för sig.

Hur har man då att se på nu berörda spörsmål? Ja, rättsläget förefaller för gällande rätts del oklart. Rättspraxis synes icke ge entydigt besked, och någon klarläggande framställning i doktrinen torde ej heller föreligga.

På *en* punkt är dock bedömningen knappast omtvistlig. Har mellanmannen haft behörighet, på grund av fullmakt el-

ler annan behörighetstitel, att sluta det ifrågavarande avtalet å huvudmannens vägnar, måste därav följa, att sidolöparen alltid kan åberopas av tredje man, till försvar lika väl som till angrepp, hur fullständig än den upprättade avtalshandlingen må te sig. Tredje man är i sagda läge berättigad att mot huvudmannen framställa anspråk på avtalets fullgörande i det skick detsamma erhållit genom sidolöparen^{20a} — en konstellation varom visserligen nu icke i och för sig är fråga — och han bör då så mycket mindre kunna förvägras att, när huvudmannen reser krav mot honom jämlikt avtalet, invändningsvis göra sig sidolöparen tillgodo. Är denna gällande i det förra hänseendet, bör den a fortiori vara det i det senare (medan, såsom förut utvecklats, det är förhastat att från sidolöparens ogiltighet i det förra hänseendet sluta sig till dess ogiltighet även i det senare). — Här har alltså huvudmannen, för att undgå med sidolöparen förbundna olägenheter, nytta av en regel om bekräftelsebrevs rättsverkan, dock endast om brevet tillerkännes konstitutiv effekt. Likaså måste mot huvudmannen kunna åberopas viljefel hos tredje man, vilka framkallats av mellanmannen eller med hänsyn till vilka denne icke varit i god tro, se det i nästföljande kapitel från annan synpunkt refererade rättsfallet NJA 1922 s. 498 ävensom SvJT 1931 rf. s. 49, jfr ock NJA 1910 s. 364.

Det spørsmål som här skulle besvaras blir däremot aktuellt i alla de fall, då mellanmannen *icke* haft behörighet att å huvudmannens vägnar ingå vederbörande avtal: mellanmannen har endast haft rätt att upptaga anbud från tredje man; han har visserligen formellt ägt sluta avtal men endast på villkor att huvudmannen sedermera lämnar sitt godkännande; han har varit avslutningsberättigad men icke beträffande ett avtal med sådant innehåll som det in casu gäller. Av framställningstekniska skäl talas i det närmast följande blott om förstnämnda fall; vad som sägs kan emellertid appliceras jämväl å de bägge andra fallen.

Den principiella utgångspunkten måste nog även här vara,

^{20a} Se nästföregående not.

att tredje mans anbud har det innehåll som framgår av vad vid förhandlingarna med mellanmannen förevarit. Några mera vittgående förpliktelser har tredje man icke åtagit sig; det må därvidlag hänvisas till vad ovan under a) anförts. Vad som beträffande anbudets innehåll blivit, låt vara blott muntligt och vid sidan av den upprättade orderurkunden, fastställt eller klargjort, när mellanmannen vid sin orderupptagning varit verksam såsom ett »organ» för huvudmannen i dennes affärsverksamhet, bör vid sådant förhållande — om nu alltså bortses från vad som må följa av bekräftelsebrevs rättsverkan — gälla.

Häremot skulle kunna invändas, att det i förevarande fall, då tredje mans anbud förkroppsligats i en självständig, av honom undertecknad urkund avsedd att tillställas huvudmannen, finnas speciella skäl att anse sidolöparen denne ovidkommande (och ovidkommande som sagt icke blott i vad angår huvudmannens egen bundenhet utan även när fråga är om att mot tredje man göra gällande förpliktelser enligt det efter accept av hans anbud ingångna avtalet). Anbudet har, kunde man mena, genom det sätt varpå avtalsslutet här försiggår lösgjorts från vad som förekommit under förhandlingarna med mellanmannen; det föreläge juridiskt-tekniskt ett slags »abstraktion» därifrån. Man finge i detta läge uppfatta tredje mans i urkunden upptagna anbud som en självständig, till huvudmannen riktad viljeförklaring, i princip jämförlig med den som enligt avtalslagens betraktelsesätt är förhanden, då en uppdragsgivare ger sysslomannen en fullmakt med »självständig existens» och därmed föranleder, att den godtroende medkontrahenten blir oberoende av invändningar grundade på det interna rättsförhållandet mellan uppdragsgivaren och sysslomannen. Eller det kunde, om man icke vill gå så långt, argumenteras efter den linjen, att tredje man, som har klart för sig att den av honom undertecknade anbudsurkunden tillställes huvudmannen för att utgöra grundval för dennes acceptbeslut, icke rimligen bör äga vid sidan därav med mellanmannen muntligt överenskomma om häremot stridande avtalsvillkor och göra anspråk

på att dessa skola i större eller mindre utsträckning annullera det av tredje man själv uttryckligt godkända urkunds-innehållet. Det vore icke rättsligt godtagbart att på detta sätt »venire contra factum proprium».

Ett resonemang av nu senast skisserade art ²¹ är dock svår-ligen juridiskt hållbart. Vad först talet om en särskild vilje-förklaring från tredje man till huvudmannen beträffar torde detta i grund och botten icke vara mer än en konstruktion, som dessutom ligger en *petitio principii* nära. Frågan är just, huruvida tredje mans handlande, när han via mellanmannen tillställer huvudmannen urkunden, och hans handlande gentemot mellanmannen vid anbudstillfället få anses som två skilda viljeförklaringar och icke, med hänsyn till att mellanmannen representerar huvudmannen beträffande i allt fall anbudets mottagande, som en enda. Det kan vidare icke vara stötande, att tredje man överenskommit med mellanmannen, låt vara blott muntligt, om anbudsvillkor som strida mot urkundens innehåll, *såframt* han har anledning att räkna med att överenskommelsen framföres till huvudmannen, innan denne accepterar anbudet. Det är också detta, som tredje man i allmänhet förlitar sig på skola ske. Och sker det icke — brister mellanmannen i de skyldigheter som härvidlag åvila honom såsom huvudmannens förtroendeman — varför skulle icke detta hellre gå ut över huvudmannen än över tredje man? Icke ens om sidolöparens innehåll är av den art att, enligt vad tredje man bort förstå²², huvudman-

²¹ På en linje liknande den nu antydda synes man gå fram i *tysk* doktrin, att döma av framställningen i »Reichsgerichtsräte-kommentaren» till *Handelsgesetzbuch*, III:1, 2 uppl. 1953, § 346 Anm. 16 f. (Godin). Från en antagen huvudregel om att, när »Vermittlungsvertreter» avgiva utfästelser och tillförsäkringar till tredje man, huvudmannen måste låta sådana gälla mot sig, även då han icke har kännedom om desamma (jfr även under § 91 a, Anm. 1 och 2, Würdinger), göres alltså avvikelse i hithörande fall, då tredje man till mellanmannen överlämnat en »Bestellschein» eller liknande, avsedd att sedermera tillställas huvudmannen.

²² Om han faktiskt förstått, icke blott bort förstå, detta förhållande, blir givetvis i regel ingen sidolöpare avtalad. Och skulle så ändock ha

nen ej gärna kan tänkas vilja reflektera på detsamma, låter det sig övertygande motivera, varför tredje man skulle berövas rätten att åberopa, att han bundit sig allenast på villkor av sidolöparens acceptering. Han har oriktigt trott sig ha chanser i det hänseendet, vad mer? Endast när på grund av särskilda omständigheter tredje man haft anledning räkna med att fara fanns att sidolöparen icke skulle framföras till huvudmannen, ligger det väl juridiskt något annorlunda till. Man kan då kanske påbörda tredje man ett slags culpa in contrahendo. Men icke heller i detta undantagsläge (från vilket det bortses i fortsättningen) är det självklart, att påföljden därav skall sträcka sig ända därhän, att sidolöparen betraktas som obefintlig.

Det gennäles kanske, att även en motivering i motsatt riktning — betonandet av mellanmannens representantställning och organfunktion, åtminstone såvitt mottagandet av anbudet angår — i viss mån innefattar en *petitio principii*. Ty vad som är föremål för tvist vore just, när allt kommer omkring, hur omfattande denna mottagarbehörighet i själva verket är. Måste densamma icke i förevarande speciella situation vara reducerad till omhändertagande och vidarebefordrande av ifrågavarande skriftliga urkund, så att komplettering av dennas innehåll genom muntliga sidolöpare faller utanför? Men häremot kan i sin ordning invändas att, om det skildrade resonemanget rörande en självständig viljeförklaring å tredje mans sida ej håller streck, det icke förebragts några juridiskt bärande skäl för att en sådan begränsning av mellanmannens mottagarbehörighet de lege lata får göras. Det bleve en viss egenartad formbundenhet på ett område, där formfrihet eljest råder. Var har man stöd för ett dylikt legalt formkrav?

Vanskligt är således att på juridiskt hållbara grunder komma till annat resultat än att huvudmannen, om han efter sin accept av anbudet vill göra avtalet gällande mot tredje

skett, synes det icke innebära någon försyndelse av tredje man, att han trots allt gjort ett försök att få sidolöparens villkor accepterade av huvudmannen.

man, måste respektera de modifikationerna däri, som följa av med mellanmannen överenskomna sidolöpare. Icke desto mindre äro de praktiska olägenheterna av denna ståndpunkt ofta så betydande, att det ligger nära till hands att ifrågasätta, huruvida man verkligen är nödsakad att acceptera detta resultat. Bör det icke vara möjligt att med utgångspunkt från en mera fri rättstillämpning komma fram till den motsatta regeln, en regel som så att säga från organisatorisk synpunkt framstår som vida mera ändamålsenlig och påkallad? Det kan nämligen icke vara en rationell ordning, att ett anbuds innehåll bestämmes av två mot varandra stridande förklaringar, den ena i en särskild urkund avsedd att tillställas huvudmannen och även av tredje man normalt uppfattad som den »egentliga» grundvalen för hans utfästelse, den andra avgiven, i allmänhet blott muntligt, till mellanmannen i modifierande syfte. En dylik ordning är, såsom jämväl tredje man bör kunna inse, i och för sig riskfylld för huvudmannen och ägnad att medföra komplikationer. När, såsom här förutsatts, tredje man medvetet inlåter sig på att genom sidolöpare modifiera det i urkunden upptagna anbudets innehåll, ter det sig väl också vid ett praktiskt bedömande icke så märkligt, om risken för att sidolöparens innehåll ej framföres till huvudmannen skulle läggas på honom och ej på huvudmannen. För tredje man kan det icke vara mycket betungande att tillse, att uppgift om de med mellanmannen överenskomna modifierationerna i anbudet kommer in i urkunden genom en hänvisning, hur kortfattad som helst. Och även för tredje män-köpare i allmänhet måste en regel om att sidolöpare i nu åsyftade situation sakna giltighet mot huvudmannen ha sina fördelar på längre sikt, genom den klarhet och reda rörande anbudets och avtalets innehåll som den skapar. Den omständigheten att här åvägbragtes en formbundenhet, som ej har stöd i lag, behövde näppeligen, vid den mera fria rättstillämpning som nu avses, utgöra ett avgörande hinder. När anbudsupptagandet såsom här försiggår genom upprättande av en skriftlig handling, kan det icke anses uppseendeväckande, att handlingens in-

nehåll blir exklusivt bestämmande för rättsförhållandet mellan tredje man och huvudmannen. I synnerhet är den kritiserade ordningen praktiskt otjänlig i alla de fall då huvudmannen enligt standardiserade köpevillkor säljer samma slags vara (t. ex. ett bokverk, NJA 1951 s. 645) till ett stort antal kunder på olika håll, med anlitande av en mängd mellanhänder (jfr avtalsslut genom förmedling av försäkringsagenter). Om vid dylika massavtal anbudens innehåll skulle bestämmas icke blott av ordersedlarnas innehåll utan även av vad mellanmannen in casu muntligen överenskommit med köparna, skulle detta i praktiken kunna förrycka hela avtalsmekanismen. Den möjligheten erbjuder sig visserligen, att *enbart* vid dylika massavtal göra ifrågavarande avsteg från sidolöparens relevans. — En allvarlig betänklighet mot nu skisserade rättstillämpning är dock, att de för densamma anförda grunderna i det väsentliga synas tillämpliga jämväl när mellanmannen varit behörig att sluta vederbörande avtal å huvudmannens vägnar (ovan vid not 20 a). Någon framkomlig väg att för *dess*a fall bestrida sidolöparens relevans synes icke erbjuda sig.

Hittills har bortsetts från att ordersedeln eller annan av tredje man undertecknad anbudsurkund kan innehålla en klausul om att endast i urkunden upptagna köpevillkor skola gälla mot huvudmannen. När sådana klausuler förekomma — de äro inom formulärrätten vanliga — kunde skälen för att sidolöparen borde lämnas utan beaktande synas starkare än eljest. Tredje man har då fått sin uppmärksamhet riktad på att en sidolöpare icke tolereras av huvudmannen, och han har själv underkastat sig den formbundenhet, som följer av att allenast urkunden bestämmer anbudets innehåll. Det föreligger om icke ett legalt så dock ett konventionellt formkrav. Huvudmannen kan här sägas ha uttryckligen givit till känna, att mellanmannens mottagarbehörighet är begränsad till omhändertagande och vidarebefordrande av själva urkunden. Emellertid är icke heller denna argumentering bevisande. Det kan replikeras att, om tredje mans intresse av att få åberopa sidolöparen anses

de lege lata, i överensstämmelse med den motivering som förut utvecklats, icke kunna lämnas åsido, giltigheten av en dylik klausul är långt ifrån självklar. Kan rättsordningen, under nämnda förutsättning, tolerera ett konventionellt formkrav av denna typ?²³ Det skulle icke heller vara tillfredsställande, om hela frågan om huvudmannens rättskydd i förevarande sammanhang vore att bedöma olika, allt eftersom en klausul av anmärkta art kommit att inflyta i den av tredje man undertecknade anbudshandlingen eller så ej skett.

Jag återgår därefter till den funktion regeln om passivitetsverkan i anledning av bekräftelsebrev fullföljer i sidolöparsammanhang. Om sidolöparen ej i och för sig får åberopas gentemot huvudmannen, kan den naturligen, såsom förut framhållits, icke fylla någon sådan funktion. Men under motsatt förutsättning, om alltså även de i sidolöparen upptagna köpevillkoren principiellt bestämma anbudets innehåll, är det uppenbarligen värdefullt för huvudmannen, att tredje man i allt fall genom sin passivitet efter mottagande av ett bekräftelsebrev, vari sidolöparens anbudsvillkor icke omtalas, går miste om rätten att föra dessa in i bilden. Men denna rättsverkan måste då — det må upprepas — för att vara till gagn för huvudmannen innefatta, att mellanhavandet blir definitivt reglerat, så att någon motbevisningsmöjlighet ej står tredje man till buds. Detta är i själva verket det *minimum* av rättsskydd mot sidolöpare, som i förevarande fall synes böra tillkomma huvudmannen. Att passiviteten här får konstitutiv effekt, medan den enligt 82 § kommissionslagen eljest saknar sådan, behöver knappast heller inge några betänkligheter. Typläget — dels en särskild anbudsurkund dels ett därmed konkurrerande anbudsunderlag i form av muntligt biavtal — är väsentligt olika det som lagstiftaren närmast haft i sikte. Påkalla icke hänsynen till huvudmannen, att sidolöparen redan i sig själv anses sakna giltighet mot honom, bör under alla om-

²³ Jfr *Ussing*, *Aftaler* § 33 not 26 (s. 349 f).

ständigheter verkan därav utebliva, om den icke inom skälig tid återopas av tredje man, som mottagit ett därmed oförenligt bekräftelsebrev. Härmed ernås då för dessa fall, men också endast för dessa fall och blott såvitt angår påföljden av passiviteten, överensstämmelse med stadgandet i 6 § andra stycket avtalslagen, ett lagrum, som av förut utvecklade skäl icke, på sätt likvisst ej sällan förmenas, är här tillämpligt.

Av allt att döma var det just denna senare ståndpunkt, om man så vill denna medelväg, som HD anslöt sig till i det viktiga rättsfallet

NJA 1928 s. 44: Bindande köpeavtal eller icke? En handelsresande sålde till X visst gods enligt en orderkopia, som innehöll det förbehåll att ordern skulle gälla under förutsättning av godkännande av resandens huvudman och vari tillika fanns anmärkt, att endast de i orderkopian nämnda villkoren skulle äga giltighet.²⁴ Handlingen försågs vid tillfället av X med påteckning om godkännande. Huvudmannen godkände sedermera ordern i brev till X. Fråga nu om verkan av X:s först långt efteråt till huvudmannen lämnade, av vittnen bekräftade uppgift, att X enligt muntligt avtal med resanden icke skulle vara skyldig att mottaga godset, därest han icke hade behov av detsamma. — HD återopade i sin dom, i enlighet med NRev:s hemställan, att X icke ens påstått, att han underrättat huvudmannen om sagda med mellanmannen överenskomna förbehåll förrän i ett brev så sent som omkring fyra månader efter huvudmannens godkännande accept, och fann att vid sådant förhållande »mellan parterna kommit till stånd ett avtal med det innehåll, som orderkopian utvisar». Huvudmannen ägde därför, då X undandragit sig att fullgöra avtalet, häva detsamma och tillerkändes skadestånd av X. (Underinstanserna hade ogillat huvudmannens talan med hänsyn till bevisningen angående det till X:s förmån träffade förbehållet.)

Rättsfallet är icke lättolkat. Situationen hade stor likhet med den i 82 § kommissionslagen reglerade. Huvudmannens godkännande svarsbrev utgjorde uppenbarligen ett slags bekräftelsebrev. Det nämndes dock icke däri något om förhandlingar mellan tredje man och handelsresanden. X var ej heller köpman men tydligen kommersiellt förfaren. Vad som här närmast intresserar är emellertid, att det förelåg en av X undertecknad urkund, som enligt den förut skisserade tankegången kunde tyckas förkroppsliga en själv-

²⁴ Detta sista återgives icke i rubriken i *NJA*.

ständig, mot huvudmannen riktad viljeförklaring. Självständigheten markerades för övrigt genom tilläggsklausulen om att endast de i orderkopian angivna villkoren skulle gälla. X:s viljeförklaring var formellt icke ett anbud men hade reellt denna innebörd, eftersom avtalet villkorats av huvudmannens godkännande.

En enkel motivering för att anse X bunden jämlikt orderkopians innehåll hade varit att, i enlighet med vad ovan s. 170 ifrågasatts, anse den godtroende huvudmannen redan i och för sig oberörd av sidolöparen; bekräftelsebrevet och underlåtenheten att reagera däremot skulle då varit utan betydelse för målets avgörande. Så långt gick emellertid HD icke. Fasthellre tog man fasta på X:s ifrågavarande passivitet efter brevets mottagande. Det tillämpades alltså en passivitetsregel i släkt med den i 82 § kommissionslagen upptagna men med den viktiga avvikelser däriifrån, att rätt till motbevisning icke synes ha tillerkänts X. Denne hade nämligen fört en såvitt man kan se fullt övertygande motbevisning, och HD gav icke till känna, att bevisningen trots allt ej var tillförlitlig eller »full». Och hade domstolen menat, att X:s passivitet endast såsom *bevisdatum* neutraliserat den förebragta motbevisningen, skulle man ovillkorligen ha uttryckt sig annorlunda. Domsmotiveringen är i stället så avfattad, att det framgår att passiviteten tänkts utlösa konstitutiv rättsverkan. Just förhandenvaron av den särskilda, till huvudmannen riktade viljeförklaringen har uppenbarligen funnits utgöra tillräcklig grund för att koppla lös från den begränsning av passivitetsregeln, som motbevisningsrätten infattar och som i normala fall är på sin plats.

Rättsfallet lär följaktligen böra förstås så, att visserligen sidolöparen i princip ansetts äga relevans vid bedömningen av vad X åtagit sig (han ägde, när avtalet gjordes gällande mot honom, åberopa att även denna bestämde anbudets innehåll) men att såsom botemedel mot olyckliga konsekvenser av ett sådant ställningstagande tillämpats en med 82 § kommissionslagen korresponderande passivitetsregel.²⁵ Märkligt är, vad det förra beträffar, att HD tycks ha ignorerat sagda klausul i orderkopian om att endast de i densamma omnämnda villkoren skulle gälla. Klausulen måtte ha betraktats som rättsligt betydelselös.

Samma principfråga var föremål för bedömning i ett äldre men alltså aktuellt rättsfall på ett annat rättsområde, försäkringsrättens.

NJA 1913 s. 388: På föranledande av B, agent för ett försäkringsbolag, har J underskrivit ansökan om sjuk- och olycksfallsförsäk-

²⁵ Formuleringen av HD-domen lär utvisa att, såsom ock är riktigt, stadgandet i 6 § andra stycket avtalslagen ej tillämpats.

ring i bolaget men därvid gjort förbehåll att premien, som då ännu icke blivit i ansökningen införd, ej finge överstiga visst belopp. Sedan därefter ansökningen av J överlämnats till B och till följd av dennes försumlighet premie införts med högre belopp än det av J bestämda, har bolaget beviljat försäkringen. Bindande försäkringsavtal i enlighet med bolagets beslut? — Svaret blev i överinstanserna (i HD dock blott med äldste ledamotens utslagsröst) jakande. Försäkring med det innehåll bolaget påstått blev alltså gällande mot försäkringstagaren, och denne ålades skyldighet att betala det högre premiebeloppet. Domskälen gingo ut på, att försäkringsagenten handlat såsom ombud för J, icke för bolaget — genom ansökningens överlämnande i utfyllt skick måste J »anses hava givit B bemyndigande att ombesörja ansökningens fullständiggande» — samt att bolaget vid försäkringens beviljande varit i god tro. Resonemanget inkluderade tydligen, att i förevarande läge, där en särskild av J undertecknad urkund förelåg, det bemyndigande som denne lämnat B var av typen självständig fullmakt. Eljest hade ju J ändock icke blivit bunden (se numera 11 § 2 st. och 18 § avtalslagen); märk hänvisningen till NJA 1895 s. 83 i rubriken.

Någon reell motivering synes detta icke utgöra utan är blott uttryck för en, såsom förut nämnts, ohållbar konstruktion. Att en dylik agent är representant för försäkringsbolaget och alltså ej för försäkringstagaren lär icke kunna bestridas; tanken om ett bemyndigande från tredje mans sida, analogt med det som förekommer vid utfärdandet av en självständig fullmakt, är fiktiv eller bottnar i en *petitio principii*. Vad som juridiskt kunde diskuteras var däremot, huruvida agentens behörighet att företräda bolaget helt allmänt omfattade mottagandet av tredje mans anbud om försäkring eller var begränsad till att omhändertaga och vidarebefordra anbudsurkunden (försäkringsansökningen). Någon grund för sitt ställningstagande i denna som vi sett svårbedömbara fråga presterade icke HD. — Uteslutet är ej, att man vid manövrerandet med nämnda konstruktion påverkats av hur, enligt vad allmänt är erkänt, bedömningen bör vara av det fall, att i en av en gäldenär A till X utfärdad skriftlig förbindelse beloppet icke från början varit utsatt utan skolat före förbindelsens överlämnande till X utfyllas av annan person B samt att B emellertid utfyllt skuldbeloppet i strid mot vad mellan honom och A överenskommits. Här anses som bekant A ha lämnat B (självständig) fullmakt att företaga utfyllnaden, varför den godtroende borgenären X äger utkräva sin fordran mot A i enlighet med förbindelsens lydelse. Har en dylik analogi haft inflytande, är den misslyckad, enär B i berörda läge icke kan ens ifrågasättas vara ombud för A:s motpart

X (vilket däremot kan sägas om agenten för ett försäkringsbolag i nu behandlade fall) utan fungerar som en representant för A själv.

De praktiska skäl, som må tala för det resultat HD-domen ger uttryck för, ha för köpeavtals ingående diskuterats ovan. Därjämte kunna för detsamma anföras särskilda försäkringsrättsliga hänsyn. Främst kommer i betraktande behovet för försäkringsbolag av att avtalsvillkoren, särskilt i vad angår premiesättningen, i regel utformas generellt och icke in casu bestämmas med hjälp av försäkringsagenters dispositioner. Försäkringsavtalets normala natur av »massavtal» spelar här in.

Minoriteten i HD underkände uttryckligen anmärkta konstruktion: Agenten hade vid uppgörelsen med J handlat i egenskap av försäkringsbolagets agent, och vid sådant förhållande måste bolaget, trots sin goda tro vid försäkringens beviljande, anses »närmare» än försäkringstagaren att bära följderna av B:s försumlighet. Härmed förmenade man sig synbarligen »vara framme», och domslutet blev således det motsatta.²⁶

Ytterligare ett rättsfall, där här behandlade ämne åtminstone indirekt berörts, är

NJA 1916 s. 471: Handelsresande har rörande ett av honom träffat försäljningsavtal tillställt säljaren och köparen orderlistor av olika innehåll beträffande försäljningsvillkoren. Åt vilkendera orderlistan bör tillerkännas företräde?

Huvudmannen (ett bolag) åberopade till stöd för sitt köpeskilningskrav mot tredje man en orderlista försedd med dennes godkännande. Även tredje man företedde en orderlista, som emellertid i motsats till bolagets innehöll en bestämmelse om viss rätt för honom att annullera beställningen. Från bolagets sida hävdades nu, att dess orderlista var »original» och att tredje man som medgivit äktheten av sin namnteckning hade att visa, att orderlistan förändrats efter det han undertecknat densamma. (I målet blev, som det synes, ådagalagt, att såväl bolagets som tredje mans orderlista voro kopior.) — HD fann att, då utredning saknades om anledningen till olikheten mellan de båda exemplaren, tredje man ej kunde anses mot bolaget strängare förbunden än hans exemplar utmärkte, i följd varav han ägt att, såsom skett, återkalla beställningen. Bolagets talan ogillades därför.

