

**Skrifter från
Juridiska Fakulteten
i Uppsala**

16

Kolliderande standardavtal

Ulf Göranson

EJ HEMLÄN

Skriktjener

- | | |
|---------------------------|---|
| 1. Ulf Göranson | Ogiltighet i skräften |
| 2. Ulf Göranson | Studier tillägnade Alvar Nelson |
| 3. Mats Gustafsson | Handel i öst-västhandeln |
| 4. Mats Gustafsson | Ullbehörsreglering |
| 5. Gabriel Michanek | Den svenska miljörättens uppbyggnad |
| 6. Ulf Göranson | Traditionsprincipen |
| 7. Gustav Svensson | Medbestämmande och politisk demokrati |
| 8. G. Bramstång | Offentlighetsrättsliga perspektiv på organisationernas verksamhet |
| 9. Sören Johansson | Rättegången i marknadsdomstolen |
| 10. Martin Wittrock | Föreskriftsmakten |
| 11. Bengt Lindell | Sakfrågor och rättsfrågor |
| 12. Sture Bergström | Förutsebarhet |
| 13. Bertil Wiman | Prissättning inom multinationella koncerner |
| 14. Åke Frändberg | The Structure of Law |
| Mark Van Hoecke
(red.) | |
| 15. Kjell Adolfsson | Köparens hävningsrätt vid fastighetsköp |
| 16. Ulf Göranson | Kolliderande standardavtal |

Juridikbokse

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>

SKRIFTER FRÅN
JURIDISKA FAKULTETEN I UPPSALA

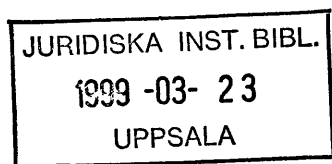
16

Redaktörer: Anders Agell, Robert Boman, Nils Jareborg

Ulf Göranson

Kolliderande standardavtal

Avtalsrättsligt, komparativt och rättsekonomiskt
kring "the Battle of the Forms"



Abstract

Göranson, U, Kolliderande standardavtal. Avtalsrättsligt, komparativt och rättsekonomiskt kring "the battle of the forms". Differing standard form contracts. Contractual, comparative and economical aspects on "the battle of the forms". Iustus Förlag. 190 pp. Uppsala 1988. ISBN 91-7618-110-0. ISSN 0282-2040.

The battle of the forms has so far been given little attention in Nordic law. There are no reported cases on the question and comments in the literature are rare. This study presents various approaches and rules, formed by case law or statutes in the USA, England, FRG, GDR, and the Netherlands. There are also notes on some other countries and on the UN Convention, CISG.

Basic legal foundations of the Nordic law of contract are presented. Special attention is drawn to the question whether a contract is formed; and if so, on what terms. The classical mirror-image-rule, present in civil and common law as well as in the quite uniform Contract Acts of the Nordic countries, is considered to be an undesirable way of governing the present day formation of contracts. Solutions called the first shot and the last shot are discussed. In American and German law the final outcome of a battle of forms situation is often dependent on the frequent use by the parties of a defensive clause. The author, however, prefers a free interpretation of the contractual relation between the parties, drawing support from sociologically determined commercial practice and economically relevant cost theories.

Lawyers may consider the use of arguments, developed in the field of law and economics, to be too complicated for practical and litigation purposes. Therefore, the author gives reasons either for letting the first shot win or for interpreting the contract less freely and more in accordance with statutory provisions in contractual law.

Ulf Göranson, Juridicum, P O Box 512, S-751 20 Uppsala, Sweden.

ISBN 91-7618-110-0

ISSN 0282-2040

© Iustus Förlag, Uppsala 1988

Graphic Systems AB, Göteborg 1988

Förord

”The battle of the forms”, vad är det för slag?

Att kommersiella parter i dag vanligtvis sluter avtal med hjälp av standardiserade formulär innebär ingen nyhet. Och att de därvid ofta använder olika villkorsuppsättningar förefaller också vara en föga förbluffande upplysning. Hur denna kollision mellan skilda standardavtal skall lösas är däremot högst oklart men samtidigt föga berört i inhemsk litteratur. Gällande avtalslag saknar regler, och vägledande praxis förekommer inte hos oss.

Stora delar av denna studie utarbetades under vistelse hösten 1987 vid Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht i Hamburg. Det är glädjande att få tacka dess välvilliga personal och inte minst en av dess direktörer, Professor Dr Hein Kötz, som kom med det stimulerande uppslaget att ta de rättsekonomiska erfarenheterna i särskilt beaktande.