Det säregna i förevarande fall var, att det visserligen förelåg en särskild av tredje man undertecknad anbudshandling men att —

²⁶ Minoritetens linje följdes i ett senare hovrättsfall, där sakläget var snarlikt, SvJT 1926 rf. s. 40.

i motsats till vad som förutsatts för de fall som nu under c) diskuterats — det icke var ostridigt vad den innehöll. I och med detta var man tillbaka i samma läge som när någon dylik handling ej förekommer (se ovan under a). Huvudmannen är då beviskyldig för vad tredje man åtagit sig vid det tillfälle han ingick avtal med eller avgav order till mellanmannen. Å andra sidan står här till huvudmannens förfogande det hjälpmedel som passivitetsregeln i 82 § kommissionslagen rörande bekräftelsebrevs rättsverkan innefattar. Detta hjälpmedel hade emellertid bolaget, såsom underströks av tredje man, icke begagnat sig av. Resultatet måste därför bli, att bolagets talan i brist på den erforderliga bevisningen icke kunde vinna bifall.

Hur hade det gått, om domstolen väl blivit övertygad om att tredje man undertecknat en orderlista utan något förbehåll av angivna art men det tillika styrkts, att köparen muntligt betingat sig av handelsresanden, att annulleringsrätt skulle tillkomma honom? Måhända kunde hävdas, att HD-domen borde motsättningsvis läsas så, att utgången i detta fall (just det ovan under c) diskuterade) skulle ha blivit en annan. En sådan uttydning av domen är dock icke säkert underbyggd. Domstolen hade knappast, när bolagets talan kunde ogillas redan på nyss anmärkta grund, någon anledning att uttala sig i nämnda ämne. Däremot måste av dissensen i HD anses framgå uppfattningen, att tredje man under dessa omständigheter skulle ha blivit betalningsskyldig till bolaget.

Det må tilläggas att handelsresanden i förevarande fall torde varit avslutningsberättigad men att han näppeligen hade behörlighet att ingå ett avtal, där det medgavs tredje man, för att citera bolaget, »en så otrolig frihet vid köpets fullgörande» som annulleringsförbehållet innebar. Jfr ovan not 20.

Slutligen må nämnas rättsfallet

NJA 1951 s. 645: I en tryckt, av X undertecknad ordersedel, vari förekom en klausul om att beställningen vore bindande samt att muntliga överenskommelser med ombudet icke gällde, beställde X av Y ett bokverk till visst pris. Vid krav mot X på betalning invände denne, att den agent som upptagit ordern förlett honom att beställa bokverket genom att svikligen uppgiva, att detsamma skulle levereras ett angivet datum (varjämte X utan närmare motivering hänförde sig till 31 och 33 §§ avtalslagen). — Invändningen ogillades av domstolarna, av överinstanserna under uttalande bl. a., att visserligen försäljningsombudet vid orderns upptagande utlovat leverans ifrågavarande dag men att X icke mot Y ägde åberopa den sålunda gjorda utfästelsen om leveranstidpunkten. — Det är osäkert vilka slutsatser som kunna dragas av detta avgö-

rande, vilket refererats på en annan fråga än den nu nämnda. Det finns dock knappast anledning att betvivla, att anmärkta klausul i ordersedeln ansetts giltig.

Den ståndpunkt, som intages i frågan om sidolöparens relevans, blir nu, såsom redan framhållits, av betydelse även när det gäller att avgöra huruvida den omständigheten att mellanmannen vid anbudets upptagande handlat svikligt eller eljest otillbörligt mot tredje man — resp. varit i ond tro beträffande viljefel å tredje mans sida — kan åberopas gentemot en godtroende huvudman. Det kan icke undgås, att vad som antages gälla i det ena hänseendet återverkar även i det andra. Att motsvarande spörsmål uppkommer, när mellanmannen icke blott upptagit anbud från tredje man utan med denne slutit avtal, säger sig självt.

Ansluter man sig till den mening, som ovan bedömts som den juridiskt hållbaraste, ger sig svaret tämligen lätt. Slutsatsen bör då rimligen bli, att mellanmannens svek eller otillbörliga förfarande i övrigt, liksom hans berörda onda tro, är relevant över hela linjen. Den representantställning mellanmannen intager måste även här föranleda, att han »identifieras» med huvudmannen²⁷, med påföljd att tredje man äger, med stöd av stadgandena i avtalslagens tredje

²⁷ Till densamma ansluter sig i princip *Ussing*, Aftaler, § 33 III s. 349 (»selv om Agenten lader Tilbudgiveren underskrive en skriftlig Erklæring... der er beregnet til at gaa videre til Agenturgiveren»). I en not tilläggas, att det är något oklart, i vilken omfattning denne kan undgå regeln genom en klausul om ogiltighet av vad som icke är intaget i handlingen, jfr ovan vid not 23, och omnämnes viss dansk rättspraxis beträffande dylika klausuler, märk särskilt Ufr 1913 s. 282. I övrigt må hänvisas till *Hellner*, Försäkringsrätt, 2 uppl. 1965, s. 271 ff samt till den hos *Rodhe*, Obligationsrätt, 1956, s. 347 not 101 angivna litteraturen ävensom till motiven till lagen om försäkringsavtal, 1925, s. 227, jfr ock förhandlingarna vid 14 nordiska livförsäkringskongressen i Köpenhamn 1964 (femte förhandlingsämnet). Här är dock att observera *dels* att vid den behandling av frågan om sidolöparens relevans som i sammanhanget förekommer det i allmänhet icke, såsom enligt det ovan sagda bort ske, skiljes mellan det fall då avtalet av tredje man göres gällande mot huvudmannen och det fall då det är huvudmannen som riktar krav mot tredje man med åberopan-

kapitel eller jämförliga rättsregler, hävda att hans viljeförklaring är ogiltig.

Är utgångspunkten beträffande sidolöpare åter den, att enligt ifrågasatta friare rättstillämpning en sidolöpare principiellt betraktas som godtroende huvudman ovidkommande, blir bedömningen i förevarande hänseende komplicerad.

En ofrånkomlig konsekvens är visserligen, att det överhuvud icke får anses utgöra ett viljefel å tredje mans sida, att han på den grund att sidolöpare överenskommit med mellanmannen i själva verket icke velat avgiva ett anbud av det innehåll som innefattas i den särskilda, av honom undertecknade och huvudmannen tillställda urkunden; hänsyn kan ej tagas till att detta innehåll täckes av hans vilja allenast om tillika beaktas de i sidolöparen upptagna modifikationerna. Mellanmannens vetskap om tredje mans felaktiga föreställning, att hans åtaganden regleras icke blott av urkunden utan därjämte av sidolöparen, måste från nämnda utgångspunkt vara irrelevant.²⁸ Men skall man gå längre och, när en dylik självständig urkund utfärdats, anse det sakna verkan mot huvudmannen att mellanmannen eljest, alltså på ett sätt som icke har något med sidolöpare att göra, förfarit otillbörligt mot tredje man eller varit i ond

de av avtalet (från den synpunkten alltför långtgående identifikation bl.a. hos *Almén*, köplagskommentaren § 42 not 84 a) dels ock att på det försäkringsrättsliga området bedömningen måste påverkas av särskilda hänsyn, såsom att avtalssluts uteblivande på grund av dissens här har vida mera ödesdigra konsekvenser än vid avtal i allmänhet, jfr t.ex. *Schmidt*, *Faran* och försäkringsfallet, 1943, s. 164 f. — I anledning av Rodhes omnämnande i detta sammanhang av rättsfallet NJA 1949 s. 134, med uttalande i HD-domen om den eventuella betydelsen av »förhandlares» goda eller onda tro, må anmärkas att det citerade ordet där icke lär ha tagits i så vidsträckt bemärkelse, att det innefattat även agenter och liknande mellanmän.

²⁸ Härvid förutsättes dock, att tredje mans beslut att inlåta sig på sidolöparen icke självt är föranlett av svek eller annan otillbörlig påverkan av mellanmannen. Det kan tänkas ställa sig annorlunda, om mellanmannen genom falska uppgifter e.d. förmått tredje man att vara med om sidolöpararrangemanget, så att denne framstode som ej fullt »ansvarig» för detsamma.

tro rörande ett till dennes förklaring hänförligt viljefel, så att förklaringen oberoende vad som kan läggas mellanmannen till last bedömes som giltig i förhållande till den godtroende huvudmannen? Troligen skulle man i rättstillämpningen i åtminstone en del fall rygga tillbaka för att taga ett sådant steg. Att med blundande för mellanmannens representantställning fränkänna det rena bedrägeriet eller rättsstridiga tvånget å hans sida betydelse för frågan om giltigheten av tredje mans handlande gentemot en godtroende huvudman skulle nog te sig mer än lovligt djärvt.²⁹ Men om så förhåller sig, var skall gränsen dragas? Skall det skiljas mellan olika viljefel, och framför allt mellan olika slag av förutsättningsfel, börja svårigheterna på allvar. Det torde icke, vad förutsättningsfel beträffar, finnas någon hållbar grund för att just svikligt förfarande skulle stå i en särställning. Övergången från det ena slaget av sådana fel till det andra är flytande. Måhända kunde man mena, att väl straffbart svek, men icke civilt, borde till tredje mans skydd föranleda identifikation. Men detta innebär så mycket mindre en övertygande lösning, som enligt avtalslagen jämväl annan »dolus» än den med vilken straffpåföljd är

²⁹ Allra minst går det för sig att i nu avsedda lägen hävda tillämpning av bestämmelserna i avtalslagens tredje kapitel på det sätt, att den mellanman som kan påbörjas otillbörligt förfarande eller eljest varit ondtroende uppfattas som »annan än den gentemot vilken rättshandlingen företogs» i nämnda bestämmelsers mening, med konsekvens att giltigheten av tredje mans viljeförklaring gentemot den godtroende huvudmannen (adressaten för viljeförklaringen) utan vidare antoges fastslagen i lag. Avtalslagens författare ha, när det meddelats regler om viljefel som framkallats av annan än medkontrahenten eller med hänsyn till vilka denne ej varit i god tro, säkerligen icke syftat på fall, där en mellanman förmedlat avtal eller upptagit anbud och intagit sådan representantställning som den varom nu är fråga. Härmed har visserligen icke omvänt sagts, att man tog avstånd från tanken att tillämpa nämnda lag i dylika fall. Förmodligen var hela problemet vid lagens tillkomst ej föremål för övervägande. — Med hänsyn till det sagda ter sig utgången i rättsfallet SvJT 1927 rf. s. 17 förvånande. Referatet upplyser dock icke om mellanmannen helt saknade »mot- tagarfullmakt».

förknippad medför rättsärendets ogiltighet (och enligt förarbetena tillika skadeståndsskyldighet för den dolöse). Lika litet låter sig inse, varför straffbart tvång skulle i förevarande hänseende behandlas annorlunda än övriga former av tvång, »undue influence» m. m. I själva verket möter här en av huvudsvårigheterna när det gäller att beträffande sidolöpare söka försvara uppfattningen, att huvudmannen äger en av vad som förekommit mellan tredje man och mellanmannen oavhängig, självständig rätt, så att vid bedömningen av vad tredje man åtagit sig en identifikation av huvudmannen och mellanmannen icke finge ske.

I den mån nu likväl dylik identifikation anses böra äga rum, kan emellertid, här liksom beträffande sidolöpare, visst rättsskydd beredas huvudmannen via institutet bekräftelsebrev. Passivitet under oskäligt lång tid efter mottagandet av ett sådant brev bör för tredje man — förutsatt naturligen att han äger kännedom om de faktiska omständigheter som föranleda att hans förklaring är till följd av viljefel ogiltig — medföra förlust av rätten att göra denna ogiltighet gällande. Om icke huvudmannens intressen kunna tillvaratagas på annat sätt, bör det alltså ske genom att ogiltigheten, enligt grunderna för 82 § kommissionslagen, betraktas vara icke av nullitets utan av angriplighets natur. Och på denna punkt lär det saknas skäl att behandla olika de fall då mellanmannen ej varit behörig att å huvudmannens vägnar sluta det avtal varom fråga är och de fall då han haft sådan behörighet.

Ett hithörande rättsfall (förklaringsmisstag å tredje mans sida, ond tro hos mellanmannen) refereras i *SvJT 1931 rf. s. 18*: Ett köpeanbud gjordes å en av anbudsgivaren undertecknad och till mellanmannen, en handelsresande, överlämnad orderlista. När huvudmannen sedermera efter accept framställde krav mot anbudsgivaren, invände denne bl. a., att orderlistan upptog en vida större kvantitet av varan än han vid sin beställning åsyftat och att han enligt 32 § avtalslagen, vid det förhållande att handelsresanden i allt fall bort inse misstaget, icke vore bunden av sitt anbud. — Hovrätten underkände emellertid denna invändning, enär även om misstag förelegat *huvudmannen* varit i god tro och handels-

resanden vid orderlistans mottagande ej förfarit svikligt. Att den senare dock måste ha *bort* inse misstaget betraktades alltså som betydelselöst (dissens). — Vad som ligger bakom denna ståndpunkt är ej klart. Man tycks ha utgått från att handelsresandens obehöriga beteende eller bristande goda tro i princip icke kunde åberopas mot huvudmannen men att undantag från denna regel måste göras för fall av svikligt förfarande å handelsresandens sida. Kanske fann man gränsen för underlåtenhet att identifiera böra dragas vid förfarandets straffbarhet, jfr det nyss sagda. Domen har kritiserats av *Nial* i SvJT 1937 s. 471, enligt vilken även vanlig ond tro hos handelsresanden bort anses relevant.

Förevarande spörsmål mötte vidare i en säregen form i rättsfallet

*NJA 1948 s. 138*³⁰: I samband med förlängning av ett arrendesavtal, som gällde mellan A och kronan, vid vilket tillfälle kronan företrädades av domänintendenten B men förbehåll gjordes om kronans godkännande, förklarade A (skriftligt), att egendomen med byggnader och tillhörigheter skulle vid tillträdet anses vara av honom mottagen i fullgott skick. Invändning, när kronan sedermera gjorde A ansvarig för vid avträdessyn uppskattade brister å fastigheten, att B under förhandlingarna med A muntligen förklarade, att nämnda kontraktsbestämmelse icke skulle medföra förändring av vad förut gällt utan att tillträdessynen och blivande avträdessyn skulle utgöra grundval för den slutliga uppgörelsen angående arrendeförhållandet, samt att A i förlitan därpå under-tecknat kontraktet.

Hovrätten yttrade, att A:s invändning, vid det förhållande att B ej ägt behörighet att sluta avtal om från kontraktet avvikande bestämmelser, icke kunde mot kronans bestridande vinna beaktande. HD fann åter, sedan ifrågavarande kontraktsklausul och B:s anmärkta förklaring återgivits, att det måste anses uppenbart otillbörligt att göra kontraktet gällande mot A. (En ledamot ville fastställa hovrättens dom, en annan stödde sig på 33 § avtalslagen, med stöd av *domänstyrelsens* onda tro!). NRev hade hemställt om fastställelse av hovrättens dom med utgångspunkt från formkravet i 2 kap. 1 § första stycket nyttjanderättslagen.

Såvitt man kan se förelåg å A:s sida ett förklaringsmisstag. Det förhöll sig av allt att döma icke så, att A medvetet inlåtit sig på en sidolöpare med B, utan han föreställde sig att den ifrågavarande klausulen hade den innebörd som förut anmärkts. Även om B med hänsyn till kravet på kronans godkännande icke var att anse som behörig att ingå ett för kronan bindande kontrakt,

³⁰ Reciten nedan följer ej rubriken i NJA.

måste då rimligen B:s onda tro, vilken såtillvida var kvalificerad som B t. o. m. framkallat A:s förklaringsmisstag, tillräknas kronan, och A alltså vara berättigad att göra invändning om sitt viljefel (avtalets formbundenhet utesluter som bekant icke tillämpligheten av reglerna i avtalslagens tredje kapitel). Mera svårbedömbart är läget, om man skulle utgå från att A medvetet inlåtit sig på en sidolöpare av angiven beskaffenhet. Även i detta fall bör visserligen utgångspunkten vara, att A, när nu kontraktet av kronan göres gällande mot honom, ej är hindrad att till sitt försvar åberopa sidolöparen. Men man ställes bl. a.³¹ inför det ovan i texten utförligt behandlade spørsmålet huruvida icke en kontrahent, vilken såsom A varit med om att skapa ett »självständigt» skriftligt avtalsunderlag varmed sidolöparen är oförenlig, måste gentemot en godtroende huvudman (här domänstyrelsen såsom organ för kronan) finna sig i att sidolöparen anses obefintlig.

HD gick aldrig in på nu angivna spørsmål. Man tog i stället till hjälp en på grunderna för vissa generalklausuler i lagstiftningen (3 kap. 43 § nyttjanderättslagen, 8 § skuldebrevslagen m. fl.) uppbyggd princip om att avtalsvillkor kunna jämkas eller lämnas utan avseende, när det är uppenbarligen otillbörligt att göra dem gällande. För denna motivering till ett utan tvivel befogat domslut torde man böra sätta ett frågetecken. Sagda lagbud syfta på fall, då *innehållet* av en avtalsbestämmelse från början är, resp. till följd av ändrade förhållanden blivit, av den art att det är i hög grad stötande att tillägga densamma giltighet. Här var det emellertid alls intet fel på bestämmelsens innehåll, vilket i och för sig var oklanderligt. Utan felet låg i att A var offer för ett förklaringsmisstag vid avtalets tillkomst resp. att på grund av sidolöparen kontraktet icke i förevarande hänseende överensstämde med A:s avtalsvilja, och frågan var om detta fel vid avtalsslutet kunde tillräknas kronan. Väl kan det naturligen sägas, att så snart en kontrahent handlat under inflytande av tvång, svek, misstag o. s. v. samt andra parten vid avtalets tillkomst haft vetskap därom, det är uppenbarligen otillbörligt att göra avtalet gällande. Men det är självklart, att antydda allmänna otillbörlighetsprincip icke är avsedd att omfatta dessa eller andra fall, då vedertagna rättsregler om avtals ogiltighet eller överksamhet äro att tillgå. Det innebure intet framsteg, utan motsatsen, om dylika generalklausuler finge tillgripas även vid bedömningen av fall, där rättsregler av reellt och konkret innehåll äro förhanden (eller kunna utbildas i rättspraxis). — Här förutsattes då att meningen icke

³¹ Även formkravet kan från denna utgångspunkt medföra komplikationer, jfr NRev:s betänkande.

var, att visserligen kronan trots domänintendentens uppträdande vore att bedöma som en godtroende medkontrahent vid själva avtalsslutet men att det otillständiga bestode i att kronan *efter vunnit upplysning* om vad som vid kontraktets upprättande förevarit icke nu föll undan utan hävdade sin rätt (ville »göra bestämmelsen gällande») enligt kontraktets innehåll. Skulle man utnyttja sagda generalklausuler på den bogen, kan man komma så långt som helst, bl. a. till en vittgående tillämpning av viljeteorins regler.

d) Utgångspunkten för 82 § kommissionslagen är som nämnt, att huvudmannen vid avsändandet av sitt bekräftelsebrev varit i god tro beträffande brevet överensstämmelse med det med tredje man slutna avtalet resp. från honom mottagna anbudet. Men här uppkommer ett spörsmål motsvarande det som behandlades i samband med 6 § andra stycket avtalslagen. Det är icke ovanligt, att huvudmannen i bekräftelsebrevet på olika punkter bättrar på eller utfyller avtalet eller anbudet genom att där upptaga bestämmelser, som enligt vad han insett icke varit på tal vid avtalsslutet eller anbudstillfället men som han tänker sig icke skola röna någon gensägelse å tredje mans sida. Huvudmannen är alltså i god tro endast i den meningen, att han föreställer sig att hans komplettering är acceptabel för tredje man. Att förfara så lär icke för kommersiellt betraktelsesätt te sig anmärkningsvärt eller stötande. Tvärtom torde det, såsom förut framhållits, vara en spridd uppfattning inom handelslivet, att det hör till bekräftelsebrevets uppgifter att sålunda fullständiga ett avtal eller ett anbud, om icke annat så med huvudmannens »allmänna leveransbestämmelser» e. d. Till stöd för en sådan tolkning av passivitetsregeln, att huvudmannen även i dylika fall finge anses ha varit i god tro, skulle — oaktat som vi funnit motsvarande tolkning i det hela icke är förenlig med det godtroskrav som uppställts i 6 § andra stycket avtalslagen — eventuellt kunna anföras, att 82 § kommissionslagen ju utgör en handelsrättslig regel grundad på hänsyn till vad som sedan gammalt varit kutym på området.

Emellertid låter det sig näppeligen göra att med 82 §

kommissionslagen förlika en dylik vidhjärtad tolkning av godtroskravet. Att om paragrafen skall tillämpas något utbyggande av avtalet eller anbudet icke kan i antydda ordning tillstodjas framgår redan av stadgandets lydelse (»sådant avtal kommit till stånd»). Klart torde också vara, att lagstiftaren icke räknat med en på detta sätt utsträckt passivitetsverkan till nackdel för tredje man, vars konsekvenser dessutom äro svåröverskådliga. Särskilt faller i ögonen, att man därmed skulle ge ett kraftigt handtag åt formulär-rätten, som sannerligen icke är i behov av att rättsskipningsvägen förstärkas. Än ytterligare motsäges den anmärkta tolkningen av den motbevisningsmöjlighet, som enligt 82 § kommissionslagen står tredje man till buds. Om det redan från början varit klart mellan kontrahenterna, att bekräftelsemeddelandet »var oriktigt» därutinnan, att avtalet eller anbudet hade ett mera begränsat innehåll än det huvudmannen i utfyllnadssyfte uppgivit i bekräftelsebrevet, lärar i den delen ej finnas utrymme för någon motbevisningsrätt. I samma mån som ett mot huvudmannen välvilligare godtrosbegrepp adopteras, i samma mån måste man sålunda, i strid mot slutstadgandet i nämnda paragraf, låta motbevisningsmöjligheten falla bort och tillerkänna passiviteten konstitutiv rättsverkan.

e) Slutligen ytterligare några ord om bekräftelsebrevets av lagen fordrade beskaffenhet ävensom om tredje mans reklamation däremot.

Bör man hålla på att bekräftelsen, för att utöva sin effekt, skall ha typen av ett i »brev» gjort meddelande? En översänd faktura, vari hänvisas till ett av mellanmannen slutet avtal eller av honom upptagen order, fyller knappast detta krav. I rättsfallet *SvJT 1931 rf. s. 20* har dock passivitetsregeln tillämpats även i sådant fall. Avgörandet är visserligen sedermera »overruled» (NJA 1939 s. 556) men icke på den grund nu sagts. Spörsmålet är för övrigt ej betydelsefullt. Ty även om det besvaras nekande, återstår frågan om en *analog* tillämpning av lagregeln i detta fall; härom i näst följande kapitel.

Angående tidpunkten för avlåtandet av bekräftelsebrev, i förhållande till det avtal eller anbud som skall bekräftas, säges intet i lagen. Enligt de danska motiven har dock »været Tanken, at Underretningen skal afgives saa hurtigt, at den har Karakter af en *sædvanlig* Bekræftelse».³²

Relativt höga anspråk böra, med hänsyn till bekräftelsebrevets funktion att åvägabringa rättsverkningar *mot* adressaten, ställas på dess tydlighet. Detta antydde ock under förarbetena. Kravet på tydlighet ansågs t. o. m. enligt de norska motiven ha kommit till uttryck i lagtexten, genom att det fordras att tredje man *bort* förstå huvudmannens »förmenande» om avtalsslut.³³ — I det hela torde eljest allmänna rättshandlingsregler, beträffande tolkning och ogiltighet, böra anbringas även å bekräftelsebrev.

För att utöva passivitetsverkan måste bekräftelsebrevet komma tredje man till handa. Det befordras nämligen på avsändarens risk. Motsatsen gäller åter om tredje mans reklamation mot brevet, 3 § kommissionslagen. Reklamationen har icke tänkts ske »genom» mellanmannen, vilket har betydelse för beräkning av reklamationstidens längd.³⁴

Oklart är, om reklamationsskyldigheten faller bort, därest huvudmannen i bekräftelsebrevet framställt begäran om motbekräftelse från tredje man. Motiveringen för bortfallandet skulle vara, att huvudmannen genom dylik begäran givit till känna, att han icke räknar med att bekräftelsebrevets villkor skola vara definitivt bindande förrän motbekräftelse erhållits.³⁵ Att detta skulle vara tillräckligt skäl för att sätta passivitetsregeln ur tillämpning må emellertid betvivlas.

³² S. 92 (kurs. här).

³³ Se ovan not 6.

³⁴ »Men naturligtvis skader det ikke Afgiveren, at han har rettet Meddelelsen til Agenten, hvis den dog rettidigt naar frem til Agenturiveren» (danska motiven s. 91).

³⁵ Jfr i ämnet NJA 1942 s. 596 (HD-domen).

KAP. IX

OBJEKTIV PASSIVITETSVERKAN I ANDRA ÄN LAGREGLERADE FALL

Såsom i inledningskapitlet utvecklades lär det icke vara möjligt att utan konkret lagstöd uppställa en allmän regel om objektiv passivitetsverkan vid avtalsslut. En sådan skulle under alla omständigheter bli så urvattnad, att den icke vore mycket värd. Mera fruktbart vore, framhölls det, att undersöka huruvida och i vad mån man med utgångspunkt från givna lagbestämmelser kunde nå fram till regler om eller principer för passivitetsverkan, vilka ägde tillämplighet i icke lagreglerade fall.

Ser man tillbaka på de i de föregående kapitlen skildrade lagbestämmelserna, visar det sig, som naturligt är, att någon för dem alla gemensam eller enhetlig rättsprincip icke står att finna. Reglerna ha fasthellre bestämts av mycket växlande hänsyn. De kunna säkerligen bli föremål för viss analog tillämpning, men beträffande flertalet av dem gäller att möjligheterna därutinnan äro, på grund av att motiven för den stadgade passivitetsverkan äro av tämligen speciell natur, beskurna. Såvitt angår lagregler om passivitetsverkan i form av ogiltighet av angriplighetens typ har detta närmare berörts i kap. 7 här ovan, likaså i vad gäller stadgandena i 60 § köplagen och 9 § avtalslagen (kap. 2 och 5 ovan). Detsamma kan, av skäl som framgår av bakgrunden för lagstadgandena, sägas om passivitetsverkan enligt 79 och 89 §§ kommissionslagen (kap. 6) liksom naturligen om 4 § andra stycket avtalslagen (kap. 4).

Av central betydelse för frågan om en mera vittgående objektiv passivitetsverkan utan stöd av lagregler äro där emot — det må upprepas — två i det föregående utförligt behandlade lagbud, nämligen å ena sidan 6 § andra stycket

avtalslagen (kap. 3), å andra sidan 82 § kommissionslagen (kap. 8). Dessa äro de båda grundläggande lagbestämmelser man för sådant ändamål har att hålla sig till. De rättsgrundsatser, som här funnit uttryck, äro utan tvivel av beskaffenhet att böra komma till användning inom en ganska vid räjong. Detta har ock i rättspraxis, såsom skall visas i det följande, skett. Därutöver ger rättstillämpningen, såvitt jag kunnat finna, föga belägg för några regler om objektiv passivitetsverkan vid avtalsslut, dock att man i den praxis som i inledningskapitlet berördes må kunna, enligt vad där antyddes, spåra en eller annan tendens i sådan riktning.

I.

Den första gruppen av fall, där (objektiv) passivitetsverkan ex analogia synes kunna ifrågakomma, utgöres alltså av sådana, där man som underlag har stadgandet i 6 § andra stycket avtalslagen.

Först några mera begränsade analoga utvidgningar av förevarande passivitetsregels tillämpningsområde.

En regel motsvarande den i sagda lagrum angivna ligger uppenbarligen nära till hands, när under omständigheter liknande de i lagrummet förutsatta ett misstag om avtalets behöriga tillkomst föreligger men misstaget härrör icke från anbudstagaren utan från *anbudsgivaren*. Denne kan lätt ha bedömt en oren accept som ren, med påföljd att han föreställt sig avtal vara slutet, ehuru dissens är förhanden.¹ Därest nu ett sådant anbudsgivarens missförstånd insetts av anbudstagaren, borde det, kunde man tycka, åvila denne

¹ Omvänt kan som oren ha uppfattats en accept, vilken visserligen innehåller tillägg, inskränkningar eller förbehåll men som — på grund av att dessa måste anses sakna reell betydelse — i verkligheten är ren; anbudsgivaren utgår alltså felaktigt från att det tillämnade avtalet icke kommit till stånd. Detta fall, som torde vara mindre praktiskt och där en analogi från 6 § andra stycket avtalslagen väl även skulle vara mera avlägsen, lämnas här åsido.

upplysningsplikt. Och uppfylldes icke förpliktelsen, skulle sanktionen även i detta fall vara, att dissensen utebleve och avtal ansåges slutet, här alltså i enlighet med anbudets innehåll.

Så enkel är emellertid saken icke. Skillnaden i jämförelse med det lagreglerade fallet är nämligen den att, medan anbudstagarens missförstånd där kommer till anbudsgivarens kännedom genom en till denne riktad förklaring, nämligen just accepten, det i förevarande läge icke kan påräknas, att anbudstagaren genom någon anbudsgivarens förklaring blir underkunnig om den senares missförstånd. Såsom avtalsmaskineriet är utformat i avtalslagen har man tvärtom att utgå från motsatsen: för anbud kräves accept, men accepten behöver icke i sin ordning accepteras. Den »uppfordran» till att ge sin medkontrahent upplysning om den förelupna feltolkningen, som acceptskrivelsen innebär, har man således icke någon motsvarighet till här.

Nämnda betänklighet torde emellertid icke väga tungt, om anbudsgivaren, trots att detta enligt avtalslagens regelsystem icke är nödvändigt för avtalets perfektion, likväl avgivit en ytterligare förklaring till sin motpart, varav anbudsgivarens oriktiga föreställning framgår; här förutsättes då att förklaringen följt så pass nära anbudet och accepten, att den kan uppfattas som ett slags komplettering av detta parternas handlande in contrahendo. Dylika förklaringar ha ock stor frekvens. Det är en utbredd kutym, att anbudsgivare, av bevishänsyn eller andra skäl, skriftligen bekräfta² det genom den mottagna accepten ingångna avtalet. Sker så, bör rimligen anbudstagaren, om han finner anbudsgivarens tolkning av accepten såsom ren oriktig, ha berörda skyldighet att inom skälig tid reagera. Bekräftelsebrevet bör alltså även i dessa fall — som icke ha någon beröring med de i 82 § kommissionslagen reglerade — fylla en avtalsstiftande funktion under betingelser motsvarande de i 6 § andra

² Jfr *Curt Olsson*, Verkan av avtalsklausuler i standardformulär, 21 nordiska juristmötet 1957, utg. 1959, s. 19 f.

stycket avtalslagen innefattade. Som jämförlig med nu avsedda bekräftelse å anbudsgivarens sida torde böra bedömas hans prestation, helt eller delvis, enligt avtalet; därmed har han givit tillkänna, att han funnit accepten ren och avtalet slutet. Uppenbarligen äro i detta läge skälen för att ålägga anbudstagaren förpliktelse att opponera mot anbudsgivarens feltolkning av accepten och åberopa dissensen särskilt beaktansvärda.³

Har anbudstagaren åter på annat sätt än genom en förklaring från anbudsgivaren (eller en därmed som nämnt jämförlig prestation) blivit underkunnig om dennes misslag, torde en analogi från 6 § andra stycket avtalslagen under alla omständigheter vara svagare underbyggd.⁴ En situation som har viss släktskap med nyssnämnda prestationsfall föreligger dock, om anbudsgivaren, som oriktigt föreställt sig avtal vara slutet, är den enligt avtalet i första hand prestationspliktige samt prestationstidpunkten är nära förestående. Det kunde då synas vara skäligt, att den ondrotende anbudstagaren genom ett meddelande till motparten förebygger prestationen och utsättes för passivitetsverkan vid underlåtenhet härutinnan. Det är dock icke säkert, att dylik underlåtenhet skall ej blott göra honom ansvarig för onödiga, av prestationen föranledda kostnader m. m. utan även åvägabringa det av anbudsgivaren önskade avtalsslutet.

En analog tillämpning av 6 § andra stycket avtalslagen synes vidare ha fog för sig, när en förklaring, som egentligen blott är en uppfordran till anbud, felaktigt av mottagaren uppfattats som anbud och i sådan egenskap accepterats samt förklaringens upphovsman, när han erhållit denna accept, insett missförståndet, alltså den oriktiga föreställningen om att avtal slutits, men underlåtit göra något för dess avlägsnande. En dylik rättstillämpning kan vara

³ Jfr *Hjerner* i SvJT 1963 s. 199 ff., se ovan kap. 3 not 18.

⁴ Varmed visserligen ej är sagt, att den måste vara helt utesluten (jfr vad nedan s. 198 ff. anföres om ett mera vittgående utnyttjande av grunderna för lagbudet).

så mycket mera angelägen, som gränsen mellan anbud och — uppfordran till anbud i praktiken lätt utsuddas. I ett specialfall, nämligen när uppfordran till anbud skett med användning av uttrycket »utan förbindelse» eller liknande, inträder ock, såsom vi sett, enligt legal föreskrift (9 § avtalslagen) passivitetsverkan till nackdel för den uppfordrande; svaret på uppfordran behandlas icke som anbud utan i enlighet med intentionerna hos dess avgivare som en accept medförande vid uraktlåten reklamation å motpartens sida avtalsslut. Men det finns ingen anledning att därav härleda ett motsatsslut beträffande andra hithörande fall, allra minst med tanke på att passivitetsregeln i 9 § avtalslagen är en specialregel även såtillvida som den går längre än man med stöd av grunderna för 6 § andra stycket samma lag kan komma (se ovan s. 88). Jfr UfR 1939 s. 685.

Än vidare lär en analogi från sistnämnda lagregel vara indicerad i de fall, då vederbörande förklaring objektivt sett icke utgör ens en uppfordran till anbud eller överhuvud ett led i ett avtalsslut men mottagaren uppfattat förklaringen som anbud och accepterat det som sådant samt förklaringens upphovsman insett detta missförstånd men låtit det bero. Härför finnes ock, såvitt jag kan bedöma, stöd i rättspraxis.⁵

*NJA 1922 s. 389:*⁶ Sedan ett bolag erbjudit A en vara till visst pris, och på angivna villkor i övrigt, gav A bolaget en »order». Om innebörden därav rådde tvist i målet. Bolaget ansåg densamma innebära en bekräftelse av ett A:s köp av den i erbjudandet och ordern omförmälda varan — låt vara att denna skulle expedieras till en tredje man C — och i en svarsskrivelse till A bekräftade bolaget köpet. Huruvida bolaget därvid utgick från att A:s order utgjorde ett anbud till bolaget (som nu accepterades) eller en accept av bolagets nämnda erbjudande (såsom anbud be-

⁵ T.o.m. en förklaring som icke avsetts vara en juridiskt bindande viljeförklaring torde kunna utlösa en reklamationsplikt av förevarande art och med nu angiven verkan. Se kommentaren till rättsfallet *NJA 1920 s. 446* ovan kap. 8 not 13.

⁶ Rubriken i *NJA* lyder endast: »Bindande avtal om leverans? Tillämpning av 6 § avtalslagen?»

traktat), framgår ej tydligt. A däremot menade, under hänvisning till att han var en bolagets representant, att »ordern» icke utgjorde något annat än ett meddelande om att A i anmärkta egenskap försålt varan till C, varför något för A personligen bindande köp ej blivit slutet.

Hovrätten uttalade, att bolagets sagda svarsskrivelse innefattade »bekräftelse på ett köp» i enlighet med i skrivelsen angivna villkor, att bolaget ansett villkoren överensstämma med A:s order, att A insett denna bolagets uppfattning, att det vid sådant förhållande ålegat A, om han icke velat godtaga bolagets svarsskrivelse, att utan oskäligt uppehåll giva bolaget meddelande därom, att A underlåtit detta samt att vid sådant förhållande ett för A personligen bindande köpeavtal kommit till stånd. Som man ser tillämpades här den i 6 § andra stycket avtalslagen uttryckta rättsgrundsatsen (direkt eller, för den händelse A:s order uppfattades som accept av bolagets erbjudande i dess egenskap av anbud, analogt). Till hovrättens mening anslöt sig en minoritet i HD.

HD:s pluralitet fann åter, att ordern [objektivt sett] inneburit, icke ett köpeanbud från A utan allenast ett meddelande från honom att C vore köpare av varan, att även om bolaget ansett sin svarsskrivelse utgöra en bekräftelse på av A avgivet anbud, A likväl icke »kan anses hava bort inse detta» samt att följaktligen genom svarsskrivelsen något avtal icke kommit till stånd mellan parterna.

Rättsfallet är i två hänseenden av intresse. Först och främst framgår det, att HD ansett den i 6 § andra stycket uttryckta rättsgrundsatsen analogivis tillämplig även på det nu diskuterade fallet att fråga objektivt sett icke var om ett anbud (eller en accept) utan om ett meddelande av annat innehåll. I doktrinen har visserligen (Vahlén, Avtal och tolkning, s. 142) gjorts gällande, att avgörandet skulle så förstås »att även för den händelse A bort inse, att B:s (bolagets) svar varit avsett som en accept, hade därav icke utan vidare följt, att avtal över huvud kommit till stånd eller att det kommit till stånd just i enlighet med B:s svar»; domen finge »betydelse av ett konstaterande att i det föreliggande fallet en av de grundläggande förutsättningarna för avtalsslut enligt avtalslagen, nämligen att ett meddelande mottagits vilket varit att uppfatta såsom en accept, icke varit för handen». Denna mening synes emellertid strida mot HD-domens innehåll. Varför skulle, om Vahléns nämnda åsikt vore riktig, uttalandet i domen om vad A bort inse rörande bolagets uppfattning av hans »order» varit behövt? Även sakligt skulle det vara svårt att förvara, att ej grunderna för 6 § andra stycket avtalslagen tillämpas, när ett meddelande, ehuru det objektivt sett icke är att bedöma som ett an-

bud (eller en accept), dock föranlett samma missförstånd som det som föreligger å anbudstagarens sida i det i lagbudet reglerade fallet. Det avgörande är icke huru meddelandet »varit att» uppfatta utan huru det faktiskt uppfattats. — HD-omen tycks därutöver innebära, att utgången skulle blivit en annan, d. v. s. att ett bindande avtal hade funnits slutet, redan om A bort inse, att bolaget haft den nämnda oriktiga föreställningen angående vad A:s meddelande betydde och till följd därav trott avtal rätteligen tillkommet. Härom ovan i kap. 3 s. 59.

Försiggår avtalsslutet icke genom växlande av skriftligt anbud och svar på sätt ovan förutsatts utan muntligen (inkl. i telefon) i enlighet med 3 § andra stycket avtalslagen, synes likaledes en kontrahent, som insett att andra parten felaktigt uppfattat hans förklaring därhän att avtal kommit till stånd, vara skyldig att upplysa honom om hans misstag vid äventyr att avtal ändock anses slutet i enlighet med denna parts mening. Någon skillnad mellan anbudsgivare och anbudstagare synes här icke böra göras; de äro ju båda tillstådes eller dock i omedelbar förbindelse med varandra och ha således att taga ställning till motsidans förklaring.⁷ Huruvida kontrahenten måste, för att icke påföljden skall bli den angivna, redan i samband med det muntliga avtalsslutet informera andra parten om dennes missuppfattning är dock osäkert. Kravet på dylikt omedelbart avståndstagande skulle måhända vara alltför strängt. Troligen bör den upplysningspliktige även här ha viss tid till sitt förfogande, således även efter det kontrahenterna skilts åt.⁸ Att han även, och på än starkare grunder, bör ha skyldighet att reagera, om kännedom rörande motpartens feltolkning bi-bragts honom genom ett av denne efter parternas sammanträffande eller telefonsamtal avlätet bekräftelsebrev, torde vara tydligt. Förutsättning för det nu anförda är, att det icke tvistas om vad den förklarande vid tillfället yttrat utan att meningsskiljaktigheten blott gäller tolkningen därav (i övrigt se nedan under II).

⁷ I denna riktning ock *Vahlén* a. a. s. 155—159.

⁸ *Annorlunda in dubio Vahlén* a. a. s. 159.

Skäl torde ej finnas att principiellt bedöma spörsmålet om kontrahents ifrågavarande upplysningsplikt annorlunda därför att avtalslagens regler om avtalsslut — vilka bygga på den s. k. löftesteorin — ej kunna tillämpas utan i stället »kontraktsteorins» principer gälla. Här syftas på de i doktrinen särskilt av *Vahlén* behandlade situationer, där kontrahenterna varit ense om att bundenhet skall för dem inträda samtidigt, för en anbudsgivares del således icke redan med anbudet utan först då bägges viljeförklaringar föreligga. Hit höra *dels* fall av avtalad skriftform — först när bägge kontrahenterna undertecknat kontrakt skall avtal anses ingånget — *dels* de mycket vanliga fall av muntligt avtalsslut, där (annorlunda än enligt 3 § andra stycket avtalslagen) det icke är meningen att ett erbjudande från någondera kontrahenten skall ha rättslig betydelse förrän »tingandet» är slut (jfr 1 kap. 6 § HB i 1734 års lag) och avtal träffats.⁹ Att 6 § andra stycket avtalslagen i nu avsedda lägen bör tillämpas analogt är även *Vahléns* mening.^{9a}

Vid nu berörda utvidgning av tillämplighetsområdet för 6 § andra stycket avtalslagen torde man dock icke kunna stanna. Man synes böra gå vidare och utnyttja denna grundsats jämväl i bl. a. följande fall, som från principiella och även praktiska synpunkter förtjänar uppmärksamhet.

Om vid ett förmögenhetsrättsligt avtalsslut den ene kontrahenten A i avtalet inlagt en innebörd som är objektivt oriktig, d. v. s. icke motsvarar vad avtalet vid en riktig tolkning utsäger, medan åter den andre kontrahenten B tolkat avtalet rätt, framgår det av 32 § avtalslagen och följer för resten av sakens natur, att avtalet i regel blir gällande i en-

⁹ De av *Vahlén* a.a. s. 124 f. omnämnda och i NJA II 1901 nr 1 s. 12 och 27 ff återgivna uttalandena av ledamöter i högsta domstolen vid dennas granskning av nya lagberedningens förslag till lag om köp och byte äro i hög grad tänkvärda. Att även vid muntligt avtalsslut anbud skall vara bindande, nämligen under den tid anbudet »uppbäres av anbudsgivarens avvaktande hållning» (motiven till avtalslagen, NJA II 1915 s. 170), måste ofta vara en föga verklighetsbetonad regel.

^{9a} A. st.

lighet med B:s objektivt hållbara tolkning. Till A:s förståelse av avtalet, hans förklaringsmisstag, tages principiellt icke hänsyn så snart B vid avtalets ingående varit i god tro (32 § första stycket avtalslagen).¹⁰ Har B emellertid vid nämnda tidpunkt bevisligen varit i ond tro, i det han insett eller bort inse A:s nämnda misstag, äger A enligt samma stadgande hävda avtalets ogiltighet. I själva verket torde dock dylika ogiltighetsyrkanden icke på långt när vara så frekventa, som lagen och dess förarbeten skulle kunna ge anledning att tro. Vanligt är nämligen, att A även i fall, då å hans sida förelupit förklaringsmisstag, i rättegången icke hävdar något annat än att avtalet är giltigt, visserligen med påstående om att det är giltigt i enlighet med *hans* uppfattning av dess innebörd. Bägge kontrahenterna hålla alltså på att ett giltigt avtal ingåtts men ha olika meningar rörande dess tolkning. A vill ingalunda vidkännas, att han varit offer för ett förklaringsmisstag, utan förfäktar att hans tolkning är den objektivt riktiga. Att han gjort sig skyldig till sådant misstag blir fastställt först sedan domstolen vid rättegångens slut tagit ställning till hur avtalet rätteligen bör förstås och därmed kommit till det resultat, att B:s tolkning är den riktiga (jfr från rättspraxis t. ex. NJA 1949 s. 664, 1955 s. 544, 1957 s. 69). Ty då följer omedelbart, att A för sin del givit avtalet »annat innehåll än åsyftat varit». Avtalets »innehåll» är nämligen enligt sagda fastställelse det av B förfäktade, och A har velat något annat. Väl skall i nu

¹⁰ Och presumptionen för god tro synes i rättstillämpningen upprätthållas strängt, se t. ex. NJA 1937 s. 235, 1939 s. 384.

Redan före avtalslagens tid tillämpades »tillitsteorin», vilket framgår av NJA 1905 s. 138 och 1915 s. 26, jfr ock NJA 1911 s. 540 (incitamentet till 39 § andra punkten avtalslagen?).

Även i de främmande rättsordningar, som tillämpa »viljeteorins» grundsatser, lägges vid fastställande av ett avtals innehåll dess objektiva förståelse till grund (detta ligger verkligen, såsom i texten nämndes, i sakens natur), låt vara att sedan, i större eller mindre utsträckning, motbevisning om förelupet förklaringsmisstag kan bli relevant jämväl då medkontrahenten varit godtroende, jfr SvJT 1961 s. 214 not 5 samt »Avtalsrättsliga spörsmål», 2 uppl. s. 207 med citatet i not 39.

förutsatta fall — att det kan styrkas att B varit i ond tro — A:s förklaringsmisstag enligt 32 § avtalslagen äga relevans. Men det är som sagt ej säkert, att A för sådan händelse ens eventuellt framställt eller överhuvud velat framställa något ogiltighetsyrkande. A har i talrika fall icke intresse av annat än att avtalet skall stå vid makt, vara giltigt i enlighet med hans uppfattning, och på detta resultat har hela hans processföring varit inriktad. Det blir då en fråga av stor vikt, huruvida den omständigheten att B varit i ond tro rörande A:s viljefel och underlåtitt att vid avtalets tillkomst upplysa A om detsamma kan medföra, att avtalet, i stället för att vara ogiltigt på grund av A:s förklaringsmisstag, trots allt blir gällande men i så fall — i strid mot det objektiva innehållet — gällande med den innebörd A inlagt däri. Kan även på *denna* väg rättsskydd komma A till del?

Nu angivna spørsmål är ej besvarat i avtalslagen. Av 32 § kan visserligen härledas, att mot A icke kan i förevarande läge göras gällande annat avtalsinnehåll än det han själv åsyftat. Men därav följer på intet sätt (jfr ovan kap. 3 s. 43 f), att B:s viljeförklaring måste tillerkännas annan innebörd än han avsett. Lika litet som B äger göra A ansvarig i vidare mån än som överensstämmer med vad denne velat, lika litet borde A för sin del kunna göra B ansvarig utöver det av dennes vilja omfattade avtalsinnehållet, så mycket mindre som detta senare är det riktiga enligt en objektiv bedömning. Avtalsslutet skulle alltså egentligen, trots att bägge kontrahenterna eftersträvat ett giltigt avtal och ansett ett sådant ingånget, stranda på dissens. Starka skäl tala emellertid för att just grunderna för 6 § andra stycket avtalslagen kunna åberopas i detta sammanhang och föranleda ett annat resultat. Har B, när han mottog A:s avtalsförklaring (eller mottog ett bekräftelsebrev i anledning av avtalsslutet, jfr ovan), icke blott bort känna till vad A med densamma åsyftat utan verkligen ägt vetskap därom och sålunda haft klart för sig A:s förklaringsmisstag, synes det i överensstämmelse med tankegången i 6 § andra stycket avtalslagen kunna åläggas honom att undanröja A:s misstag; gör han

det icke, bör avtalet bli gällande i enlighet med den av A hävdade uppfattningen och dissensen således utebliva. Naturligtvis är detta en ganska intensiv regel i dissensförebyggande riktning. Men det är svårt att inse, att avgörande betänkligheter möta mot dess erkännande. Och regeln lär ofta vara behövlig för undgående av materiellt stötande resultat. — Med nu behandlade läge får icke förväxlas det fall, att A avgivit en viljeförklaring med det objektiva innehållet *a* men åsyftat innehållet *b* samt att *även B med sin förklaring eftersträvat*, genom förklaringen velat uppnå, detta senare avtalsinnehåll. Då är bedömningen enkel: det av båda parterna eftersträlvade gäller, t. o. m. vid fastighetsköp¹¹ och

¹¹ Enligt rättspraxis utgör formkravet (skriftlighet) icke något hinder häremot, när det gällt att bestämma köpeobjektets omfattning, d.v.s. vilka ägor som omfattats av köpet (»vad som är sålt»; jfr *Rodhe* i SvJT 1951 s. 603 f). Att vad parterna i det hänseendet velat icke (ens bristfälligt) kommit till uttryck i köpehandlingarna inverkar ej, om de dock avsett att genom formen, genom dessa handlingars innehåll, bestämma köpeobjektet. I rättstillämpningen har man gjort ett vidsträckt bruk av denna regel, efter vad det synes stundom även i fall, då kontrahenterna blott utgått från en gemensam förutsättning, haft samma uppfattning, om att köparen genom den formbundna överlåtelsen blivit, resp. icke blivit, ägare av vederbörande område (trots att köpehandlingarna icke givit något stöd härför). På området föreligger en rikhaltig rättspraxis; se de av *Rodhe*, Om fastighetsindelningen och dess betydelse, 1941, s. 167 not 9 anmärkta rättsfallen samt därutöver NJA 1940 s. 631, 1941 s. 563, 1945 s. 564, 1955 s. 247, 1961 s. 490, jfr ock NJA 1920 s. 495 och 1927 s. 587. (I rättsfallet NJA 1915 s. 26, som i och för sig skulle kunnat höra hit, hade i första hand yrkats ogiltighetspåföljd.). Huruvida härmed låter sig väl förena NJA 1956 s. 623 är kanske tvivelaktigt. Ett motsvarande extensivt utnyttjande av »falsademonstratio»-regeln torde däremot icke kunna påvisas, när tvisten gäller icke vad som är sålt utan den föryttrade fastighetens egenskaper, faktiska eller — till den del formkravet därutinnan må vara av betydelse — rättsliga. Även om säljaren, vad det förra beträffar, ej blott varit ense med köparen om att fastigheten skall vara av viss beskaffenhet utan tillika (oriktigt) föreställt sig, att hans överlåtelseförklaring täcker dessa egenskaper, lär knappast benägenhet finnas att redan därmed anse en formenlig utfästelse i ämnet avgiven.