Av professor Jan Hellner har jag mottagit värdefullt kritiska synpunkter på ”battle of forms”-framställningen liksom av deltagarna i det högre civilrättsseminariet vid Uppsala-fakulteten. I främsta slaglinjen har striden där förts av kollegerna Håstad, Persson och Lehrberg. Tack för bombardemangen!

Ytterligare vill jag nämna institutionssekreterarna Ingalill Bülow och Titti Lundmark, som skickligt och med glatt humör deltagit i den datoriska framställningen av denna bok.

Tryckningen har underlättats genom bidrag från Emil Heijnes stiftelse för rättsvetenskaplig forskning.

Uppsala i februari 1988

Ulf Göranson

Innehållsförteckning

Förord 5

Innehållsförteckning 7

Förkortningar 11

1. Inledning 13

1.1 Frågeställningen 13

1.2 Några terminologiska bestämmelser 14

1.2.1 Standardavtal och standardklausul 15

1.2.2 Klausulupplösning 16

1.2.3 Skyddsklausul 17

1.3 Avgränsningar 19

2. Tänkbara lösningsmodeller 24

2.1 Förmögenhetsrättsliga lösningar 24

2.1.1 Dissens medför avtalslöst tillstånd 24

2.1.2 Ena partens villkor tillämpas fullt ut. "First shot" eller "last shot" vinner 25

2.1.3 Klausulupplösning 26

2.1.4 Fri tolkning och utfyllnad 27

2.1.5 Kvasikontrakt 27

2.2 Rättsekonomiska alternativ till avtalsrättsligt synsätt 28

2.2.1 Empiriska undersökningar 29

2.2.2 Ekonomiska analyser 32

2.2.2.1 Tillitsansvar 33

2.2.2.2 Kostnadsaspekter på klausulutformningen 37

3. Utländska erfarenheter 41

3.1 Inledning 41

3.2	USA	42
3.2.1	Lagstiftning	42
3.2.2	Praxis	44
3.2.3	Doktrin	52
3.2.4	Sammanfattning – USA	59
3.3	England	61
3.3.1	Praxis	61
3.3.2	Doktrin	65
3.3.3	Sammanfattning – England	69
3.4	Västtyskland	70
3.4.1	Äldre skolan: Oren accept – ”the last shot”	70
3.4.2	Nyare skolan: Friare tolkning av partsviljan	72
3.4.3	Den senaste praxisutvecklingen	75
3.4.4	Sammanfattning – Västtyskland	79
3.5	DDR	80
3.6	Nederländerna	82
3.6.1	Vilande lagstiftning	82
3.6.2	Doktrin	84
3.6.3	Sammanfattning – Nederländerna	86
3.7	Några övriga rättsområden	87
3.7.1	Kanada	87
3.7.2	Australien	88
3.7.3	Skottland	89
3.7.4	Frankrike	90
3.8	1980 års FN-konvention, CISG	91
4.	Komparativ utvärdering	95
5.	Sverige och övriga Norden	102
5.1	Inledning	102
5.2	Avtalslagen och dess förarbeten	103
5.2.1	6 § 1 st avtalslagen	103
5.2.2	6 § 2 st avtalslagen	104
5.3	Doktrinen	106

5.4	Passivitet, handelsbruk och kvasi-	
	kontrakt – en praxisgenomgång	108
5.4.1	Passivitet	108
5.4.1.1	Allmänt. Metodfrågor	108
5.4.1.2	”Last shot”-modellen	111
5.4.1.3	Klausulupplösning	117
5.4.1.4	Dispositiv lag som utfyllnad	118
5.4.1.5	En allmän tillitsgrundsats	119
5.4.1.6	Sammanfattning	122
5.4.2	Handelsbruk	124
5.4.3	Obehörig vinst och kvasikontrakt	126
5.4.3.1	Obehörig vinst	127
5.4.3.2	Culpa in contrahendo	128
5.4.3.3	Sammanfattning	132
5.5	Sammanfattning – svensk och övrig nordisk rätt	134
6.	Diskussion och lösningsförslag	136
6.1	Inledning	136
6.2	Ändamålsskäl	136
6.2.1	Snabbt och smidigt avtalsslut	138
6.2.2	Partsönskemålenas genomslag	139
6.2.3	Förutsebarhet	140
6.2.4	Minskad ovisshet om kontraktsuppfyllelse	141
6.2.5	Färre rättstvister	142
6.2.6	Sammanfattning – ändamålsskäl	143
6.3	Sociologiska och rättsekonomiska aspekter	144
6.3.1	Viljeteori och skyddsklausul	144
6.3.2	Partsönskemålenas betyde för lösningsmodell	146
6.3.2.1	Partsviljan	146
6.3.2.2	Partstilliten	147
6.3.3	Fri tolkning och utfyllnad som lösningsmodell	149
6.3.3.1	Allmänt om tolkningsdata	149
6.3.3.2	Rättsekonomisk allmän analys	150
6.3.3.3	Tillitsansvar	152
6.3.3.4	Kostnadsanalys	154
6.3.4	Sammanfattning	157