I rättspraxis har förekommit, att passivitetshänsyn tagits till hjälp som stöd för domsresultatet, när (i onödan?) konsekvenser av form-

liknande, som avtalets innehåll. »Falsa demonstratio non nocet.»¹²

Den tankegång, som är bestämmande för här senast förordade regel, kan emellertid leda ett gott stycke längre. Man kan ifrågasätta en regel om passivitetsverkan, till skydd för en kontrahent som gjort sig skyldig till tolkningsmisstag,

kravet ansetts böra dragas jämväl vid sådant rättsligt fel i försåld fastighet som att åbyggnader å fastigheten befunnits ligga utanför dennas rätta gräns, NJA 1934 s. 365. Det framgår dock icke, från vilken synpunkt köparens passivitet här tillerkändes relevans. Var det därför att felet in casu antogs ha varit för honom oväsentligt? Eller skulle i princip resultatet blivit det motsatta, om köpeavtalet angripits inom skälig tid? Jfr NJA 1949 s. 640, där man i fall av enahanda rättsliga fel kom förbi formkravet genom en påtagligt fiktiv intolkning i köpehandlingarna av en utfästelse om åbyggnadernas riktiga belägenhet, se »Avtalsrättsliga spörsmål» s. 175, med hänvisning till *Vahlén*, Formkravet vid fastighetsköp, 1951, s. 350 ff.

¹² Följande rättsfall illustrerar distinktionen:

NJA 1940 s. 179: I köpeavhandling rörande ett jordområde hänvisades till en karta, å vilken områdets gränser med grön färg utmärktes. Gränserna å kartan utvisade emellertid ett avsevärt mycket större område än säljarens ägoinnehav, som var omkring fyra tunnland. Köparen — som påstår att säljaren uppgivit sig vara ägare av det större området — yrkar hävning av avtalet, medan säljaren efter genstämning yrkar, att köpet av det mot hans ägoinnehav svarande området måtte »fullbordas» och köparen förpliktats betala den i avhandlingen bestämda köpeskillingen.

Köparens talan ogillades och säljarens bifölls i alla instanser. Hovrättsdomens motivering var, att säljaren hyst den uppfattningen att området å kartan omfattade fyra tunnland, att köparen, som vetat att området innehöll åtminstone sex tunnland, insett att säljaren gjort sig skyldig till misstag och att han ej avsett att sälja mer än fyra tunnland jord samt att vid sådant förhållande och då köparen det oaktat underlåtit att rätta misstaget bindande avtal kommit till stånd i enlighet med säljarens uppfattning om köpets innebörd. — Detta överensstämmer som synes med i texten förfäktade uppfattning i ämnet. Tydligt är att hovrätten utgick från att köparen icke själv vid avtalslutet varit med om den till omfattningen begränsade föryttring som säljaren avsett utan eftersträvat förvärv av det större området men att han måste som straff för sin passivitet finna sig i att avtalet tillerkändes verkan i enlighet med vad säljaren åsyftat.

HD:s motivering åter är svårfattlig. Det uttalades, att det (vid av-

också i fall då motparten icke redan vid avtalets ingående uppdagat (eller ens bort uppdaga) misstaget. Det föreligger i nyare rättspraxis en omisskännlig tendens att även när det gäller tolkningsmisstag av denna senare art — fall då avtalet är helt giltigt — belasta en motpart, som vid den aktuella tidpunkten haft *vetskap* om vederbörandes misstag, med upplysningsplikt och låta honom sona sin underlåtenhet att uppfylla denna med att misstagskontrahentens i och för sig icke hållbara avtalstolkning blir gällande. Om någon generell objektiv passivitetsregel kan man visserligen icke här

talstillfället) måste av vissa angivna skäl ha stått klart för köparen, att säljaren icke avsåg att sälja större areal än ungefär fyra tunnland, att på grund härav och då köparen insåg, att det å kartan utmärkta grönfärgade området hade betydligt större areal, hänvisningen till kartan icke kunde av honom åberopas »såsom en av säljaren lämnad garanti beträffande områdets areal och gränser» samt att vid dessa förhållanden avtal måste anses ha kommit till stånd i enlighet med säljarens uppfattning om köpets innebörd.

Om parter vid fastighetsköp äro ense om vad som sålts men tvist råder om den förytttrade fastighetens faktiska egenskaper, t.ex. i arealhänseende, anses säljaren, om han ej förfarit svikligt eller vad därmed är jämförligt, icke ansvarig med mindre han i köpehandlingarna garanterat egenskapernas existens, jfr nästföregående not. Och en arealuppgift i dessa handlingar behöver icke alltid tolkas som garanti; den kan eventuellt ha en blott »orienterande» uppgift, NJA 1937 s. 151. Men i förevarande fall gällde tvisten icke den förytttrade fastighetens egenskaper utan vad som var sålt. Hade nu enighet förelegat mellan parterna om vad genom köpeavhandlingen föryttrats, skulle redan detta som förut nämnts utgjort tillräcklig motivering för domslutet, och något ordande om garanti hade ej behövts. Att dylik enighet förelåg påstod dock ej HD och kunde ej heller gärna påstå. Men hur kan då, vid tvist alltså mellan parterna om vad som var sålt, frånvaron av säljarens garanti beträffande »områdets» areal och gränser föranleda, att försäljningen skulle omfatta blott det mindre området? Det är icke så lätt att förstå. Tankegången synes emellertid ha varit, att köparen, när han hade klart för sig att säljaren blott ville föryttra fyra tunnland, medan enligt vad han insåg det å kartan utmärkta området hade större areal, också måste ha begripit, att karthänvisningen icke innefattade någon köpförklaring utan allenast syftade till att orientera om »den ungefärliga belägenheten» (s. 180 i referatet) av hans fastighet. Köparen ägde alltså icke, i tvisten om vad som var sålt, hänföra sig till kartan — trots att, enligt vad som var upplyst, båda

tala. Rättspraxis går som sig bör fram med försiktighet, och våra domare skulle säkerligen vilja svära sig fria, om det påstodes att de bundit sig för en allmän norm av antydde beskaffenhet. Det rör sig icke om mera än en tendens, såsom nyss sades. Men man har obestriddligen, såsom strax skall visas, sträckt sig ganska långt i förevarande riktning — vida längre än som kan förklaras blott med att passiviteten, på sätt i inledningskapitlet framhölls, även utan stöd av någon regelbildning emellanåt tillmätas betydelse på grund av omständigheterna i det särskilda fallet.

Hur en sålunda utvidgad passivitetsregel närmare bör bestämmas skall här icke undersökas; ämnet faller i och för sig utanför denna avhandling, som allenast hänför sig till passivitetsverkan vid avtalsslut. Det må endast med några ord understrykas att, därest en mera vittgående regel om upplysningsplikt vid tolkningsmisstag skall genomföras, den under alla omständigheter torde böra underkastas starka begränsningar.

Det kan således icke antagas, att om en kontrahent, enligt vad hans motpart inser, vid ett visst tillfälle under avtalets

parterna skrivit sina namn å kartan innanför det grönfärgade område vartill i kontraktet hänvisning skett!

Detta betyder emellertid, att något förklaringsmisstag å säljarens sida ansågs överhuvudtaget icke ha förelegat. Säljaren hade, eftersom man här borde bortse från hänvisningen till kartan, givit ett även objektivt sett riktigt uttryck åt sin vilja; han hade ju förklarat, att han ville avhända sig det mindre område som *tillhörde* honom (söder om ifrågavarande järnväg). Det var i stället köparen, som gjort sig skyldig till förklaringsmisstag, då denne till grund för sin uppfattning om vad som sålts lagt en irrelevant karthänvisning. Detta är verkligen att taga tjuren vid hornen. För någon upplysningsplikt å köparens sida fanns med denna uppfattning ingen plats. Köparen skulle varit bunden av avtalet i enlighet med vad säljaren åsyftat t.o.m. om han strax efter undertecknandet av köpehandlingarna klargjort för denne, att han visserligen velat köpa det större område som var utmärkt å kartan men förstått att säljaren ville avhända sig endast det mindre och därför icke insisterade på köpet. Vad som till nöds möjliggör konstruktionen är tydligen, att säljaren till sin förmån kunde åberopa ett viljeuttryck som dock *delpis* även objektivt sett var riktigt (i vad han förklarat sig sälja det som tillhörde honom).

bestånd tolkat avtalet oriktigt, motparten skulle ha förpliktelse att spontant upplysa honom om misstaget. Även i detta sammanhang torde man fasthellre i allmänhet ha fog för att kräva, att feltolkningen framgår av en förklaring, ett meddelande, från misstagskontrahenten. Och fråga är, om icke därutöver måste fordras, att förklaringen på det ena eller andra sättet har verklig aktualitet, såsom när den avsett ett förestående fullgörande eller icke-fullgörande av avtalet. Tanken måste väl nämligen vara, att motpartens upplysning skall ha omedelbar betydelse för avvärjande av kontraktsbrottskonsekvenser, icke blott syfta till att överhuvud ge den feltolkande information om hur avtalet rätteligen är att förstå och om hans skyldigheter enligt detsamma. Det måste, för att använda ett naturligtvis i sig självt icke så upplysande uttryckssätt, föreligga »särskild anledning» att reagera mot feltolkningen.

I samband härmed står, att påföljden av underlåtenhet att uppfylla upplysningsplikten icke behöver vara, att avtalet i allo och definitivt skall förlänas den innebörd som den feltolkande inlagt däri. En retroaktiv verkan kan vara utesluten.¹³ Lika litet är det nödvändigt att passivitetsverkan, om motparten vid visst tillfälle ej reagerat som han bort, sträcker sig så långt, att avtalets objektivt riktiga förståelse skjutes åt sidan för all framtid. Detta har betydelse vid köp

¹³ Ett exempel: En säljare feltolkar avtalet därhän, att prestationstiden ännu icke är inne utan infaller först om fyra månader. Köparen, som avvaktat prestation, får kännedom om feltolkningen genom ett meddelande från säljaren först två månader efter den rätta prestationstidens utgång. Han lämnar meddelandet obesvarat. Långt senare häver han köpet och fordrar skadestånd för leveransens uteblivande. Det är då tänkbart att de morapåföljder för säljaren, som ej skulle ha inträtt, om säljaren av köparen erhållit behörig upplysning om avtalets rätta innebörd och fogat sig därefter, icke böra drabba säljaren. Köparen borde följaktligen icke äga rätt till skadestånd beräknat på grundval av högre priser än de som gällde vid tidpunkten för säljarens meddelande eller kort därefter. Men den skadeståndsrätt, som tillkom köparen redan vid den tidpunkt då han underlät fullgöra sin reklamationsplikt, bör han ej gå förlustig.

med överenskommen successiv leverans men därutöver vid avtal av skilda slag som icke sikta till momentan fullgörelse utan ålägga en kontrahent eller bägge kontrahenterna fortlöpande förpliktelser.

Ytterligare är det, som så ofta eljest i ej lagreglerade fall, ett spörsmål huruvida det är tillrådligt att låta passivitetsverkan inträda jämväl i mellanhavanden av icke klart handelsrättsligt betonad natur. Att 6 § andra stycket ej gör någon skillnad i sådant hänseende behöver icke ovillkorligen vara avgörande, när det rör sig om att analogt utnyttja den i lagrummet uttryckta rättsprincipen. För försiktighet vid sådant utnyttjande talar bl. a., att man i rent »civila» rättsförhållanden icke i samma omfattning som vid handelsrättsliga mellanhavanden har att räkna med att en motparts underlåtenhet att undanröja för honom kända tolkningsmisslag bottnar i mindre aktningsvärda motiv; den kan helt enkelt bero på oföretagsamhet, glömska m. m. 

Här må lämnas en översikt över ett antal hithörande rättsfall.

Redan i rättsfallet *NJA 1913 s. 315*, som vunnit viss berömmelse, framträder den grundsats som i det föregående dryftats. Rubriken lyder: »Yrkande av säljare av vara att av köpare undfå skadestånd för det köparen på grund av förment dröjsmål med leveransen hävt avtalet. Fråga om verkan därav att köparen icke inom skäligen tid yttrat sig i anledning av meddelande från säljaren att tidpunkten för leveransens fullgörande komme att framflyttas.»

Överinstanserna funno, att köparen genom sin underlåtenhet att besvara nämnda meddelande gått miste om sin hävningsrätt, varför säljaren tillerkändes ersättning för den skada som uppkommit genom köparens vägran att mottaga leveransen. Detta skulle möjligen icke behöva innebära mera än att man anslöt sig till den av *Almén* (köplagskommentaren § 26 vid not 35 ff) uttalade åsikten att, om en säljare som befinner sig i mora, av beskaffenhet att ge köparen hävningsrätt, likväl lämnar denne ett meddelande om tillämnad leverans, köparen måste reklamera däremot vid äventyr, visserligen in dubio icke att han mister sin skadeståndsrätt mot säljaren på grund av sagda mora men att han går hävningsrätten förlustig. Säljaren torde lika fullt ha av *Almén* betraktats som den principiellt kontraktsbrytande parten. I förevarande rättsfall tyder dock intet på att grunden för domsavgörandet var den här anmärkta. Det framgår fasthellre av ett av *Wilhelm*

Sjögren avgivet särskilt yttrande, vari HD:s domslut motiverades, att tankegången var en annan och mera vittgående; all anledning saknas att tro, att *Sjögren* allenast uttryckte sin egen och icke jämväl de övriga HD-ledamöternas mening. Utslagsgivande vore, att framflyttningen av tidpunkten för leveransen kunde antagas »icke hava för säljaren framstått såsom en verklig ändring i avtalet utan allenast såsom en av omständigheterna föranledd tolkning därav, och att köparen å sin sida måst inse att detta varit säljarens uppfattning». I sådana fall vore avgörandet, hette det, »enkelt nog». Köparen hade genom sin försummelse att, om han icke ville godtaga säljarens uppfattning, utan oskäligt uppehåll underrätta säljaren därom, blivit bunden av ett avtal av det innehåll som säljarens meddelande giver vid handen. Denna grundsats ville *Sjögren* t. o. m. — men därvidlag är det svårare att följa honom — härleda ur den allmänna tolkningsregeln, att »avseende skall fästas utom vid rättshandlingens innehåll även vid dess förutsättningar, så framt dessa varit uppfattbara för medkontrahenten».¹⁴

¹⁴ I detta sammanhang må beröras några av *Almén* i köplagskommentaren behandlade passivitetsfall.

Under § 14 vid not 47 ff uttalas den meningen, att en köpare in dubio visserligen ej är skyldig att erlægga likvid för delleverans, även om han frivilligt mottagit sådan, men att betingelse härför bör vara, att han utan oskäligt uppehåll meddelar säljaren att han ej vill betala förrän leverans till fullo verkställts. Denna uppfattning synes ock i enlighet med vad ovan utvecklats rimlig, om säljaren, enligt vad köparen kunnat förstå, tolkat köpeavtalet så, att delleverans var medgiven och följaktligen delbetalning kunde fordras. Har emellertid säljaren klart för sig att, såsom *Almén* förutsätter, delleverans i och för sig är ett kontraktsbrott, synes reklamationsanskyldigheten vila på svag grund. De härför anförda skälen äro näppeligen bärande. Det hänvisas *dels* till att köplagen överhuvud ålägger kontrahenterna en omfattande reklamationsanskyldighet (en alltför allmän synpunkt för att ha nämnvärt bevisvärde) *dels* till en jämförelse med fall av avtalad successiv leverans (men här föreligger ju intet kontraktsbrott; säljaren är i sin goda rätt att prestera partiellt, och hela spørsmålet uppkommer icke) *dels* till — och det skulle väl vara det egentliga skälet — att en köpare, som icke låter förmärka sitt missnöje med delleverans, ger säljaren »anledning antaga, att detta leveranssätt i det särskilda fallet icke stått i strid mot köparens intresse». Häremot kan genmålas helt enkelt, att man visserligen av nämnda passivitet må kunna draga den slutsatsen, att köparen ingenting har att invända mot delleverans, men att man icke fördenskull har skäl att föreställa sig, att han också är belåten med att betala partiellt. Och det var ju detta saken gällde. —

NJA 1919 s. 359: Är isklausul, som ej finnes omförmäld i (skriftligen bekräftat) fraktavtal men av fartygsbefälhavaren tecknats å konossement å lasten, bindande för befraktaren, som utan protest mottagit konossementet? — Svaret blev jakande, vad HD beträffar med motivering bl. a., att isklausulen var att anse såsom ett av de rådande förhållandena betingat tillägg till fraktavtalet. Motiveringen kan i förstone förefalla föga övertygande. En kontrahent plägar icke ensidigt få göra tillägg till ett slutet avtal, hur motiverat tillägget än må vara, jfr ock *NJA 1948 s. 611* (i konossement men icke i fraktavtal upptagen friskrivningsklausul fick ej åberopas av redaren; dispensmål).¹⁵ Meningen torde emellertid

Vad rättspraxis beträffar har visserligen berörda passivitet tillmätts betydelse i *NJA 1947 s. 54* (HD-domen) men blott såsom supplerande omständighet, nämligen i förbindelse med hänsyn till hur vederbörande kontrakt faktiskt tillämpats.

Almén uttalar sig vidare under § 26 vid not 41 ff om bl.a. det fall, att en säljare, som befinner sig i mora, givit köparen till känna, att enligt hans uppfattning något bindande köpeavtal icke kommit till stånd, och anser att köparen för sådant fall in dubio är skyldig att avlåta protest mot säljarens meddelande vid äventyr att eljest gå förlustig sin rätt att fordra godsets avlämnande. Alltså ett slags tillämpning av angräplighetsgrundsatsen beträffande ett avtal som påstås vara ogiltigt, låt vara att ogiltigheten nu blott skulle gälla avtalets primära innehåll och icke tillika skadeståndssanktionen. Även här kan på motsvarande sätt sägas, att reklamationsplikt är naturlig, om säljaren varit i god tro beträffande sin obundenhet av avtalet, jfr särskilt nyss refererade rättsfall *NJA 1913 s. 315*. Men att ålägga köparen reklamationsskyldighet när säljaren med öppna ögon begått ett kontraktsbrott förefaller föga tilltalande. Och invändningen att det kan vara svårt att skilja mellan fall av god och av ond tro å säljarens sida kan bemötas med att man därvidlag får vid behov anlita en bevisbörderegeln.

¹⁵ Endast under mycket speciella förutsättningar kan en kontrahent äga ensidigt åvägabringa en ändring av avtal, när han har klart för sig, att ändringen icke har stöd i avtalet. Om sådana förutsättningar äro förhanden — det kan gälla fall där motparten genom ändringen får sina förpliktelser minskade och man således på sätt och vis ändå håller sig inom avtalets »ram» — kan det för övrigt böra krävas, att ifrågavarande kontrahent icke själv gör sig skyldig till passivitet utan inom skälig tid framställer sitt ändringsyrkande. Ett rättsfall, som belyser denna variant och den egenartade funktion som passivitetsregeln alltså i dylikt läge fullgör, är

NJA 1920 s. 178: Sedan från svensk fabrik sålts visst varuparti av

vara, att det här gällde ett tillägg som — enligt vad man på redarens sida, såsom även andra parten måste ha förstått, föreställde sig — i realiteten icke förändrade fraktavtalets innehåll utan överensstämde därmed, om icke med dess ord så dock, enligt vad även andra parten måste haft klart för sig, med dess anda. Bevisningen och argumenteringen i målet gingo också ut på detta. Under sådana omständigheter funnos förutsättningar för tillämpning av den passivitetsgrundsats varom ovan varit tal; befraktaren borde ha rest invändning mot konossementsklausulen. Möjligen medverkade även synpunkten, att det i fall av förevarande art kan vara så att fraktavtalet naturligt kompletteras med konossementet på ett sätt, vartill motsvarighet vid andra avtal i allmänhet icke finnes, jfr ock NJA 1925 s. 346. Fraktavtalets tillkomstakt kan så att säga vara icke fullt avslutad förrän även konossement utfärdats.¹⁶ Till försiktighet vid hanterande av passivitetsgrundsatsen manade eljest, att det rörde sig om en formulärrättslig klausul. När det i HD:s motivering talades om ett av rådande förhållanden betingat tillägg till fraktavtalet, låg kanske däri även en antydning om att utgången icke skulle blivit densamma, om tillägget varit särskilt betungande eller otillbörligt gynnade endera parten.¹⁷

dess tillverkning (av garn) att levereras å utländsk ort, har i anledning av i Sverige utfärdat exportförbud å varuslaget säljaren hävt köpet. Säljaren har visserligen funnits skyldig att på framställning därom från köparens sida leverera partiet vid fabriken i Sverige, men då köparen underlåtit att inom behörig tid göra sådan framställning, har det ansetts att han gått förlustig icke blott rätten att fordra naturaleverans utan även skadeståndsrätt mot säljaren. — Att märka är att köparen, om han icke genom ett yrkande därom finge avtalet ändrat, saknade all skadeståndsrätt mot säljaren, enär denne på anmärkta grund var berättigad att häva avtalet och således icke kunde lastas för kontraktsbrott. En analogi från 26 § köplagen, varom det i målet var mycket tal, var därför förfelad. I det i denna paragraf reglerade läget, där säljaren befinner sig i mora, går visserligen köparen sällan genom sin passivitet miste om skadeståndsrätt. Men i det fall som tvisten avsåg hade köparen, om han förhöll sig passiv, ingen skadeståndsrätt att förlora. Först genom aktivitet kunde han *förvärva* densamma.

¹⁶ Se beträffande rättsfallet NJA 1919 s. 359 ytterligare *Schmidt* m.fl., Huvudlinjer i svensk frakträtt, 2 uppl. 1962, s. 44 (»grunderna för 6 § andra stycket avtalslagen»), jfr *Gunnar Bomgren* i SvJT 1956 s. 510 f.

¹⁷ I detta sammanhang må omnämnas även

NJA 1949 s. 724: Var konossementsklausul om att framtida tvist, härflytande ur angivet rättsförhållande, som uppstode på grund av

NJA 1929 s. 183:^{17a} En tysk firma A har till en svensk köpman B sålt visst gods, varefter A genom en sin handelsresande och även annan representant i Sverige fört vissa förhandlingar med B rörande avtalets fullgörande. Vad som förekom vid förhandlingarna gav, yttrade HD, A anledning antaga, att A skulle få dröja med leveransen av en ännu icke levererad varupost till dess att från sakkunnigt håll visst utlåtande anskaffats beträffande en tidigare levererad posts beskaffenhet. Då B måst inse, att A utgått från denna uppfattning, men det oaktat icke framställt någon erinran däremot, har hävningsrätt på grund av dröjsmål med leveransen icke funnits tillkomma B. Säkerligen menade HD, trots talet om »anledning antaga», att det objektivt sett befogade i A:s uppfattning om vad som förekommit vid förhandlingarna var åtminstone tvivelaktigt. Avgörande blev emellertid B:s anmärkta passivitet. Underinstanserna hade däremot icke ansett styrkt, att B beviljat A anstånd med leveransen.

NJA 1935 s. 603: Fråga om skyldighet för ömsesidigt försäkringsbolag att på grund av bestämmelse i dess reglemente utgiva ersättning för brandskada, som drabbat egendom innan gjord ansökning om försäkring å egendomen blivit föremål för slutlig behandling i bolaget. — Försäkringstagaren förvägrades i överinstanserna ersättning. Ett flertal olika motiveringar anfördes till stöd härför. Tydligt är, att ordföranden i vederbörande brandstodskommitté gjort sig skyldig till försummelse: försäkringstagaren hade bort föreläggas att bringa de nu ofullständiga handlingarna i fullständigt skick samt att i övrigt förfara på visst angivet sätt. Det ansågs emellertid — för att nu hålla sig till HD-domen — att bolagets anmärkta passivitet icke »skäligen» borde medföra, att försäkringstagaren bleve berättigad till ersättning såsom om försäkringen beviljats, enär försäkringstagaren under den avsevärt långa tid som förflutit mellan försäkringsansökningens ingivande och branden icke sökt upplysning om huruvida ansökningen kom-

konossementet, skulle avgöras av domstol i visst främmande land bindande gentemot lastemottagare, som utan invändning mottagit konossementet? — Domstolarna utgingo från att lastemottagaren var bunden. Tvisten gällde dock icke direkt huruvida passivitetsverkan borde erkännas eller ej, utan bestridandet av giltig prorogation grundades, såvitt nu är i fråga, på att — då konossementets utfärdande vore en ensidig rättshandling och intet bakomliggande fraktavtal slutits — något prorogationsavtal, i allt fall något *skriftligt* prorogationsavtal, ej föreläge. Se i detta och därmed sammanhängande ämnen den utförliga framställningen hos *Dennemark a.a. s. 251—280*.

^{17a} Referatet i *NJA* gällde närmast en processuell fråga (om vittnesjäv).

mit under prövning samt han icke ägt giltigt skäl till antagande, att å ansökningen i dess föreliggande skick kunde grundas försäkringsrätt enligt reglementet. (Även försäkringstagaren hade således varit otillbörligt passiv). Motsättningsvis torde ur denna motivering kunna utläsas, att utgången eventuellt skulle blivit en annan, om försäkringstagaren med hänsyn till det sätt varpå han uppfattat reglementets föreskrifter varit i god tro beträffande sin rätt att erhålla försäkringsärsättning utan något hans vidare åtgörande; bolagets passivitet, dess uraktlåtenhet att upplysa försäkringstagaren om hans misstag och förelägga honom åtgärder för bevarande av hans rätt, kunde då ha ådragit bolaget ansvarighet.

NJA 1938 s. 123¹⁸: Försäkringstagare i ett ömsesidigt brandstodsbolag hade inbetalat ett alltför ringa premiebelopp för att hålla försäkringen vid liv, tydligen på grund av feltolkning av försäkringsvillkoren. Ordföranden i bolagets brandstodskommitté för socknen, vilken mottagit beloppet och förstått att försäkringstagaren med detsamma avsett att fullgöra sin ifrågavarande premiebetalningsskyldighet, varken återsände detsamma eller satte sig annorledes i förbindelse med försäkringstagaren. Denne ansågs vid sådant förhållande ha haft grundad anledning till antagande, att han fullgjort vad honom ålegat för att brandförsäkringen skulle vara gällande. Bolaget blev därför, sedan försäkringsfall inträffat, ansvarigt. — Även i rättsfallet NJA 1944 s. 536, som har några beröringspunkter med förevarande rättsfall men också företer stora olikheter, gällde det, huruvida försäkringspremier skulle anses rätteligen betalda, och åberopades å försäkringstagarens sida, att försäkringsbolaget gjort sig skyldigt till passivitet.

NJA 1942 s. 346: Kolimportören A befraktade enligt Baltconcerteparti, »subject stem», ett fartyg för resa med polska kol från Danzig till svensk hamn på villkor att tio hela dagars skriftlig notis om definitivt lastningsdatum skulle lämnas av rederiet (B). I sammanhang därmed träffades mellan A och den underagent C som å B:s vägnar underskrev certepartiet muntlig överenskommelse att, enär stem redan beviljats, notisen skulle lämnas omedelbart. Bestämmelse härom inflöt dock icke i certepartiet. Yrkande nu av A att B, som lämnat notisen först en vecka senare, måtte förpliktas att utgiva skadestånd. Var B bunden av nämnda överenskommelse?

I detta fall hade alltså mellan A samt B:s underagent C först slutits ett befraktningsavtal med det innehåll certepartiet i förevaran-

¹⁸ Rubriken i NJA är mera utförlig än den här gjorda sammanfattningen av tvisteläget.

de avseende hade. Huruvida detta avtal i sig självt var ovillkorligt bindande eller krävde godkännande av B för att erhålla giltighet framgår ej klart av referatet men torde ha mindre intresse, enär B icke synes ha bestritt att certepartiets villkor voro gällande mot honom. Därefter träffades emellertid, enligt den återgivna rubriken, ett ändringsavtal till A:s förmån, för övrigt under medverkan icke blott av C utan även av B:s huvudagent D. (Strängt taget ger referatet intet stöd för att verkligen en överenskommelse härom förelåg utan blott för att A ställt »villkor» om den anmärkta ändringen i befraktningsvillkoren; icke heller detta torde emellertid ha ansetts vara av betydelse för målets utgång.) Frågan var då huruvida denna ändringsöverenskommelse kunde göras gällande mot B. Någon behörighet att å B:s vägnar acceptera berörda ändringsvillkor ägde synbarligen varken C eller D. Ej heller var det tal om att B skulle, efter det han vunnit kännedom om ändringsöverenskommelsen, blivit bunden därav genom sin passivitet med stöd av analog tillämpning av 78, 79 och 89 §§ kommissionslagen. HD ålade dock (med äldste ledamotens utslagsröst) B bundenhet. Grunden var i huvudsak, att B, enligt vad som ansågs utrett, åtskilliga dagar innan han enligt egen uppgift mottagit certepartiet blivit underkunnig om, förutom att stem beviljats, ändringsöverenskommelsens (»villkorets») innehåll men att han ändock icke avvisat den erbjudna befraktningen. B gick alltså med på ett avtal (certepartiet) i vilket, enligt vad han måste ha insett, motparten A till följd av ändringsöverenskommelsen inlade en annan, som han föreställde sig av B godkänd, innebörd. — Minoriteten i HD kom, liksom NRev, till motsatt slut under hänvisning till mellanmannens bristande behörighet att å B:s vägnar bortfrakta fartyget på från certepartiet avvikande villkor och till att B ej heller annorledes, såvitt visats, blivit bunden i vidare mån än som följde av certepartiets innehåll. Detta ställningstagande *kan* förklaras redan med att man icke kände sig övertygad om att B haft sådan vetskap i det relevanta hänseendet som majoriteten i HD med stöd av en utförlig motivering i domen antog.

NJA 1943 s. 66: En socken hade år 1920 skriftligt förbundit sig att bekosta marklösen för visst vägföretag inom socknen. Sedan vägen år 1939 avsynats, har vägföretaget ansetts utfört på ett från vad i förbindelsen angivits så avvikande sätt att förbindelsen ej kunde göras gällande emot socknen. Underinstanserna hade kommit till motsatt resultat under åberopande av passivitetshänsyn: socknen hade icke på något sätt vare sig före vägomläggningens påbörjande eller under det arbetet därmed pågick antytt, att socknen ville anse sig löst från sin förbindelse. — Vägföretaget var uppenbarligen icke i god tro; ändringen i förhållande till vad

socknen åtagit sig måste ha stått klart för företaget. Någon feltolkning av förbindelsen eller annat med socknen träffat avtal var det alltså icke fråga om. Att man på grund av socknens passivitet trott, att socknen skulle åtnöjas med ändringen, var icke i och för sig tillräckligt för passivitetsverkans inträde.¹⁹

NJA 1948 s. 620: Tvist om storleken av ersättning, som skulle utgå för sågningsarbete. Betydelse har tillmätts det förhållandet att den som utfört arbetet måste ha insett, att andra parten utgått från att ersättning ej skulle fordras efter annan grund än den som under en tidigare sågningssäsong varit tillämpad mellan parterna (dispensmål). — Här kombinerades alltså hänsyn till vad som tidigare förekommit mellan parterna (se härom ovan i inledningskapitlet) med hänsyn till den innebörd som ena parten, den andra veterligen, inlagt i ett nu konkludent ingånget avtal.

*NJA 1951 s. 282;*²⁰ Enligt entreprenadkontrakt mellan en vägförvaltning och A utförde A en brobyggnad. I förlitan på ett av vägförvaltningen till säkerhet för en underentreprenör B gjort åtagande, såsom detsamma av honom tolkades, utförde så B vissa till entreprenaden hörande arbeten. Vägförvaltningen hade annan mening om åtagandets innebörd men klargjorde icke detta för B. Vid sådant förhållande lades i målet B:s tolkning av åtagandet, oavsett om den i och för sig var hållbar (tolkningen saknade dock icke *allt* stöd), till grund. I HD:s dom, som ej var enhällig, anfördes sålunda att, enär vägförvaltningen trots sin insikt om B:s inställning icke upplyst denne om att vägförvaltningen i sitt åtagande inlade annan innebörd än den som var för honom bestämmande utan låtit honom utföra arbetet, B:s tolkning måste anses gälla mot vägförvaltningen. — Minoriteten i HD tolkade liksom

¹⁹ Som ett ytterligare och i viss mån typiskt exempel på fall, då passivitetsverkan uteblir på grund av att den kontrahent, som skulle profitera därav, själv har klart för sig, att den tillämpning av avtalet han hävdar skulle innebära en ändring av detsamma, må vidare nämnas

NJA 1895 s. 372: Tvist om betalning för vara, som levererats utan att köparen, på sätt säljaren begärt, yttrat sig om en av denne begärd förhöjning av det pris som angivits i avtalet. Anledningen till förhöjningen var, att säljaren uppenbarligen icke förutsatt en så ekonomiskt betungande avlastningsort som den köparen med stöd av avtalet föreskrivit. Någon svarsplikt ansågs icke åvila köparen. Det inverkade ej, att säljaren i sin nämnda begäran förklarat sig i händelse besked icke lämnades komma att avlasta varan och även sedermera företagit avlastningen.

²⁰ Här givna sammanfattning följer icke rubriken i *NJA*.

underinstanserna åtagandet till förmån för vägförvaltningen och fann (i anledning av ett yrkande grundat bl. a. på förvaltningens culpa in contrahendo, sc. culpa »vid angivande av sina avsikter»), att förvaltningen icke gjort sig skyldig till vårdslöshet av beskaffenhet att ådraga densamma skadeståndsansvar.

NJA 1953 s. 602: Fråga huruvida gentemot säljare, vilken hävt köpet (handelsköp) på grund av att köparen skulle ha gjort sig skyldig till dröjsmål med godsets mottagande och betalning, kunde åberopas, att säljaren lämnat obesvarat ett meddelande från köparen, visande att denne utgått från att under viss förutsättning, som sedermera före hävningen inträffat, säljaren ej skulle vara ovillig att fullgöra leveransen. — HD fann denna säljarens passivitet föranleda, att hävningsrätt på grund av köparens anmärkta dröjsmål icke tillkom säljaren.

Detta ställningstagande kunde synas vara alltför välvilligt mot köparen, om det nu ansågs att han i och för sig var i mora med godsets mottagande och betalning. Innebar icke köparens ifrågasvarande meddelande blott en hemställan om att, i strid mot avtalet, få viss ytterligare tid på sig för att avgöra huruvida han ville mottaga varan eller ej? Att *köpeavtalet* gav köparen rätt att dröja med mottagandet på nämnda sätt föreställde sig tydligen icke ens denne själv. Det skulle alltså blott vara fråga om ett förslag till avtalsändring, vilket borde förfalla när det icke accepterades av säljaren och ej kunde leda till att denne förlorade sin hävningsrätt, detta även om köparen hade skäl att tro att förslaget skulle vinna säljarens gillande.

Emellertid kommer här i betraktande innehållet i ett av säljaren till köparen avlätet brev ett par dagar före köparens berörda meddelande. Där begärde säljaren, under hänvisning till *lagringssvårigheterna* (jfr 34 § köplagen), att före utgången av viss tid erhålla »instruktioner» beträffande godset. Brevet innehöll däremot ingenting om att köpet i och med fristens utgång av säljaren betraktades som hävt. Väl hade säljaren kunnat besvara köparens ifrågasvarande meddelande med en hävningsförklaring; att tolka säljarens brev som ett medgivande till förlängning av tiden för godsets mottagande ytterligare några dagar efter fristens utgång lät sig näppeligen göra. Men köparen var av allt att döma i god tro i sådant hänseende. Han inlade, lät vara utan tillräckliga skäl, i säljarens brev att hävning ej alldeles omedelbart efter det fristen gått till ända skulle ske.²¹ Det ålåg då säljaren att snabbt underrätta

²¹ Han hade såtillvida stöd härför som det åt säljaren i 34 § köplagen tillhandahållna korrektivet förutsätter, att köpet blir bestående och ej häves, vilket har praktisk betydelse åtminstone så länge auktionsförsäljningen ej kommit till utförande.

köparen om att nämnda tolkning av brevet var oriktig, såframt han ej skulle gå sin hävningsrätt förlustig.

NJA 1962 s. 276: S, innehavare av nöjesplats, har telefonledes förhandlat med länsarbetsnämnds artist- och musikerförmedling (W) angående engagemang av dansorkester och därvid erhållit anvisning å viss orkesterledare (J). Sedan härpå s. k. engagemangskontrakt sänts till J och av honom undertecknats, har kontraktet tillställts också S för undertecknande. S har emellertid ej återsänt kontraktet utan först efter längre tid meddelat, att hinder uppkommit för engagemanget. Fråga nu *dels* huruvida för S bindande avtal kommit till stånd vid telefonsamtalet *dels*, vid nekande svar därå, huruvida han i allt fall ådragit sig bundenhet genom passivitet.

Samtliga ledamöter i HD besvarade den förra frågan nekande. S hade icke blivit bunden av vad som förekom vid telefonsamtalet med W. Det hade fastmera då »förutsatts», att ett efterföljande kontraktsundertecknande skulle ske, varmed naturligen icke utsågs, att det slutgiltiga avtal, som det sålunda var överlämnat till parterna att ingå, nödvändigt måste iklädas skriftlig form (se minoritetens i HD klarare uttryckssätt därvidlag).

S ålades emellertid avtalsbundenhet på grund av sin passivitet. Grunderna härför kunde i domen ha uttryckts tydligare. Det anfördes, att anbudet framkallats av S, »som följd av den mellan honom och W preliminärt träffade uppgörelsen», att S måste ha insett, att J utgått från att, därest han icke inom skälig tid avhörde något annat, S stode fast vid samma uppgörelse, samt att S först i slutet av maj 1959, »under åberopande av visst hinder för avtalets fullgörande», givit till känna, att han icke kunde engagera J. Under sådana förhållanden hade S, konkluderades det, blivit bunden i enlighet med uppgörelsen och det honom tillställda kontraktet.

Att J var övertygad om att avtalet gått i lås och att denna hans inställning insetts av S var förvisso icke tillräckligt för att ålägga denne ifrågavarande svarsplikt (jfr ovan s. 21). Ej heller kunde allenast den omständigheten, att det anbud om avtalsslut som förelåg genom det av J undertecknade och S tillställda kontraktet framkallats av S, vara tillfyllest härför (ovan a. st.). Men mot bakgrunden av den *preliminära uppgörelse*, som tillkommit på initiativ av S, kunde nämnda inställning hos J och S:s insikt där- om tilläggas särskild betydelse och anses utgöra skäl för att S skulle vara pliktig att säga ifrån, att han icke längre hade intresse för J:s engagerande.²² Härtill kom att J, när han till slut tog av-

²² Man kom i själva verket rätt nära det fall, att J kunde antagas ha,

stånd från avtalet, som grund härför blott åberopade force majeure och först senare hävdade, att avtal i brist på accept ej kommit till stånd.

Likväl synes i förevarande fall passivitetsverkan ha utsträckt till de yttersta gränserna för vad som juridiskt kan försvaras. Bedömningen var nog, med sin kombination av de skilda hänsyn som talade för sådan verkan, nyanserad i överkant, och rättsfallet var ej fullt »rent». — Minoriteten i HD kom till motsatt resultat på grund av en annan bedömning av vad S insett eller bort (jfr ovan s. 59) inse rörande J:s berörda inställning. — Se ytterligare beträffande förevarande rättsfall *Vahléns* kommentar i »Teori och praxis» s. 375 ff.

Till slut²³ kan som belägg för förekomsten av en rättstillämpning i den riktning varom nu är fråga åberopas åtskillig *arbetsrättslig* rättspraxis. Den kan åberopas t. o. m. a fortiori. Ty arbetsdomstolen går mycket längre än till att i sådana fall, där motparten till den kontrahent som i en avtalsbestämmelse inlagt annan innebörd än den objektivt försvarliga måste ha haft *insikt* om misstaget, ålägga honom upplysningsplikt, skyldighet att undanröja misstaget, vid äventyr att avtalet tillerkännes ett innehåll i överensstämmelse med misstagskontrahentens mening; som dylika »insiktsfall» kunna nämnas AD 1929 nr 18 och 38, 1935 nr 154 och 1943 nr 104. Motiveringen till ett flertal rättsfall synes utvisa

enligt vad S måst förstå, i själva nämnda uppgörelse inlagt, om ej att densamma vore definitiv och omedelbart bindande så dock bindande därest den ej inom kortare tid frånträdde av S. Att J verkligen tolkade uppgörelsen på detta sätt — varvid grunderna för 6 § andra stycket avtalslagen kunnat med starkare skäl åberopas — var väl dock icke styrkt i målet.

²³ Även rättsfallet *NJA 1942 s. 163* är möjligen hit hänförligt. Motiveringen i HD-domen, bakom vilken stodo blott två ledamöter, är dock mycket knapphändig och otydlig, se kommentaren i »Avtalsrättsliga spörsmål» s. 169 f. — Om verkan av kontrahents passivitet vid tolkning av avtal var ytterligare fråga i rättsfallet *NJA 1960 s. 586*. Avtalet var emellertid av säregen natur (det avsåg vård å kommuns åldersdomshem av kvinna, som på egen begäran där intagits).

Det familjerättsliga rättsfallet *SoJT 1952 s. 205* har redan omnämnts ovan i kap. 1 s. 16. Det skulle dock ha betydelse även i förevarande sammanhang, i den mån tankegången bakom avgörandet varit att, även om ifrågavarande avtal angående underhållsbidrag feltolkats av mannen, hustrun genom att så lång tid underlåta att avfordra honom underhållsbidrag finge bära konsekvenserna av att hon icke upplyst honom om hans feltolkning.

att, även om motparten vid kollektivavtals slutande blott *bort* inse ett dylikt misstag, upplysningsplikt ansetts inträda vid enahanda äventyr, AD 1951 nr 8, 1955 nr 35, 1962 nr 5, 12, 29 och 30, jfr ock 1961 nr 7, 1964 nr 26. Ja, man har ej ens stannat vid detta utan antagit en allmän skyldighet för part att vid kollektivavtals ingående klargöra innebörden av ett framlagt avtalsförslag eller av en annorledes intagen ståndpunkt vid risk att eljest motpartens uppfattning i ämnet lägges till grund för tolkningen (»klargörandeplikt»); delvis men också endast delvis har detta visserligen sin motsvarighet på de allmänna domstolarnas område såtillvida som otydlighet i ett avtal ej sällan funnits böra gå ut över den kontrahent som formulerat ifrågavarande avtalsbestämmelse, se t. ex. NJA 1950 s. 86, 1954 s. 573 (ett av anförda tolkningsfakta), 1961 s. 369, 1962 s. 722 (dissenserna i HD). Att närmare ingå på denna klargörandeplikts innehåll enligt den arbetsrättsliga rättsskipningen ligger naturligen utanför ramen för denna avhandling. Hänvisas må till framställningen hos *Schmidt* a.a. s. 128 ff. och *Rodhe* i SvJT 1951 s. 587 f., 1961 s. 254 f. ävensom till de av dessa författare anmärkta rättsfallen; se därutöver AD 1964 nr 22.

II.

Att bekräftelsebrev av i sina huvuddrag den typ som avses i 82 § kommissionslagen, och med en motsvarande uppgift, måste i vid omfattning tillerkännas passivitetsverkan jämväl utanför detta lagbuds tillämpningsområde, är otvivelaktigt. Man kan i själva verket räkna med en allmän rättsregel om att det åvilar mottagaren av ett dylikt bekräftelsebrev, vilken har erinran att framställa mot brevets innehåll, en svars- eller upplysningsplikt. Då erkännandet av bekräftelsebrevs ifrågavarande relevans bottnar i handelsbruk och annan köpmannased från tiden långt före kommissionslagen, är det t. o. m., såsom förut framhållits, icke fullt korrekt att till stöd för regeln åberopa grunderna för sagda lagstaddande. Kvar står dock, att regeln här blivit i ett centralt avseende lagfäst, och det kan icke undvikas att man vid densammas utformning — när det gäller dess förutsättningar och begränsningar — måste taga hänsyn till, om också icke ovillkorligt böja sig för, nämnda legala reglering.

Den reklamations- eller upplysningsplikt varom i 82 §

kommissionslagen är fråga avser ju det fall, att med tredje man träffats avtal eller från honom upptagits anbud genom förmedling av en säljarens handelsagent eller handelsresande. Motsvarande passivitetsregel kan helt visst tillämpas även om huvudmannens representant är av annan art. Men betänkligheter möta ej heller mot att utsträcka passivitetsgrundsatsens användning till de fall, då vederbörande kontrahent (säljare eller köpare eller kontrahent i annat handelsrättsligt mellanhavande) skriftligen bekräftar ett av honom själv med andra parten *muntligen* (inkl. i telefon) slutet avtal resp. ett från denna part i samma ordning mottagen anbuds- eller annan viljeförklaring. För detta har man som nyss antyddes stöd i fast sedvana inom handelslivet. Det lär vara säker praxis, att muntliga överenskommelsers innehåll preciseras i avlåtna bekräftelsebrev och att, om detta innehåll föranleder erinran, mottagaren protesterar där emot. Att skilja mellan de fall, då bekräftelsen avser ens egen tidigare verksamhet för avtalsslut eller införskaffande av anbud etc., och de fall då dylik verksamhet härrör från en representant — annan än handelsagent eller handelsresande — torde i allmänhet icke ifrågasättas och icke heller vara försvarligt. Särskilt när bekräftelsebrevets upphovsman icke är en enskild person utan ett bolag, en förening eller annan juridisk person är en dylik skillnad ock svår att göra. Vid avtalsslutet eller anbudsmottagandet kunna ha medverkat olika organ eller representanter för den juridiska personen — styrelseledamöter, firmatecknare utanför styrelsens krets, ställningsfullmäktige, tjänstemän utan sådan ställning, särskilt utsedda fullmäktige — och det skulle vara irrationellt att icke beträffande bekräftelsebrevs rättsverkningar behandla de nämnda fallen enhetligt.^{23a}

^{23a} I det ovan s. 142 refererade rättsfallet NJA 1939 s. 556 framställdes invändning mot tillämpning av 82 § kommissionslagen på den grund att mellanmannen ej var handelsagent eller handelsresande utan tjänsteman i säljarbolaget. Men såvitt man kan se fäste domstolarna vid bedömningen av spörsmålet om passivitetsverkan ej avseende vid denna invändning.

Måste nu de förutsättningar för och begränsningar av bekräftelsebrevs rättseffekt, som angivas i 82 § kommissionslagen, upprätthållas när passivitetsregeln på detta sätt får en vidsträcktare räckvidd? Det kunde synas naturligt att så borde ske. Vad förut framhållits om att den tidigt i affärslivet erkända grundsatsen om skyldighet att reagera mot bekräftelsebrev av befunnet oriktigt innehåll gör det dock berättigat att ställa och nekande besvara frågan, huruvida denna regel alltid måste, utanför sitt egentliga tillämpningsområde, omgärdas med så många förbehåll och begränsningar, som man för omkring femtio år sedan fann behövliga i de lagreglerade fallen.

Emellertid är det icke lätt att angiva, i vilka hänseenden man bör våga sig på att gå längre i »passivitetsvänlig» riktning än kommissionslagen i sagda paragraf gjort.

Vad sålunda angår kravet på god tro hos den kontrahent, som åberopar motpartens passivitet, är det tveksamt om eftergift i en eller annan form av detta krav skulle kunna göras, särskilt som det behov av komplettering eller utbyggande av vederbörande avtal genom bekräftelsebrev, som må tala för en uppmjukning av kravet, kan på sätt förut visats i viss mån tillgodoses med annan utgångspunkt, nämligen när det gäller tillämpning av passivitetsregeln i 6 § andra stycket avtalslagen (ovan kap. 3 vid not 15 ff). Möjligt är att det kan visa sig vanskligt att alltid respektera kommissionslagens ståndpunkt i detta avseende (s. 138, 184 f).

Svårt är att uttala sig om i vad mån man utanför räjongen för 82 § kommissionslagen måste vidhålla kravet på *förhandlingar* såsom betingelse för passivitetsverkan; innebörden av denna betingelse är i sig själv tämligen oklar. Kärnan i förhandlingsrekvisitet lär vara, att det mellan den bekräftande (eller hans representant) och mottagaren av brevet (eller hans representant) måste faktiskt, och icke blott i den bekräftandes föreställning, ha förekommit visserligen icke ett avtalsslut eller orderupptagande men åtminstone ett förspel till detta, något som *kunnat* leda till vad den bekräftande påstår. Så långt synes detta rekvisit naturligt.

I bekräftelsebrevets natur ligger ju, att man faller tillbaka på ett föregående förlopp mellan kontrahenterna eller deras representanter, och detta påstådda »föregående» måste nu, för att passivitetsregeln skall äga tillämpning, ha *viss* motsvarighet i verkligheten. Nämnade förspel eller föregående må kallas förhandlingar, men åt begreppet förhandlingar torde då böra ges en »rymlig» tolkning, så att icke mycket fordras för att rekvisitet skall anses uppfyllt.

Om ej ens förhandlingar med ett så pass uttunnat innehåll ägt rum, lärer här dryftade passivitetsverkan i anledning av bekräftelsebrev icke inträda. Saken har intresse bl. a. för det fall att den bekräftande, enligt vad av brevet trovärdigt framgår, utgår från att mottagaren är kontrahent i ett rättsförhållande till honom men antagandet är oriktigt; någon skyldighet att korrigera misstaget torde alltså till följd av frånvaron av förhandlingsmomentet i regel ej åvila mottagaren. Rättspraxis synes bestyrka detta.²⁴

²⁴ Följande rättsfall äro av vikt i förevarande hänseende:

NJA 1907 s. 217: Tvist om skyldighet för A att till en firma erlagga betalning för trävaror, som till honom avsänts å järnväg och mottagits av honom men beställts icke av honom utan av B, som åt A utfört ett byggnadsarbete, för vilket virket delvis använts. Firman hade till A översänt en faktura, vari erinrades om att trävarorna beordrats genom B och vari A anmodades att acceptera en bilagd växel å köpeskillingen.

Rättsfallet är skenbart enkelt men i verkligheten svårbedömbart. Domstolarna biföllo firmans talan (dock dissens i HD, se ock NRev). Som domskäl åberopades, att varorna beställts »genom B», att firman levererat dem till A och några dagar därefter översänt nämnda faktura och växel, att A avhämtat varorna från järnvägsstationen, att han utvalt och använt det bästa av dem samt att han icke ens gjort sannolikt, att han protesterat mot fakturan. — Om nu B, såsom troligt är, ansågs ha haft A:s uppdrag (om också icke fullmakt) att göra ifrågasvarande köp från firman, skulle vissa skäl kunna anföras för att A tagit sådan befattning med köpet, att det borde åläggas honom att, sedan han i nämnda ordning vunnit kännedom om firmans missförstånd angående avtalets giltighet mot honom, protestera mot det mot honom framställda kravet (se ovan kap. 7 not 20). Domstolarna gingo dock icke fram på denna linje utan torde närmast ha byggt avgörandet på den särskilda rättsgrund varom ovan kap. 2 not 13 talats, d.v.s. på att

Att det krav på förhandlingarnas återopande i bekräftelsebrevet, som 82 § kommissionslagen uppställer, måste vidhållas även utanför denna paragrafs användningsområde kan knappast med fog påstås. I alla händelser bör rimligen även ett konkludent återopande få duga. Och att det ens skulle vara nödvändigt att, i de fall då en mellanman anlitats, som blivit underkunnig om att varorna ställts till hans förfogande endast under förutsättning att han vore betalningsskyldig för desamma, förfogat över desamma, så att de icke kunde i oförändrat eller oförminskat skick återställas.

Beröringspunkter med detta rättsfall har det icke heller lättolkade rättsfallet

NJA 1931 s. 412: Agent för en firma åtog sig i eget namn leverans, vilken därpå av firman fullgjordes under meddelande i brev till köparen (kronan) att firmans samtidigt översända faktura skulle likvideras till firman, icke till agenten. Då köparen, som lämnade brevet obesvarat och tillställde agenten likvid, emellertid förfogat över varan, dömdes han att till firman utgiva köpeskillingen. — I målet tillämpades vedertagna cessionsgrundsatser analogt (jfr hänvisningen till *NJA 1928 s. 393* i rubriken) såtillvida, att köparen efter mottagandet av anmärkta brev liksom av fakturan icke ansågs kunna med befriande verkan betala till agenten, trots att denne i eget namn slutit avtalet med köparen. Det blev nämligen därigenom utrett, att varorna icke tillhört honom utan firman, och då köparen alltså fick kunskap härom, måste läget i den delen anses jämförligt med en överlåtelse från agenten till firman. (Om riktigheten av ett dylikt ställningstagande synes tidigare ha rått viss tvekan; se det ovan kap. 1 not 13 refererade plenimålet *NJA 1898 s. 543*, jämfört med »konfliktfallet» *NJA 1897 s. 263.*) Men varför ålades icke köparen utan vidare eller dock med hänsyn till att bekräftelsebrevet lämnades obesvarat betalningsskyldighet till den verkliga ägaren, firman, utan måste för denna ansvarighet återopas, att köparen förfogat över varan? Ja, det förre ansågs uppenbarligen uteslutet därför att köparen icke var skyldig att låta mot sig gälla ett mellanhavande med annan än den han förhandlat och slutit avtal med, d.v.s. agenten (se pläderingen i målet). Och att underlåtenheten att opponera mot bekräftelsebrevet icke i och för sig ådrog köparen betalningsskyldighet kan likaledes förklaras av att köparen icke på något som helst sätt haft att göra med firman utan blott med agenten; denna var visserligen firmans representant men han hade icke uppträtt i sådan egenskap utan som sagt sålt varan i eget namn. Det saknades alltså för köparens del det »föregående», som måste till för att passivitetsverkan på grund av bekräftelsebrev skall inträda. Vid sådant förhållande hade köparen kunnat undgå betalningsskyldighet, om han

tas för åvägabringande av avtalsslut, fordra en hänvisning i bekräftelsebrevet till denna mellanmannens verksamhet, kan ej inses. Detta har betydelse bl. a. med hänsyn till fakturas eventuella funktion som bekräftelsebrev under vissa omständigheter, varom nedan.

Tvekan kan i förevarande hänseende yppas jämväl beträffande motbevisningsrätten (82 § kommissionslagen in fine) för den som försummat att rikta någon gensaga mot

icke disponerat över varan på sätt som skett. Han hade haft rätt, om icke att betala till agenten så dock att hävda, att något köprättsligt mellanhavande med firman icke förelåg. Men i dylikt fall hade han måst redovisa varan i oförändrat och oförminskat skick, och detta till rätte ägaren, firman.

På en liknande tankegång vilar synbarligen även *NJA 1946 s. 122*, vilket rättsfall kan schematiskt refereras sålunda: Varor, som enligt entreprenadavtal mellan entreprenören A och byggherren X skulle levereras av A, blevo i stället av misstag levererade av (en annan av X:s entreprenörer) B, hos vilken varorna icke beställts och som X oriktigt, dock icke utan *allt* fog, uppfattade som A:s underentreprenör. Sedan X genom faktura från B bibragts kännedom om att det icke var A utan B som levererat varorna, ställde X, som reklamerade mot fakturan först efter avsevärd tid, icke varorna till B:s disposition utan fortsatte att ändock bruka desamma. X ålades med hänsyn till sistnämnda förhållande betalningsskyldighet gentemot B. — Icke heller här kunde X vare sig direkt eller på grund av sin underlåtenhet att inom kortare tid reagera mot fakturan (om nu överhuvud denna kan jämföras med bekräftelsebrev, se vidare nedan) göras ansvarig gentemot B, med vilken X såvitt ifrågakomna varor angick icke hade haft några förhandlingar eller annat mellanhavande. X hade således, om han velat, ägt betrakta leveransen som sig ovidkommande. Men då borde X, sedan kännedom vunnits om att B var den berättigade, underlåtit att fortsätta att bruka varorna. — En extra komplikation var emellertid att, såvitt man kan se, X redan innan han erhöll kännedom om att leveransen härrörde från B och icke från A erlagt betalning till den senare. I princip gäller visserligen, att det är gäldenärens risk, om han betalar till fel person. Men man kan fråga sig, om icke i förevarande fall konsekvenserna av den felaktiga betalningen hellre borde gå ut över B, som utan anmodan från X och av misstag levererat varorna, än över X, som med stöd av sitt avtal med A ansåg sig befogad att, om så skulle vara förskottsvis, erlagga likvid till denne.

Se i förevarande ämne slutligen det danska rättsfallet UfR 1958 s. 492.

bekräftelsebrevet. Men med hänsyn till de skäl, som enligt vad förut utvecklats förestava denna rätt, torde det vara äventyrligt att låta densamma falla och således i princip tillerkänna bekräftelsebrev konstitutiv verkan.²⁵ Detta gäller även om uppfattningen inom handelslivet skulle anses tendera i motsatt riktning och jämväl vissa praktiska hänsyn onekligen kunna anföras för en dylik mera absolut rättsverkan.

Åtminstone i regel torde man vidare böra stanna för att passivitetsregeln begränsas till att avse klart handelsrättsliga rättsförhållanden. För att åläggas reklamations skyldighet bör alltså vederbörande vara köpman eller dock en kommersiellt förfaren kontrahent.

I anslutning till vad sålunda anförts om en utvidgad tillämpning av den i 82 § kommissionslagen upptagna passivitetsregeln må anmärkas följande rättsfall.^{25a}

NJA 1909 s. 195: Avtal träffades telefonledes om försäljning från A till B av viss kvantitet vete. B bekräftade i både telegram och brev avtalet; i brevet refererades till telefonsantalet och telegrammet. A, som hade annan mening om avtalets innehåll än B, protesterade mot bekräftelsebrevet ungefär en vecka senare. HD fann (med knapp majoritet) detta vara för sent och lade brevets innehåll till grund för avtalet. Att reklamationskravet upprätthölls så strängt som i detta fall torde sammanhänga med köpets utpräglat spekulativa natur. Som man finner var det icke fråga om något av säljarens representant förmedlat avtal utan om en affär som avslutades av intressenterna själva (jfr i detta hänseende även de båda rättsfallen NJA 1901 s. 29 och s. 155). Gångse kutym inom handelsvärlden åberopades under rättegången. I domen antyddes icke att, om A kunnat förebringa motbevisning, passivitetsverkan ej skulle ha inträtt. Det ansågs kanske obehövt, enär dylik bevisning icke synes ha förebragts.

²⁵ Annorlunda dock, i viss utsträckning, *Ussing*, *Aftaler* s. 397, som anser motbevisningsrätten enligt 82 § kommissionslagen sammanhänga med att handelsagenten (handelsresanden) är huvudmannens förtroendeman.

^{25a} Se rörande motsvarande dansk rättspraxis, förutom *Bang a.a.*, *Ussing a.st.*, jfr även Ufr 1920 s. 249, 1923 s. 281, 1961 s. 989. Beträffande norsk rättstillämpning må hänvisas till *Arnholms* rättsfallsredogörelser i *Alminnelig avtalerett* s. 174 ff. och *Privatrett I* s. 302 ff.

Ytterligare märkas^{25b}

NJA 1923 s. 109: Skeppsmäklaren A har telefonledes förhandlat med ett bolag såsom representant för B rörande ett befraktningsavtal, varefter bolaget dels i telegram till A bekräftat befraktningsavtalet dels i brev till A, under återopande av förda underhandlingar, bekräftat samma avtal med angivande i vissa hänseenden av de överenskomna villkoren. A, som icke framställt någon anmärkning mot bekräftelsebrevet, bestred i målet, att bindande avtal kommit till stånd. Denna invändning ogillades av överinstanserna. Avtal ansågs slutet i enlighet med bekräftelsebrevets villkor (och A, som vid avtalsslutet sagt sig handla å annans vägnar men icke visat sig äga behörighet därutinnan, ålades personligen betalningsskyldighet; referatet avser blott denna senare fråga, jfr ovan kap. 3 not 36).

NJA 1930 s. 131: A har i ett brev till B »i anslutning till i går förda underhandlingar» bekräftat, att A skulle, därest C köpte en av B driven rörelse, av B erhålla förmedlingsprovision med viss procent å försäljningssumman. B har — »av förbiseende» — underlåtit att besvara brevet. I mål, som A, efter det B sålt rörelsen till C, anhängiggjort mot B om provisionens utfående, invänder B, att provisionsavtalet skulle ha innehållit, att provisionen skulle utgå endast i händelse försäljningssumman komme att uppgå till visst belopp (betydligt överstigande det av C erlagda). B har ansetts ha haft skyldighet att meddela A, att avtalet enligt B:s åsikt hade annat innehåll än det i brevet angivna, vid äventyr att eljest anses bunden av avtalet sådant det av A bekräftats. (Annat innehåll i avtalet var ej styrkt.)

Rättsfallet, vars rubrik här ordagrant återgivits, talar för sig självt. Grunderna för 82 § kommissionslagen tillämpades klart. A var i och för sig bevisskyldig för att avtalet, det vid sammanträffande mellan kontrahenterna muntligen ingångna avtalet, *icke* innehöll den av B uppgivna provisionsbestämmelsen (jfr plenimålet NJA 1951 s. 1). Men B:s underlåtenhet att reagera mot A:s bekräftelsebrev medförde, att A:s uppgift om innehållet i avtalet togs för god. (Underrätten kom till samma slut under hänvisning till 6 § andra stycket avtalslagen. Detta lagrum passar emellertid icke här, såsom framgår av vad förut sagts om förhållandet mellan de båda passivitetsreglerna.) Tydligt framgår av rättsfallet, se den återgivna rubriken i NJA, att rätten till motbevisning hade stått B till buds.

^{25b} Notisrättsfall förbigås här, liksom i regel eljest. Flera sådana anmärkas av *Cervin a.a.*, bl.a. NJA 1939 A 270 (fråga om anställningsavtal; även andra omständigheter än passiviteten anfördes till stöd för avgörandet).

NJA 1946 s. 602: A har till B enligt orderlista sålt vissa tygpartier att betalas »netto efterkrav». Emellertid har A därefter till B översänt faktura å en del av de sålda tygerna, i vilken angavs att betalning skulle erläggas i förskott, ävensom i brev till B förklarar sig bekräfta en genom telefonsamtal träffad överenskommelse om förskottslikvid. Verkan därav att B underlåtit framställa erinran mot fakturan eller brevet? — Hovrätten erkände passivitetsverkan i förevarande fall, varför det ansågs styrkt, att efter orderse-delns upprättande träffats överenskommelse mellan parterna om förskottslikvid. Men HD kom, på hemställan av NRev, till motsatt resultat, med den snäva motiveringen, att i målet icke kunde anses styrkt, att den i orderlistan intagna bestämmelsen om betalning mot netto efterkrav ändrats genom överenskommelse mellan parterna.

Rättsfallet är svårtolkat, och HD-domens hållbarhet torde kunna vara föremål för olika meningar. Till frågan om betydelsen av B:s passivitet efter mottagandet av *fakturan* återkommer jag strax här nedan. Vad bekräftelsebrevet beträffar är till en början att märka, att A icke ens själv påstod, att det ursprungliga avtalet innefattade bestämmelse om förskottslivid (se referatet s. 602 nedert). Det bekräftelsebrev varom i målet var fråga gällde icke heller det ursprungliga avtalets innehåll. Vad A hävdade var, att vid telefonsamtal dagen före brevet avlåtande B gått med på att betalning skulle erläggas i förskott, och det var detta som bekräftades i brevet. Hade nu B bestritt och A ej kunnat visa, att några förhandlingar förts om ändring av avtalet, skulle passivitetsverkan utan tvivel varit utesluten. I detta fall hade nämligen en av de väsentligaste förutsättningarna för tillämpning av grunderna för 82 § kommissionslagen brustit; kravet på förhandlingar är, såsom vi sett, ett rent objektivet rekvisit för passivitetsregelns användning. En kontrahent behöver icke finna sig i att ett avtals innehåll omgestaltas allenast därför att han, sedan motparten kommit med ett obestyrkt påstående om att det senare förts förhandlingar mellan kontrahenterna om ändring i avtalet, underlåtit att rikta någon gensaga mot vad i ändringshänseende skulle ha avtalats. — Men här förelåg intet uttryckligt bestridande av förhandlingsuppgiften, knappast ens ett konkludent sådant. Det var verkligen troligt, att saken telefonledes varit på tal mellan A och B. Dels påstod B själv, att han redan efter fakturans mottagande opponerat telefonledes mot A:s begäran om förskottsläkvid, dels (vilket ej framgår av referatet men väl av revisionsakten) vitsordade B, att han varit i telefonförbindelse med A några få dagar före sagda bekräftelsebrevs översändande, nämligen i anledning av ett tidigare brev från A (av den 20 januari 1941). Nu var det

visserligen så att parterna jämväl hade tvistat om ett annat, märk dock samtidigt sålt varuparti, och det kunde ju tänkas att telefonförhandlingarna gällde endast detta parti. Men att enbart med hänsyn härtill anse det objektiva förhandlingskravet ouppfyllt skulle väl varit ytterligt formellt.

Den möjligheten föreligger emellertid, att i själva verket en väsentligt annan tankegång varit bestämmande för HD. Man kan ha menat, jfr domsformuleringen, att bekräftelsebrevet ej borde utlösa passivitetsverkan av *den* anledningen, att B i ordersedeln hade ett klart papper på vad avtalet på förevarande punkt innehöll (likvid mot efterkrav, ej i förskott). Därmed återginge bevisbördan till A, och passivitetsregeln vore neutraliserad; hänvisas må till framställningen ovan kap. 8 s. 158 ff. Detta skulle likvisst varit en svårigen välgrundad rättstillämpning. Tanken hade visserligen varit riktig, om man haft ett dylikt »kraftigt motbevis» beträffande vad som förevarit vid det med bekräftelsebrevet åsyftade tillfället. Men motbeviset, ordersedeln, gällde ju det ursprungliga avtalets innehåll, och därom förelåg som sagt ingen tvist. Skulle man resonerat så som nu senast antytts, innebure detta ingenting mindre än att hela regeln om bekräftelsebrevs rättsverkan icke finge tillämpas när frågan är om *ändringsavtal*, även om det vore aldrig så klart, att förhandlingar beträffande avtalsändring förekommit, och bekräftelsebrev i anslutning därtill avlåtits. Något sådant kan ej rimligen antagas.

NJA 1948 s. 283: På uppdrag av A har B, till fullgörande av leveransavtal mellan A och C, till C överlämnat ett parti vax och därvid av C uppburit köpeskillingen. Yrkande nu av C att utfå skadestånd av B bl. a. på den grund att B brutit en överenskommelse, som C påstår ha telefonledes träffats mellan honom och B i anledning av fel i varan, om köpeskillingens innehållande. Verkan av att B icke besvarat ett brev vari C förklarat sig bekräfta, att en sådan överenskommelse av visst innehåll träffats?

I målet ansågs upplyst, att mellan C och B förekommit ett telefonsamtal, därvid träffats en överenskommelse om köpeskillingens innehållande. Det var emellertid av betydelse vad överenskommelsens innebörd närmare bestämt var. I det hänseendet lade HD C:s uppgifter till grund »särskilt» med hänsyn till att B lämnat bekräftelsebrevet obesvarat. Passivitetsverkan godtogs sålunda, och utgången står i överensstämmelse med andra rättsfall rörande relevansen av bekräftelsebrev i kommersiella mellanhananden. Att HD-domens avfattning mera tyder på att B:s passivitet uppfattades som ett bevisdatum för riktigheten av bekräftelsebrevets innehåll än att man ansåg B ha så att säga genom preklusion

förlorat sin rätt (jfr *Rodhe* i SvJT 1951 s. 585), bör nog icke tilläggas större betydelse.

NJA 1961 s. 658: I rättegång, anställd mot kommun av bolaget H såsom rättsinnehavare till bolaget S, gjorde H-bolaget gällande att — sedan S-bolaget avgivit anbud om leverans till kommunen av elspisar och kylskåp, avsedda för egnahem som skulle på entreprenad uppföras för kommunens räkning — det vid visst tillfälle, efter muntliga förhandlingar mellan ombud för S-bolaget och representant för kommunen, träffades avtal om leverans till denna av dylika varor. Invändning av kommunen, att det av H-bolaget åsyftade avtalet icke ingicks med kommunen utan med en dess entreprenör, som närvar och deltog i förhandlingarna. Fråga, då det ej fanns styrkt, att kommunen vid sagda tillfälle slutit något köpeavtal, huruvida kommunen ändock, genom det sätt på vilket den förhållit sig, kunde anses ha ådragit sig betalningsskyldighet för varorna.

Svaret blev i HD jakande (annorlunda hovrätten). Kommunen ålades alltså betalningsansvar gentemot H-bolaget. I domen upptogs, att en del av de elspisar och kylskåp, som omfattades av det omtvistade avtalet men om vilka i målet icke var fråga, hade utkvitterats från järnvägen av kommunen och av S-bolaget fakturerats å denna, att kommunen sedermera erlagt betalning för dessa fakturor, att H-bolaget därefter vid tre tillfällen sänt till kommunen de elspisar och kylskåp som rättegången avsåg, att jämväl dessa utkvitterats från järnvägen av kommunen, att H-bolaget fordrat betalning för varorna enligt två å kommunen utställda fakturor samt att kommunen först efter det entreprenören kommit i konkurs bestritt betalningsskyldighet. Sedan konkluderades, att genom vad sålunda och i övrigt i målet förekommit visserligen icke kunde anses styrkt, att kommunen vid ifrågavarande tillfälle med S-bolaget träffat avtal om köp av elspisar och kylskåp, att H-bolaget emellertid på grund av vad som från kommunens sida åtgjorts i anledning av de tidigare leveranserna hade vid översändandet av de ovanstående varorna haft vissa skäl att antaga, att kommunen vore köpare av dessa, att det vore uppenbart, att H-bolaget utgått därifrån, att kommunen, särskilt med hänsyn till varornas adressering och fakturering å kommunen, måst inse denna bolagets inställning samt att kommunen vid angivna förhållanden och då den utkvitterat varorna icke kunde undgå betalningsskyldighet.

För domslutet återopades alltså ett flertal omständigheter. Kommunen hade såväl positivt som negativt »förhållit sig» på sådant sätt, att ansvar för densamma ansågs böra inträda. Såvitt gäller passivitetsverkan hade kommunen som sagt haft insikt om att H-

bolaget utgått från att kommunen var köpare, och för sin goda tro hade bolaget t. o. m. haft särskilda skäl, även om full bevisning om att kommunen var kontrahent i det genom ifrågavarande avtal uppkomna rättsförhållandet icke förebragts. Det krav på god tro och på motpartens insikt om förhandenvaron därav, som återfinnes både i 6 § andra stycket avtalslagen och i 82 § kommissionslagen, var således ampelt uppfyllt. Det kan också sägas att varorna, som av kommunen efter utkvitterandet överlämnats till entreprenören, måste anses ha, kommunen veterligt, ställts till dess förfogade allenast under den förutsättningen å H-bolagets sida, att kommunen skulle vara betalningsskyldig (jfr kommentaren till rättsfallet NJA 1907 s. 217 not 24 ovan). Att vid avgörandet *blott* stödda sig på den i 6 § andra stycket avtalslagen uttryckta rättsgrundsatsen mötte visserligen svårigheter, enär det icke gällde tolkning av ett avtal, där kommunen ostridigt var part, utan tvist rörde just om kommunens partsegenskap. Kommunen hade, vad åter grunderna för 82 § kommissionslagen angår, deltagit i förhandlingarna om avtalet och hade sålunda blivit engagerad i dess tillkomst. Visserligen hade, vilket också av kommunen underströks i partspläderingen, från säljarsidan försummats att avlåta bekräftelsebrev. Med hänsyn till omständigheterna låg det dock nära tillhands att som ett bekräftelsebrev bedöma de översända fakturorna, varemot kommunen ej inom rimlig tid riktat någon gensaga (jfr nedan om fakturans betydelse i sådant hänseende).

NJA 1962 s. 270: Verkan av underlåtenhet att framställa anmärkning i anledning av orderbekräftelse rörande köp av lös egendom (ej handelsköp)? — Bekräftelsebrevet avsåg vad som förekommit vid visst telefonsamtal med säljarbolagets verkställande direktör, icke någon bolagets försäljare e. d. Före detta samtal hade däremot en representant för bolaget av sistnämnda slag varit i förbindelse med den påstådde köparen; på denna tidigare förbindelse med bolaget kunde dock, såsom framgår av HD-domens motivering, ingen ansvarighet för köparen grundas. Enligt samma dom blev nu denne icke heller ansvarig som följd av sin underlåtenhet att protestera mot bekräftelsebrevet. Detta kan enklast förklaras med att han ej var köpman eller eljest kommersiellt förfaren. I sådana fall är utan tvivel återhållsamhet med anläggande av passivitetshänsyn att anbefalla.^{25c} Motiveringen för avvísandet av passivitetsverkan i detta mål var visserligen rätt intetsägande. Det uttalades endast, att vad i målet, enligt referatet i domen, före-

^{25c} Ett pregnant uttryck härför torde, vad norsk rättstillämpning beträffar, rättsfallet *NRt 1948 s. 827* kunna anses utgöra (vederbörande här t.o.m. så kvalificerade som ingenjörer!) Se referatet hos *Arnholm, Alminnelig avtalerett s. 176*.

kommit icke föranledde till att underlåtenheten att framställa anmärkning mot orderbekräftelsen haft den verkan bolaget gjort gällande. Men man lär ha avsett att antyda, att utgången möjligen kunnat bli en annan, därest det varit så att vid sagda telefonsamtal icke säljarbolagets representant utan i stället köparen uppträtt som den »aktive» kontrahenten och ådagalagt särskilt intresse för avtalet, jfr kommentaren till rättsfallet NJA 1962 s. 276 ovan.

Slutligen må nämnas det kanske alltför »passivitetsvänliga» hovrättsrättsfallet *SuJT 1961 rf. s. 38*: Fråga om verkan av underlåten reklamation gentemot innehållet i en skriftlig orderbekräftelse, avseende vad som förekommit vid ett telefonsamtal mellan säljarfirmans direktör och, såvitt man kan se av referatet, en privatperson, alltså ej köpman eller liknande, angående köp av bil från firman. (Parterna voro av olika mening därom huruvida viss leveranstid avtalats.) Köparen ansågs på grund av sagda underlåtenhet, och då någon motbevisning icke förts mot bekräftelsebrevets innehåll, betalningsskyldig i enlighet med detsamma.

Grundsatsen om passivitetsverkan i anledning av bekräftelsebrev får stor praktisk betydelse även därför, att vissa urkunder, som formellt icke framträda som dylika brev, torde böra bedömas som eller jämföras med dessa. Här syftas främst på de fall då — för dokumenterande av våd som vid ett tidigare avtals- eller anbudstillfälle, muntligen inklusive telefonledes, förekommit mellan kontrahenterna — den ene av dem senare tillställer den andre en slutsedel (slutnota etc.), som med relativ fullständighet upptager avtalsvillkoren. Skyldighet att protestera mot slutsedelns innehåll, därest mottagaren anser innehållet oriktigt, måste alltså även här, lika väl som vid de egentliga bekräftelsebreven, anses åvila denne, vid äventyr att slutsedeln *prima facie* tillerkännes vitsord.

Vad rättspraxis beträffar kan till stöd härför, a fortiori, anmärkas rättsfallet NJA 1901 s. 155. Då slutsedeln emellertid här överlämnades till andra parten redan i omedelbart samband med det föregivna avtalsslutet, skall rättsfallet refereras först senare.

Se ytterligare hovrättsavgörandet *SuJT 1917 s. 41*: I kravmål har svaranden-köparen framställt invändning om motfordran grundad på två köpeavtal, ingångna i telefon och sedermera be-

kräftade av säljaren genom slutsedlar innehållande skiljedoms-klausuler. Äro klausulerna bindande för mottagaren, som under-låtit att anmärka på deras innehåll, så att domstol ej vore behörig att pröva kvittningsyrkandet? — Domstolarna godtogo passivi-tetsverkan, och detta trots att det här gällde något så känsligt som formulärrättsliga skiljedoms-klausuler (jfr NJA 1949 s. 609 och kommentaren till detta rättsfall ovan i kap. 3 s. 61). I målet påstod köparen, att vid avtalstillfällena, telefonsamtalen, aldrig varit tal om tvistens hänskjutande till skiljedom, och såvitt man kan se av referatet gjorde säljaren ej heller gällande, att slutsed-larna härvidlag återgävo avtalsinnehållet. Ätminstone en av slut-sedlarna hade upprättats av mäklare, vilket möjligen hade bety-delse i detta sammanhang.²⁶

Mera diskutabelt kan vara, om en handling, som icke själv gör anspråk på fullständighet utan blott på några enstaka centrala punkter förtecknar avtalsvillkoren, skall ha samma verkan som bekräftelsebrev.²⁷ Att en sådan handling icke motsvarar det bekräftelsebrev, som lagstiftaren vid 82 § kommissionslagen hade i sikte, är uppenbart. Det är emel-lertid ingalunda givet att, såsom dock ofta i utländsk doktrin göres gällande²⁸, handlingens ofullständighet bör ha till följd, att mottagaren ej är skyldig att reagera mot oriktig-heter i de ämnen som dock där regleras. En del olägenheter äro visserligen förbundna med att erkänna sådan passivi-tetsverkan. Ty väl skulle i de hänseenden, varom i den ifrågavarande handlingen *icke* förekomma några uppgifter, en presumption ej komma utfärdaren av handlingen till hjälp;

²⁶ Jfr ock det i *Dennemarks* ovan kap. 3 not 18 anmärkta arbete s. 269 ff refererade rättsfallet 1936 B 418. Lika litet som andra notisrätts-fall bör dock detta tillmätas större principiell betydelse.

²⁷ Spörsmålet kan synas helt analogt med det ovan kap. 8 s. 160 berörda. Naturligtvis är det dock en skillnad mellan frågan om vederbörande handlings passivitetsgrundande effekt och frågan om dess negativa egenskap att, då den åberopas i motbevisningssyfte, neutralisera en eljest inträdande sådan rättsverkan.

²⁸ Se, beträffande »kommissionsnotor» och liknande, framställningen hos *Raiser*, *Das Recht der allgemeinen Geschäftsbedingungen*, 1935 (1961), s. 190 f. Förf. anmärker dock, att tecken finnas som tyda på en rättsutveckling i riktning att tillerkänna även dylika handlingar relevans i passivitetshänseende.

han måste därför räkna med invändningen att avtalet i dessa delar innehåller bestämmelser som utbygga avtalet, komplettera de i handlingen upptagna »stolparna», även i ganska väsentliga stycken. Men skall passivitetsregeln här ha någon mening, måste det antagas att bestämmelserna likväl icke kunna medföra ändring i vad genom utebliven protest mot stolparna »tyst» blivit fastställt som avtalets grundvillkor. Och det är klart, att en dylik uppsplättning av ett avtals innehåll i en del, som skulle taga åt sig giltighet genom passivitet, och en annan del, som icke skulle så göra, kan vara betänkelig. Avtalsvillkor av det ena slaget kunna ju så lätt ha samband med och inverka på avtalsvillkor av det andra utan att detta på förhand låter sig klart överblicka. Icke dess mindre kan ifrågasättas, huruvida enbart sagda brist på fullständighet i avtalshandlingen bör anses sätta passivitetsregeln helt ur spel.

Sistnämnda spørgsmål torde relativt sällan bli aktuellt i andra fall än sådana, där passivitetsregelns tillämplighet jämväl på vissa andra grunder skulle kunna betvivlas. Vad gäller sålunda, om efter ett avtalsslut eller upptagande av anbud, förmedlat av en representant för endera parten, bekräftelsehandlingen tillställts motparten icke av huvudmannen utan av representanten och dessutom icke tillställts honom vid ett senare tillfälle än då avtalet slöts eller anbudet upptogs utan omedelbart efter det detta skett, innan vederbörande skilts åt?

Sådana fall äro vanliga. Lagstiftaren har ock, såsom tidigare framhållits, beträffande avtalsslut eller anbudsmodtagande, förmedlat av en handelsagent eller en handelsresande, räknat med som normalt, att denne vid avtals- eller anbudstillfället till tredje man-köparen överlämnat en skriftlig handling (orderkopia eller vad den nu må kallas), som förtecknar avtalsvillkoren eller vissa av dem. En dylik handling är ofta av den ofullständiga typ som nu åsyftas. Skall då denna handling, som förutsättes icke bli undertecknad av tredje man, bedömas som ett slags bekräftelsebrev, vilket denne — om han är köpman eller kan därmed jämföras —

är skyldig att granska och mot vars innehåll han, då anledning därtill föreligger, har att inom skälig tid reagera vid äventyr att handlingens innehåll *prima facie* gäller mot honom på det för bekräftelsebrev karakteristiska sättet?

Tanken på en sådan passivitetsverkan har säkerligen icke accepterats vid kommissionslagens tillkomst. Hade så skett, skulle de åberopade praktiska skälen för tredje mans reklamationskyldighet enligt lagens 82 § varit i högsta grad försvagade. Det nödläge i bevisningshänseende, vari säljaren tänkts befinna sig, föreligger näppeligen, om tredje man så lätt blir bunden av avtalet eller anbudet som genom försummelse att opponera mot mellanmannens orderkopia. Skulle icke rent av, under denna förutsättning, hela den legala bevisregeln för flertalet fall hänga i luften? Mot en utvidgning av passivitetsregeln till att gälla även i förevarande läge göra sig ock andra betänkligheter gällande. Det är, vad beträffar fall av avtalsslut eller anbudsmottagande under medverkan av handelsagent eller handelsresande, onekligen en viss skillnad mellan det fall, att tredje man genom en särskild handling, härrörande från huvudmannen, blir uppmärksamgjord på att dennes uppfattning om avtalets eller anbudets innehåll är en annan än tredje mans, och det fall att mellanmannen redan vid avtals- eller anbudstillfället sticker i händerna på tredje man en handling som, om den granskas, utvisar att vad däri säges icke överensstämmer med vad mellan honom och mellanmannen förevarit.²⁹ Det förra uppfordrar till ett ställningstagande, kunde man mena, som icke har full motsvarighet vid det senare.

Likafullt är det ovisst, om skillnaden är så betydande,

²⁹ Jfr det i doktrinen ofta återgivna uttalandet inom lagrådet vid tillkomsten av 1950 års lag om rätt för hantverkare att sälja gods som ej avhämtats, att »tryckta klausuler å ett vid beställningen till beställaren lämnat kvitto å godset icke utan vidare innefatta något av honom ingånget avtal» (NJA II 1950 s. 322). Här märkes dock, förutom att uttalandet närmast riktar sig mot vissa formulärrättsliga oarter, att ett kvitto i regel har annat syfte än att klargöra avtalsvillkoren ävensom att det avsedda läget icke är typiskt handelsrättsligt.

att bekräftelsehandlingens passivitetsverkan bör utebliva. De angivna momenten betraktade vart för sig behöva knappast föranleda, att det måste tagas avstånd från sådan rättsverkan. Att en bekräftelsehandling, som härrör från kontrahenten själv, icke överlämnats vid ett senare tillfälle än då avtalet slöts eller anbudet mottogs utan — vid ett rättshandlande *inter praesentes* — strax därefter kan ej gärna motivera, att (den kommersiellt bevandrade) motparten skulle äga lämna densamma utan avseende. Det kan t. o. m. vara så att just den omständigheten att resultatet av vad vid ifrågavarande tillfälle förekommit sammanfattats i en handling som *omedelbart* överlämnats till motparten gör det särskilt naturligt att denne, medan saken är helt aktuell, kontrollerar innehållets riktighet. Om å andra sidan bekräftelsehandlingen översändes till motparten senare, vilket ovan hela tiden förutsatts när det varit tal om bekräftelsebrev, synes det vara extremt att fränkänna densamma effekt blott på den grund att, vid avtalsslut eller anbudsupptagande förmedlat av representant för ena parten, det icke är denna part själv utan hans behörige representant, från vilken brevet härrör. Och det är likaledes vanskligt att övertygande motivera, varför det skulle vara avgörande, att båda dessa moment föreligga i förening, eller i förening ytterligare med bekräftelsehandlingens ofullständighet, om nu denna icke i och för sig anses böra föranleda passivitetsverkans totala underkännande. — Återstår den eventuella invändningen, att åtminstone i de fall, då representanten ej är behörig att sluta avtal utan blott har att upptaga anbud, en bekräftelsehandling emanerande från honom ej bör kunna jämföras med det huvudmannens bekräftelsebrev varom kommissionslagen talar. Men icke ens denna faktor behövde väl fälla utslaget, om hänsyn toges till att vad representanten i dylikt fall skulle bekräfta (anbudets innehåll) ligger inom ramen för hans anbudsomfattande funktion. I den delen är ju även en sådan mellanman behörig.

I ämnet föreligger en rättspraxis, som svårigen kan tydas an-

norlunda än att domstolarna ej ställt sig avvisande till passivitetsgrundsatsens tillämpning även i fall av i nästföregående stycke åsyftad art.

NJA 1901 s. 155: A hävdade att han vid ett besök hos B träffat avtal om att B skulle av honom till angivet pris köpa viss vara, som ock levererats. Till stöd härför åberopade han en av honom själv vid samma tillfälle utfärdad och till B överlämnad slutsedel, enligt vilken han till B sålt den ifrågavarande varan till berörda pris.³⁰ Slutsedeln var icke undertecknad av B. Denne invände, att han till A endast avgivit ett anbud å varan och därvid för leveransen uppställt särskilda villkor, vilka ej uppfyllts. Anbudet hade icke, yttrade han vidare, accepterats av A, varjämte varan när den ankom var av annat slag än i anbudet föreskrivits. Någon mot slutsedeln som sådan riktad protest från B:s sida förekom ej. — Hovrätten fann B icke ha mot slutsedelns innehåll styrkt vad han invänt i målet och ansåg således giltigt avtal slutet i enlighet med slutsedeln. HD (= NRev) åter fann med stöd av vittnesmål styrkt att, för att uttrycka sig kort, B:s invändningar i sak voro riktiga (d. v. s. att det blott rörde sig om ett anbud som icke accepterats etc.). Slutsedeln kunde därför, sades det, icke anses vara av B emottagen under sådana förhållanden, att den mot B:s bestridande utgjorde bevis om ett mellan parterna ingånget bindande avtal. — Rättsfallet är av vikt genom att det visar att HD så tidigt, oavsett att det icke gällde ett bekräftelsebrev i egentlig mening och oavsett att handlingen (av säljaren själv) överlämnades till andra parten redan vid det föregivna avtalstillfället, i princip erkände passivitetsverkan, i det att skyldighet ansågs föreligga för den påstådde köparen att protestera mot slutsedeln. Vad som avgjorde målet till köparens favör var endast den av honom förda motbevisningen rörande vad som i verkligheten försiggått.

NJA 1922 s. 498: I mål om betalning för vara (putsmedel), därå ett bolags handelsresande upptagit order hos Y, invänder Y, att han köpt, icke såsom den Y angående ordern tillställda (men ej av Y undertecknade) handlingen innehåller, angivet antal gross burkar utan endast samma antal burkar. Fråga *dels* om bevisskyldigheten *dels* om verkan därav att Y först efter det han, omkring en månad efter köpslutet, mottagit fakturan gjort anmärkning mot innehållet i ovannämnda, av honom ej tidigare granskade handling.

Rättsfallet är av icke ringa intresse. Oaktat 32 § avtalslagen om-

³⁰ Rubriken i *NJA* lyder: »Yrkande om betalning för varor, vilka levererats enligt en av säljaren utfärdad, av köparen utan anmärkning mottagen slutsedel. Invändning» etc.

nämnes i rubriken i NJA, gällde det icke i första hand frågan om förklaringsmisstag. Huruvida sådant misstag förelåg kunde här som eljest avgöras först sedan det klarlagts vad avtalet i och för sig innefattade, vad som var dess objektivt riktiga innehåll. Här-om hade parterna olika meningar. Då den Y tillställda handlingen icke undertecknats av honom, måste utgångspunkten vara, att det ålåg bolaget att styrka, att det uppgivna antalet *gross* burkar sålts. Underinstanserna funno bolaget ej ha förebragt sådan bevisning och ogillade därför dess talan. Man tycks visserligen ha tänkt sig, att utgången kunde ha blivit en annan, om Y försummat att reklamera mot *fakturan*; denna betraktades i så fall som jämförlig med ett bekräftelsebrev,³¹ jfr nedan. Nu hade likvisst Y protesterat mot fakturan, varför den saken ej blev aktuell.

HD kom i förevarande del till annat resultat. Domstolen fann synbarligen ett avtal slutet med det innehåll som bolaget påstod. Hur kunde detta hävdas? Jo, man torde ha byggt på den orderekopia, som handelsresanden vid avtalstillfället överlämnat till Y, och dennes passivitet i anslutning därtill. Mot *denna* handlings innehåll hade nämligen Y, som var köpman, ej inom skälig tid reklamerat, vadan avtalets innehåll bestämdes i överensstämmelse med handlingen (dock en dissident). Detta ställningstagande var, såsom framgår av det ovan sagda, ingalunda något självklart. Orderekopian var onekligen, såsom argumenterades i målet, ett skriftligt bevis, men eftersom den icke undertecknats av Y, kunde det förfäktas att den visserligen hade kraftigt bevisvärde *mot* bolaget (därest det gällt att i enlighet med 82 § kommissionslagen in fine föra motbevisning)³¹ men icke kunde åberopas till förmån för det-samma. Och något bekräftelsebrev från huvudmannen, bolaget, avseende vad som vid avtalstillfället förekommit, hade icke avlåtits. HD-domen betyder alltså, om rättsfallet här tolkats riktigt, att man företagit en utvidgning av passivitetsgrundsatsen i den riktning, som senast här ovan dryftats.

Om nu alltså avtalet hade det innehåll bolaget gjorde gällande, hade Y gjort sig skyldig till misstag beträffande dess innebörd (förklaringsmisstag). Huruvida detta misstag skulle få rättslig betydelse berodde enligt 32 § avtalslagen på om andra parten, bolaget, insett eller bort inse dess förekomst. Och i *detta* hänseende, när det stod fast att misstagskontrahenten hade avtalets objektiva innehåll emot sig, låg helt naturligt bevisbördan på honom. Bolaget självt var förmodligen i god tro; åtminstone hade motsatsen icke styrkts. Däremot ansågs utrett, att handelsresanden varit i ond tro. Denna onda tro måste, i allt fall med hänsyn till att han tyd-

³¹ Jfr NJA II 1914 s. 323, ovan s. 145.

ligen var avslutningsberättigad, tillräknas bolaget. Resultatet blev därför, att bolaget på denna grund, med tillämpning av sagda miss-tagsregel, till slut fick sin talan ogillad. Det kunde visserligen ha ifrågasatts att, eftersom bolaget självt var i god tro och handelsresanden icke på annat sätt i ond tro än att han *bort* inse Y:s förklaringsmisslag, betydelse borde tillmätas det förhållandet att Y ej reklamerat mot avtalet förrän efter fakturans mottagande, alltså ej inom skälig tid räknad redan från avtalsslutet. Ogiltigheten skulle med andra ord ha varit allenast av angräplighets natur (se ovan kap. 7 vid not 14 ff). Men detta ville HD, om man nu tog saken under övervägande, icke vara med om. Man resonerade sannolikt så, att när nu en gång bolaget via handelsresanden måste anses ha varit i ond tro, »rättsgrund» saknades för en dylik passivitetspåföljd.

Beträffande passivitetsverkan vid avtal förmedlade av *mäklare* hänvisas till framställningen ovan i exkursen efter kap. 3.

Kan såsom bekräftelsebrev medförande reklamations-skyldighet för mottagaren anses även en å denne utställd faktura? Härtill kan svaras både ja och nej. I vissa avseenden fungerar faktura såsom bekräftelsebrev, i andra icke. Den principiella avoghet mot att tillerkänna faktura passivitetsverkan som ofta framträder — dock mera i kontinental doktrin³² än i nordisk — är blott delvis berättigad. Den plägar motiveras med att fakturan, som vanligen icke översändes omedelbart efter köpslutet utan först i samband med att säljaren fullgör sin leveransskyldighet, icke har till syfte att utgöra en bevishandling rörande avtalets innehåll utan har en mera begränsad uppgift. Fakturan hänför sig i främsta rummet, om man bortser från den vanligen kortfattade godsbeskrivning som där förekommer, i huvudsak till *priset* för godset och avser att innefatta, som det stundom heter, en anmaning till köparen att, omedelbart eller vid en senare tidpunkt, fullgöra den betalningsskyldighet som på grund av köpet åvilar honom. Fakturan skulle från den synpunkten icke vara en bekräftelseurkund.

Denna argumentering är överdriven. Att fakturan icke direkt är avsedd att bekräfta avtalsvillkoren hindrar på intet

³² Se, beträffande tysk rättsuppfattning, *Raiser* a.a. s. 196 ff.

sätt, att den dock i rättslivet fungerar som en bekräftelsehandling rörande avtalets innehåll; att ett visst bekräftelse-syfte å säljarens sida ofta föreligger är för resten uppenbart. I ett centralt hänseende är ock fakturans passivitetsverkan legalt fastslagen (6 § köplagen).

Innan detta lagbud och antydda distinktion helt kort beröres, bör framhållas att en faktura kan tänkas fungera som bekräftelsebrev i vissa — under lagbudet icke inrymda — fall, då tvist råder om själva avtalsslutets giltighet. Därest mellan A och B förts muntliga förhandlingar om försäljning av en vara från A till B samt A sedermera till B översänder faktura å varan, torde starka skäl tala för att B, om han vill bestrida att förhandlingarna lett till köpslut, är reklamationskyldig i princip på samma sätt som om fakturan utgjorde ett bekräftelsebrev i egentlig mening, jfr bl. a. förut refererade NJA 1961 s. 658. Att B vid försummad reklamationskyldighet ådrager sig bundenhet enligt avtalet (förutsatt att han är köpman eller därmed likställd kontrahent och ej kan prestera motbevisning), behöver dock naturligen icke utan vidare innebära, att *samtliga* i fakturan influtna bestämmelser komma att binda honom, se strax här nedan.³³

Fakturans passivitetsverkan enligt 6 § köplagen hänför sig, konsekvent nog med hänsyn till dess primära uppgift enligt det nyss sagda, till *priset* för godset. »Varder vid handelsköp», stadgas det, »räkning å godset köparen tillställd, och meddelar han ej så snart ske kan säljaren, att det i räkningen upptagna pris icke godkännes, vare han pliktig att det pris gälda, där det ej visas, att lägre pris blivit bestämt,

³³ I utländsk doktrin har gjorts gällande att, om vid tiden för fakturans mottagande något köpeavtal ännu icke slutits — en obeställd vara har översänts tillsammans med en faktura — utan avtalet kommer till stånd först genom mottagarens tillägnelse av godset e.d., fakturans innehåll skulle *i alla delar* bli bindande för mottagaren (*Raiser a. st.*). Fakturan vore nämligen då att betrakta såsom en avtalshandling. Raiser uppställer samma regel t.o.m. för det fall att varan sänts efter en telefonledes eller eljest muntligen gjord beställning av mottagaren. — Jfr *Ussing*, *Aftaler* s. 397 not 43.

eller ock det som fordrats är uppenbart orimligt». Så långt kände sig lagstiftaren vara på fast mark; i motiven hänvisades ock till »merkantil uppfattning».³⁴ En särskild anledning till passivitetsregeln var därjämte, vilket icke saknar sitt intresse, att det skulle förebyggas att man åt 5 § samma lag (enligt vilken säljaren äger, när intet pris avtalats, inom skälighetens gränser bestämma köpeskillningens belopp) gäve en alltför vidsträckt tillämpning »med förbigående av fakturans betydelse». Meningen var sannolikt, att 6 § jämväl vid handelsköp utan angiven köpeskillning skulle tjäna till att avskära för affärslivet olägliga tvister om prisets skälighet.

Med pris bör naturligen i första hand förstås själva köpeskillningen. Men regeln i 6 § köplagen bör — med den begränsning som följer av att densamma avser att underlätta säljarens bevisbörda, se nedan³⁵ — äga tillämpning, omedelbart eller analogt, även när fakturan reglerar ämnen som eljest ha samband med köparens betalningsförpliktelse, såsom när det gäller tid och modaliteter för likvidens fullgörande, jfr t. ex. SvJT 1918 rf. s. 56 (klausul om betalning mot efterkrav), eller när fråga är om de särskilda utgifter eller kostnader köparen enligt avtalet, utöver köpeskillningen, må ha att vidkännas. Sistnämnda utgifts- eller kostnadsposter kunna ju i prishänseende vara av synnerlig vikt.³⁶

Märkligt är, att något undantag från reklamationsplikten icke göres i nämnda paragraf för den händelse säljaren ej varit, resp. icke kan av köparen antagas ha varit, i god tro om prisets överensstämmelse med vad som avtalats. På denna punkt går lagbudet längre än 82 § kommissionslagen (och 6 § andra stycket avtalslagen). Endast såtillvida komma hänsynen till säljarens onda tro på en omväg till heders, som ett uppenbart obilligt pris ej behöver gäldas. Huruvida

³⁴ NJA II 1906 nr 1 s. 16.

³⁵ *Almén*, köplagskommentaren § 6 vid not 22, § 10 vid not 53 ff.

³⁶ Se den givande framställningen rörande »pris»-begreppet (i vidsträckt bemärkelse) hos *Philippe Kahn*, *La vente commerciale internationale*, 1961, s. 158 ff.

säljarens onda tro eljest städse skall lämnas utan beaktande är väl dock ovisst.³⁷ Ibland kan för övrigt frågan om dylik ond tro icke uppkomma, nämligen i nyss berörda fall då intet pris bestämts i avtalet utan säljaren först genom fakturans översändande utövar sin rätt att fastställa ett (icke oskäligt) pris. — Skyldigheten att reklamera mot fakturans innehåll skall fullgöras redan »så snart ske kan», vilket tydligen sammanhänger med att stadgandet avser allenast handelsköp. Man är dock ense om att tiden visserligen i allmänhet räknas från fakturans mottagande men att köparen i undantagsfall kan få vänta med att reklamera till dess godset kommit fram till honom.³⁸

Av stor betydelse ur principiell synpunkt är, att påföljden av reklamationsförpliktelsens åsidosättande enligt lagrummet icke är mera vittgående än att köparen har motbevisningsrätt, d. v. s. äger styrka att lägre pris blivit bestämt. Förevarande passivitetsregel ligger alltså på samma linje som 82 § kommissionslagen; passiviteten verkar icke konstitutivt. I det hänseendet ha de ofta urgerade hänsynen till behov av klarhet och reda inom handelslivet icke heller här fått göra sig gällande. Passivitetsregelns innebörd inskränker sig med andra ord till att den bevisbörda, som beträffande i paragrafen avsedda ämnen åvilar säljaren, överflyttas å köparen vid dennes försummelse att resa invändning mot fakturan. Köparen har således icke någon olägenhet av sin passivitet, därest han kan övertyga domstolen om att lägre pris blivit bestämt, detta bestämmande må ha skett aldrig så konkludent eller otydligt, se t. ex. SvJT 1917 s. 295 och 1918 rf. s. 54. Däremot hjälper det icke köparen, att han ådagalägger att priset är oskäligt. Att säljaren icke kan tänkas ha föreställt sig, att den oskäligen prisbestämningen överensstämmer med avtalet, är såsom lagen är avfattad åtminstone i regel utan relevans.

³⁷ Jfr *Winroth*, Köp av lös egendom, 1917, s. 29, enligt vilken lagregeln har till »förutsättning», att svek ej utövats av säljaren.

³⁸ *Almén* a. a. § 6 vid not 7 a och b.

I det ovan refererade rättsfallet *NJA 1946 s. 602* åberopade säljaren, förutom bekräftelsebrevet, köparens passivitet efter fakturans mottagande. I och för sig var helt visst bestämmelsen om förskottslikvid i stället för betalning mot efterkrav av beskaffenhet att jämlikt 6 § köplagen föranleda reklamationsplikt för denne. Emellertid gjorde säljaren, såsom förut understrukits, icke ens själv gällande, att fakturan överensstämde med det ursprungliga avtalets innehåll, och även om han hade hävdat något sådant, skulle köparen genom ordersedeln ha förebragt den i 6 § köplagen omtalade motbevisningen. Säljaren åberopade icke heller i målet denna köplagsparagraf. Däremot påstod säljaren, att jämväl fakturan föregåtts av en överenskommelse med köparen om förskottslikvid (alltså en tidigare överenskommelse än den som avsågs med bekräftelsebrevet, se ovan). Men att redan på detta stadium skulle ha förekommit någon förhandling i telefon om avtalsändring bestreds energiskt av köparen och gjordes av säljaren ej ens sannolikt. Därmed fick fakturan ingen självständig betydelse såsom underlag för passivitetsverkan.

Såvitt angår fakturaklausuler, som icke röra priset ens i nämnda vidsträckta mening, är fakturans betydelse i passivitetshänseende begränsad. Vid köplagens tillkomst reagerades skarpt mot det formulärrättsliga missbruket att i fakturor plocka in avtalsvillkor av skiftande art och avvisades uttryckligen ett från »ett antal köpmän» framställt förslag om att fakturans innehåll skulle utgöra underlag för en mera allmän reklamationsplikt. Den ledande synpunkten angavs vara³⁹, att endast sådana klausuler i en faktura skulle vid passivitet å köparens sida bli gällande mot denne, som han med fog kunde vänta att där finna (jfr Almén: fakturans »normala innehåll»); synpunkten föranledde också kravet på att klausulerna skulle förekomma å en plats i fak-

³⁹ Motiven a.st. — Dessutom förmenades, att säljarens befogade anspråk vore tillgodosedda genom föreskrifterna i 22 och 25 §§ (skall väl vara 22—24 §§) i 1855 års förordning angående handelsböcker och handelsräkningar. På dessa föreskrifter, som alltså äga viss betydelse (se från rättspraxis särskilt *NJA 1936 s. 549*) och som ej i allo äro lättolkade, skall här icke ingås. I förbigående må blott anmärkas, att i 22 § tiden för reklamationen är enligt huvudregeln »utan dröjsmål» efter räkningens mottagande, *ej* som Almén i § 6 vid not 15 uppger tre månader därefter.

turan där man kunde ha anledning att söka dem, alltså icke på ett eller annat sätt undanstuckna. Det är klart att denna gränsdragning är mycket vag och ej heller, i den mån ställningstagandet ovillkorligen skulle vara avhängigt av vad som på området är brukligt, fullt tillfredsställande. Tydligt torde under alla omständigheter vara, att även avtalsvillkor, som icke ha något med köparens betalningsförpliktelse att göra, *kunna* höra till fakturans »normala innehåll», såsom när de hänföra sig till leveranssättet. Klausuler som icke rätteligen ha sin plats i fakturan — ehuru de ofta där placeras! — äro däremot bl. a. sådana som innefatta äganderättsförbehåll, föreskriva skiljedomsförfarande eller angå prorogation⁴⁰ och jurisdiktionsfrågor i övrigt. Å andra sidan: vissa uppgifter i fakturan som obestriddigen *höra* till fakturans normala innehåll — t. ex. de som genom angivande av sort och märke uttala sig om godsets beskaffenhet — äro enligt härskande, men knappast otvivelaktigt riktiga, mening av beskaffenhet att icke medföra förpliktelse att reklamera mot fakturan.⁴¹

⁴⁰ Se härom *Dennemark* a. a. s. 260.

⁴¹ Köplagskommentaren § 52 vid not 21 a ff. Almén åberopar för sin åsikt, som enligt vad han vitsordar icke är obestridd i nordisk doktrin, avfattningen av 52 § köplagen (»yppats»). Men det var väl grunderna för 6 § samma lag (jfr kommentaren till denna vid not 18 b—20 b), som ifrågasätta reklamationskyldighet skulle bygga på? Det rör sig ju här om två skilda passivitetsregler; enligt 52 § är påföljden vid eftersättande av reklamationskyldigheten absolut, enligt 6 § inträder blott en, låt vara viktig, omkastning av bevisbördan. Att det i nu avsedda fall i allmänhet skulle kunna sägas, att reklamationsfristen »så snart ske kan» i sistnämnda paragraf vore iakttagen även om köparen dröjt att reklamera ända till godsets framkomst, synes uteslutet; detta påstår ej heller Almén.

Jämväl för de fall då fakturan utvisar mindre *kvantitet* än köparen enligt avtalet, rätteligen tolkat, har anspråk på anser Almén denne icke böra åläggas reklamationsplikt (§ 52 a. st. ävensom i not 86). Men icke heller här dryftas spørgsmålet om en analogi från 6 § köplagen, utan slutsatsen stödes enbart på 52 § samma lag. En tillämpning av grunderna för 6 § köplagen kunde väl i förevarande läge, åtminstone när säljaren måste antagas ha varit i god tro, ha mycket som talar för sig. — Vad nu 52 § köplagen angår tycks Almén anse, att dess tillämp-

Till sist må anmärkas ett par rättsfall, varav man eventuellt kunde sluta sig till att det ansetts åligga mottagaren av en skriftlig *protest* mot bekräftelsebrev skyldighet att reagera mot detta protestbrevs innehåll, vid äventyr att eljest bekräftelsebrevet förlorar sin ifrågavarande rättsverkan. En dylik uttänjning av regeln om passivitetsverkan synes dock icke angelägen. Ha båda kontrahenterna sagt sin mening — den ene genom bekräftelsebrevet, den andre genom protestbrevet — bör knappast ytterligare aktivitet krävas från någondera sidan. Om rättsfallen granskas närmare, lär det också befinnas, att de ej ge anledning till en sådan slutsats som den anförda.

ning i fall då av fakturan framgår, att mindre kvantitet än den avtalade avsänts, är utesluten redan på den grund, att det då icke föreligger någon brist i sagda paragrafs mening utan allenast »partiell mora». Att omständigheterna vid fakturans mottagande kunna utvisa, att säljaren utgår från att den mindre kvantiteten överensstämmer med avtalet och att sålunda det med fakturan avsedda och levererade godset är från hans synpunkt »avlämnat såsom fullt», skulle sakna betydelse, § 50 vid not 20 ff.; det föreläge ändock blott en, låt vara »omedveten», partiell mora, som ej omfattas av annan reklamationskyldighet än enligt 26 § köplagen. Jfr SvJT 1942 rf. s. 2, där motiveringen för hovrättens dom dock knappast, såsom väl varit avsett, återger Alméns tolkning av den otydliga lagregeln.

Helt annan är Alméns inställning till de fall då fakturan utvisar *större* kvantitet än den enligt köparens uppfattning avtalade, § 52 vid not 82 ff. Här anses i allmänhet reklamationskyldighet för denne föreligga (visserligen av skäl som kunde synas ha liknande styrka även vid underleverans) och synbarligen med stöd av grunderna för 52 § köplagen. Men av intresse är, att undantag göres för det fall att den överskjutande myckenheten icke kan antagas vara av säljaren avlämnad till fullgörande av det ingångna avtalet utan säljaren haft insikt om att han levererat obeställd vara, not 82. Här blir det alltså, i enlighet med tankegången i 6 § andra stycket avtalslagen m.fl. passivitetsregler, även enligt Almén (jfr ovan not 14) avgörande huruvida motparten till den vars reklamationskyldighet ifrågasättes varit i god tro eller icke. Beträffande rättspraxis se NJA 1910 s. 54 (obetydlig överkvantitet, särskilda omständigheter i övrigt), 1923 s. 228, där enligt rubriken lades vikt även vid att köparen stått i affärsförbindelse med säljaren (märk ock köparens medgivande, att säljaren kunde ha missuppfattat hans beställning), samt SvJT 1918 rf. s. 56.

NJA 1901 s. 29: Efter muntliga förhandlingar mellan A och B om försäljning till B av viss vara (och tydligen även telegram från A rörande affärens avslutande) bekräftade B sig ha av A köpt varan till angivet pris, med tillägg om betalning genom »tre månaders räntefri accept», varjämte begärdes utfallsprov. A protesterade omedelbart mot nämnda betalningsvillkor, i det han gjorde B uppmärksam på att, då priset blivit bestämt i engelskt mynt, B hade att ordna 90 dagars bankremburs i London. Mot denna protestskrivelse reagerade B icke förrän efter flera veckor, då han hävde köpet under återopande av, förutom underlåtenhet att lämna utfallsprov, att accept av betalningsvillkoren rörande räntefri accept ej avgivits. — HD ansåg, med knapp majoritet och i olikhet mot underinstanserna, B bunden av avtalet med det innehåll A gjort gällande, varvid hänvisades till B:s passivitet efter mottagandet av A:s protestskrivelse. För utgången kan emellertid ha haft väsentlig betydelse, att A:s uppgifter om avtalets innehåll av olika skäl (prisets bestämmande i engelskt mynt, tidigare avtal mellan kontrahenterna) i sig själva voro de ojämförligt sannolikaste, jfr hovrättsdissidentens votum, medan skäl icke sänkades för att B i samma hänseende ej var i god tro. Något mer än en viss *bevisverkan* av B:s berörda passivitet har det förmodligen ej varit fråga om.

NJA 1944 s. 174: Sedan A i brev till B förklarat sig bekräfta föregående dag muntligen avtalat köp från B av viss varukvantitet till angivet pris, har B omedelbart i svarsbrev förklarat att misstag måste föreligga, enär B icke avgivit fast offert. Då A under flera veckor lämnat svarsbrevet utan uttrycklig gensaga, har A gått förlustig den rätt han eventuellt kunde grunda på de förda köpförhandlingarna. — Håller man sig till nu återgivna rubrik i NJA, skulle skyldighet att reklamera föreligga icke blott mot bekräftelsebrev utan även mot brev som innefattar protest mot sådant brev. Ja, det låter som om en försummelse av sistnämnda art t. o. m. skulle ha konstitutiv effekt, så att bekräftelsebrevets upphovsman borde anses ha förlorat sin rätt enligt avtalet, även om han sedan kunde styrka bekräftelsebrevets riktighet. Detta vore en minst sagt hårdhänt tillämpning av passivitetsgrundsatsen. Rubriken synes emellertid i förevarande avseende vilseledande. I HD-domen upptogs tillika det viktiga, för att icke säga avgörande förhållandet, att i tiden efter A:s mottagande av B:s protest B avgivit ett nytt anbud rörande samma vara samt att A *med återopande av sistnämnda anbud* ävensom ett telefonsamtal med B:s direktör accepterat (visserligen genom en accept som avgavs för sent och därför ej kunde föranleda avtalsslut) detta nya anbud. Att A vid sådant förhållande, då han alltså själv varit med

om att så att säga utbyta det gamla avtalsunderlaget mot ett annat, ej kan falla tillbaka på det förra, är intet att förundra sig över. Rättsfallet lär därför icke visa något i den riktning rubriken kan förleda en att tro.

CITERADE RÄTTSFALL

NJA

1875 s. 153	76	1913 s. 315	202, 204
1876 s. 452	37	s. 388	158, 174
1882 s. 318	36	s. 509	12
1886 s. 15	113	s. 553	49
1893 s. 275	76	1914 s. 589	76
1894 s. 341	112	1915 s. 26	195, 197
1895 s. 34	78, 79	1916 s. 148	13
83	98, 175	s. 300	98, 163
s. 372	209	s. 471	63, 176
s. 422	76	s. 583	74, 76
1897 s. 263	19, 217	1917 s. 133	52
1898 s. 543	19, 80, 217	s. 323	11
1899 s. 139	36	s. 331	13
s. 356	36, 130	1918 s. 75	78
1900 s. 510	11	1919 s. 359	204, 205
1901 s. 29	219, 239	1920 s. 113	13
s. 155	219, 225, 230	s. 178	204
1902 s. 54	76	s. 317	74
s. 336	78	s. 385	98, 161, 163
1903 s. 195	154	s. 446	147, 191
1904 s. 492	76	s. 495	197
1905 s. 138	195	1921 s. 24	78
1907 s. 217	36, 216, 224	s. 228	14
s. 283	14	s. 250	79
s. 318	98	s. 357	73
s. 372	77	s. 643	63, 79
1908 s. 316	77	1922 s. 83	79
s. 501	17, 22	s. 235	26
A 183	94	s. 389	59, 191
1909 s. 195	219	s. 495	36, 112
s. 508	110	s. 498	98, 166, 230
s. 534	78	1923 s. 109	220
s. 551	16	s. 228	22, 238
1910 s. 54	238	1923 A 345	113
s. 282	14	1924 s. 458	54
s. 364	166	s. 525	26
s. 592	111	s. 579	17
s. 634	22, 146	1925 s. 346	205
1911 s. 540	195	s. 348	12, 18

	s. 420	101		1939	A 270	220
	s. 444	79, 80		1940	s. 98	13
	s. 685	36			s. 179	198
1926	s. 418	14			s. 631	197
	s. 589	38			s. 687	79, 80
1927	s. 22	36		1941	s. 525	36
	s. 305	130			s. 563	197
	s. 560	80		1942	s. 163	212
	s. 587	197			s. 346	207
1928	s. 44	173			s. 596	16, 186
	s. 70	13		1943	s. 66	208
	s. 393	217		1944	s. 174	239
1929	s. 183	206			s. 429	16
1930	s. 131	220			s. 536	207
	s. 442	104, 125		1945	s. 564	197
1931	s. 320	37		1946	s. 122	36, 218
	s. 412	36, 217			s. 143	14
1932	s. 601	121			s. 146	13, 97
	s. 260	18			s. 225	112
1933	s. 264	113			s. 602	221, 236
1934	s. 365	198		1947	s. 54	18, 204
	s. 533	36			s. 121	14
1935	s. 57	122			s. 206	115, 121
	s. 603	206			A 129	113
	s. 613	15		1948	s. 138	182
1936	s. 334	12			s. 283	222
	s. 431	13			s. 611	204
	s. 549	236			s. 620	209
	s. 584	11		1949	s. 87	36, 56
	s. 602	36			s. 134	179
1936 B	418	55, 226			s. 305	120
1937	s. 113	36			s. 313	37
	s. 151	199			s. 352	110
	s. 180	16			s. 444	14, 16
	s. 235	195			s. 571	112
	s. 524	16			s. 609	56, 61, 226
1938	s. 123	207			s. 640	198
	s. 494	16			s. 664	195
1939	s. 384	195			s. 720	36
	s. 417	112			s. 724	205
	s. 449	15			s. 738	112
	s. 556	142, 185, 214		1950	s. 86	130, 213
	s. 579	14		1951	s. 1	220
	s. 588	36			s. 187	115

s. 282	209	s. 475	115
s. 468	14, 112	1959 s. 471	16
s. 645	171, 177	s. 488	16
s. 654	123	1960 s. 446	122
1952 s. 63	113	s. 586	212
s. 417	110	s. 619	14
1953 s. 570	17, 121	1961 s. 26	12
s. 602	210	s. 183	16
1954 s. 573	213	s. 369	213
1955 s. 247	197	s. 490	197
s. 280	14	s. 658	233
s. 310	115	s. 677	14, 115
s. 544	195	1962 s. 270	224
1956 s. 36	98	s. 276	59, 80, <u>211</u> ,
s. 623	58, 197		225
1957 s. 69	195	s. 722	213
1958 s. 186	114	1963 s. 643	44
s. 282	115	1964 C 228	34
s. 438	15		

SvJT

1917 s. 41	225	1930 rf. s. 69	132
s. 295	235	1931 rf.s. 18	181
1918 rf. s. 2	74	rf. s. 20	142, 185
rf. s. 54	235	rf. s. 49	166
rf. s. 56	234, 238	1932 rf. s. 1	112
1922 rf. s. 73	59	rf. s. 69	102
1923 rf. s. 13	131	1941 rf. s. 42	113
rf. s. 73	20	1942 rf. s. 2	238
1926 r. s. 4	36	1952 s. 205	16, 212
rf. s. 40	176	1961 rf. s. 38	225
1927 rf. s. 17	180	rf. s. 1	14
rf. s. 53	13	1963 rf. s. 35	98
1929 rf. s. 65	112		

Angående rättsfall från *arbetsdomstolen* se »Arbetsrätt» i sakregistret.

Rättelse. Till stöd för framställningen i sista kapitlet borde ytterligare ha refererats rättsfallet *NJA 1955 s. 75* (kvittots passivitetssverkan).

SAKREGISTER

Här upptagas icke ämnen som framgå av kapitelrubrikerna eller som behandlas på så många ställen i arbetet, att hänvisningar i sakregister knappast skulle fylla någon förnuftig uppgift, såsom acceptfrist, bekräftelsebrev, dissens, förutsättning, misstag (förklaringsmisstag), missförstånd, orderkopia (orderlista, ordersedel), "oren" accept, slutsedel, svarsplikt, tolkning, upplysningsplikt.

Abstrakt avtal? 167

Affärsförbindelse 9, 22, 23, 146

Anbudsbegreppet 84

Arbetsbeting 37

Arbetsrätt 13, 15, 18, 42, 71, 77, 211, 212, 213

Arrende 14, 182

Avslutningsfullmakt 97, 102, 154, 163

Avtal utan accept 93

Bank 112, 113

Beställningsfall 95, 100

Bevis, bevisbörda (se ock Motbevisningsrätt) 26, 140, 144, 145, 160, 162, 174, 177, 230, 235

Bevisnöd 137, 159, 228

Bolags- och föreningsrättsliga rättsfall 15, 112, 114, 115

Bud 113, 156

Condictio indebiti 115, 121, 131

Culpa in contrahendo 42, 50, 82, 152, 169, 210

Culpa lata 59

Dispositiv rätt 31, 45, 85, 91, 99, 100, 128, 145

Eftergift 11, 120

»Engagemangskontrakt» 211

Entreprenadkontrakt 209, 218

Faktura 185, 216, 217, 218, 221, 223, 224, 230, 231, 232 ff

»Falsa demonstratio» 198

»Falsus procurator» 118, 128

Familjerättsliga rättsfall 15, 111, 112, 212

- Faran för godset 29
Fastighetsköp, formkrav vid sådant köp 15, 112, 197 ff
Fast offert 98
Formulärrätt 52, 55, 56, 60 ff, 69, 88, 205, 236
Fortlöpande rättsförhållande 13
Fraktavtal 18, 204, 205, 207
Framkallande av anbud 9, 21, 35, 86, 95, 137
Fri rättstillämpning 170
Förening, se Bolags- och föreningsrättsliga rättsfall
Förfalskning 112, 113
Förfrågan enligt 8 § avtalslagen 95, 100
Förhandlingar 140, 142, 152, 157, 162, 164, 206, 215, 216, 217, 218, 221, 223
Försäkringsrätt 20, 174, 178, 179, 206, 207
Förtroendeställning 95
- Generalklausuler 183
Goda seder 9
God tro 54, 55, 99, 116 ff, 128, 138, 184 (samt passim)
- Haagkonferens 51
Handelsbruk, handelssed 41, 66, 94, 98, 130, 137, 143, 164, 213, 219
Handelskommissionärs svarsplikt 23
Handelsrättsligt präglad passivitetsregel 87, 92, 102, 143, 219
Hävning av avtal 66, 74, 75, 76, 80, 100, 122, 210
- »Identifikation» 154, 156 ff, 178, 181
»Intresse» för avtalsslut (jfr ock Preliminär uppgörelse) 31, 35, 141
Isklausul 204
- Kollektiv anslutning till förening 15
Kollektivavtal 77
Konossementsklausul 205
»Konstitutiv» verkan 144, 149, 165, 166, 172, 235
»Kontraktsteorin» 71, 194
Konventionellt formkrav 71, 72, 73, 171
- Lastningsanmälan 207
»Loi uniforme» 51
- Massavtal 171
Medveten »förbättring av avtal» 45, 51
Mekanförbundet 61
Merkantil uppfattning 23, 86, 88, 94, 126, 137, 157, 234

- Mora accipiendi resp. solvendi 210
Mottagande av anbud 97, 127, 154, 156, 169 (samt passim)
Mottagande av betalning 130
Mottagande av prestation 111
Motbekräftelse 186
Motbevisningsrätt 144, 145, 149, 150, 151, 156, 165, 172, 174, 185,
218, 222, 225, 231, 235
»Muntlig» fullmakt, se uppdragsfullmakt
Mäklare 19, 73, 77 ff, 220, 226, 232
- Nullitet 98, 108 ff, 124
Nya lagberedningen 20, 25, 194
- Objektiv passivitetsverkan, begreppet 7
Obligationsrättskommittén 50, 101, 103, 106
Ogiltighetsbegreppet 122
Orderbekräftelse 55 f, 72, 92, 189 (samt passim)
»Organ» för huvudmannen 96, 98
Otilbörligt handlande 178, 183
Otydlighet, bekräftelsebrevs 140, 160, 186
Otydlighet, viljeförklarings 87, 213
- »Perfektion» av avtal 50, 65 ff
Preliminär uppgörelse 211
»Prestationsmomentet» 111, 113, 190
Presumtion för ren accept? 65 ff
Protest mot bekräftelsebrev 238 ff
- Realanbud 30
Reklamationsförfarande 64, 65, 82, 103, 145, 185 (samt passim)
Relativ ogiltighet 108 ff
»Ren» accept 50, 65 ff
Resolutivt villkor vid öppet köp Kap. 2
- Sidolöpare 162 ff
»Självständig» fullmakt 117 ff, 127, 163, 175
»Självständig» viljeförklaring i övrigt 167 ff, 183
Skiljedom, skiljeavtal 55 f, 61 ff, 125, 226, 237
Slutsedelsblankett 98, 124, 137, 158, 161, 163
»Status-quo-grundsatsen» 30
»Stolpar» 169 f, 226 f
Ställningsfullmakt 18, 19, 97, 117, 119
Suspensivt villkor vid öppet köp Kap. 2
Svikligt förfarande 164, 177, 178, 182

Telegraferingsfel 113

Tidigare beteende som grund för passivitetsverkan 18, 26, 209

Tillitsteorin 195

Tillägnelses acceptverkan 36

Toleransfullmakt 18, 130

Tro och heder 9, 57

Undantagskontrakt 14

Underhållsbidrag, underhållsavtal 16

Underlåtenhet att uppgiva medkontrahents namn 79

Uppdragsfullmakt 114, 119, 126

Uppfordran till anbud 72, 84 ff, 92, 191

Uppfordran att ge besked 9, 121, 137, 151, 189, 228

Uttryckligt avståndstagande från passivitetsregel 33, 92

Uppsägning 110

»Utan förbindelse», anbud Kap. 5

*Upplysning -
p. 114 s 200*

Varumäklare, se mäklare

Venire contra factum proprium 168

Viljeteorin 184, 195

»Wissen», »Wissenmüssen» 58

»Wollensbedingung» 29

Vårdnadsplikt 36

Yrkesman 24

Åberopande av förhandlingar, se Förhandlingar

»Årsbonus» 163

Återkallelse av anbud 156

Återkallelse av fullmakt 118

Återpantsättning 12

Åverkan 12 f

Ändringsavtal 26, 128, 208, 222

Öppet köp 27 ff

INSTITUTET
FÖR RÄTTSVETENSKAPLIG FORSKNING

I HJALMAR KARLGREN
Skadeståndsrätt 1: a uppl. 1952.
3:e uppl. 1965
Hft. 28: — Inb. 35: —

II HÅKAN NIAL
Internationell förmögenhetsrätt
Hft. 14: 50

III LARS WELAMSON
Om anslutningsvad och reformatio in pejus
Hft. 16: —

IV KARL OLIVECRONA
Rättegången i brottmål enligt RB
1: a uppl. 1953. 2: a uppl. 1961
Hft. 36: — Inb. 44: —

V GUNNAR LAGERGREN
Delivery of the goods and transfer of property and risk in the law on sale
Hft. 16: 50

VI HJALMAR KARLGREN
Avtalsrättsliga spörsmål
Hft. 17: —

VII HÅKAN NIAL
Handelstolag och enkla bolag
Hft. 36: — Inb. 44: —

VIII PER OLOF EKELOF
Processuella grundbegrepp och allmänna processprinciper
Hft. 19: —

IX LARS WELAMSON
Domvillobesvär av tredje man
Hft. 22: —

X HANS THORNSTEDT
Om rättsvillfarelse
Hft. 20: 50

XI KNUT RODHE
Obligationsrätt
Hft. 55: — Inb. 67: —

XII TORE STRÖMBERG
Åtalspreskription
Hft. 22: —

XIII PER OLOF BOLDING
Skiljeförfarande och rättegång
Hft. 22: —

XIV ÅKE MALMSTRÖM
Föräldrarätt
Hft. 17: 50 Inb. 22: —

XV PER OLOF EKELOF
Rättegång I 1: a uppl. 1957.
2: a uppl. 1963
Hft. 18: —

XVI NILS REGNER
Svensk juridisk litteratur
Inb. 56: 50

XVII NILS HERLITZ
Nordisk offentlig rätt I
Hft. 12: —

XVIII NILS HERLITZ
Nordisk offentlig rätt II
Hft. 22: —

XIX PER OLOF EKELOF
Rättegång II 1: a uppl. 1959.
2: a uppl. 1964
Hft. 21: —

XX HJALMAR KARLGREN
Säkerhetsöverlåtelse
Hft. 29: —

XXI FOLKE SCHMIDT
Tjänsteavtalet
Hft. 32: —

XXII IVAR AGGE
Straffrättens allmänna del I
Hft. 21: —

XXIII HJALMAR KARLGREN
Kutym och rättsregel
Hft. 16: 50

XXIV KARL OLIVECRONA
Rätt och dom
Hft. 25: — Inb. 31: —

XXV LENNART VAHLÉN
Avtal och tolkning
Hft. 31: — Inb. 38: 50

XXVI OLE WESTERBERG
Skatter, avgifter och pålagor
Hft. 36: 50

XXVII PER OLOF EKELOF
Rättegång III
1: a uppl. 1960. 2: a uppl. 1964
Hft. 19: 50

XXVIII SEVE LJUNGMAN —
PER STJERNQUIST
Den rättsliga kontrollen över mark och vatten I
1: a uppl. 1961. 2: a uppl. 1963
Hft. 21: —

XXIX KURT GRÖNFORS
Ställningsfullmakt och bulvanskap
Hft. 39: — Inb. 48: —

XXX IVAR AGGE
Straffrättens allmänna del II
Hft. 27: —

XXXI SIGURD DENNEMARK
Om svensk domstols behörighet i internationellt förmögenhetsrättsliga mål
Hft. 48: —

XXXII LARS WELAMSON
Konkursrätt
Hft. 74: — Inb. 87: —

XXXIII HILDING EEK
Internationell privaträtt
Hft. 16: 50

XXXIV SEVE LJUNGMAN —
PER STJERNQUIST
Den rättsliga kontrollen över mark och vatten II
1: a uppl. 1962. 2: a uppl. 1964
Hft. 19: 50

XXXV PER OLOF BOLDING
Skiljedom
Hft. 25: —

XXXVI NILS HERLITZ
Nordisk offentlig rätt III
Hft. 90: —

XXXVII FOLKE SCHMIDT
Äktenskapsrätt
1: a uppl. 1963. 2: a uppl. 1964.
Hft. 20: —

XXXVIII PER OLOF EKELOF
Rättegång IV
Hft. 18: —

XXXIX AXEL ADLERCREUTZ
Arbetsagarbegreppet
Hft. 38: —

XL IVAR AGGE
Straffrättens allmänna del III
Hft. 22: —

XLI LARS WELAMSON
Konkurs
Hft 21: —