6.4	Avtalsrättsliga aspekter	161
6.4.1	Systematiska hänsynstaganden	161
6.4.2	En övergripande målsättning	163
6.4.3	Olika "shot"-modeller	163
6.4.3.1	"First shot"	164
6.4.3.2	"Last shot"	166
6.4.3.3	"Second shot"	167
6.4.4	Begränsat fri tolkning och utfyllnad	168
6.4.5	Sammanfattning	170
6.5	Sammanfattande notis	172

7. Slutord 174

Bibliografi 179

Rättsfallsregister 185

Sakregister 188

Förkortningar*

AGBG	Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (1976)
AJCL	American Journal of Comparative Law
Am Soc Rev	American Sociological Review
AVLK	Lag (1971:112) om avtalsvillkor i konsumentförhållanden
AVLN	Lag (1984:292) om avtalsvillkor mellan näringsidkare
AvtL	Lag (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch (1896)
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
BJLS	British Journal of Law and Society
CISG	United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (1980)
EWiR	Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht
Fskr	Festskrift, Festschrift etc
GIW	Gesetz über internationale Wirtschaftsverträge (1976)
HD	Högsta domstolen
HovR	Hovrätt
ICLQ	International & Comparative Law Quarterly
JBL	Journal of Business Law
JFT	Tidskrift utgiven av Juridiska Föreningen i Finland
KommL	Lag (1914:45) om kommission, handelsagentur och handelsresande
KTS	Konkurs-, Treuhand- und Schiedsgerichtswesen
NBW	Nieuw Burgerlijk Wetboek
NJA	Nytt Juridiskt Arkiv, avd I
NJM	Nordiska Juritmötet, Förhandlingarna vid

* För sättet att redovisa engelska och amerikanska rättsfall hänvisas till gängse citat-handböcker.

NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NU	Nordisk utredningsserie
Prop	Regeringens proposition
QJE	The Quarterly Journal of Economics
SOU	Statens offentliga utredningar
SvJT	Svensk Juristtidning
UCC	Uniform Commercial Code (1978 Official Text)
UCC L J	Uniform Commercial Code Law Journal
UfR	Ugeskrift for Retsvæsen
Vand L Rev	Vanderbilt Law Review
Va L Rev	Virginia Law Review
WPNR	Weekblad voor Privaatrecht, Notaris-ambt en Registratie
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht

1. Inledning

"This contract is so one-sided that I am surprised to find it written on both sides of the paper."

Lord Evershed, MR

1.1 Frågeställningen

De flesta kommersiella avtal sluts med hjälp av standardvillkor. Utländska undersökningar ger vid handen, att de i flera branscher används i över 90 procent av varu- och tjänsteutbytet. Inte sällan tillämpar båda parter i sin handel egna standardiserade uppsättningar av klausuler. När köpare och säljare båda bifogar sina standardvillkor vid den skriftväxling, som de anser konstitutera avtalsslutet, sker det ofta rutinemässigt. Det är heller inte ovanligt att mottagandet av sådana klausulformulär sker slentrianmässigt och utan att mottagaren sätter sig närmare in i de enskilda bestämmelserna. Glada i hågen börjar parterna agera, var och en efter sitt standardformulär. Viss utländsk erfarenhet säger, att så sker i hela 60 procent av fallen. Vad händer, när parterna av någon anledning tvingas konstatera betydelsefulla skillnader mellan varandras klausuler? Föreligger det över huvud taget ett avtal mellan parterna? Om så är fallet, vilka bestämmelser skall gälla?

Tag följande konkreta *exempel*. En tillverkare av metallelement för byggnadsindustrin beställer från ett stålverk metalledar, som skall specialtillverkas efter köparens detaljerade instruktion. I sin slutliga beställningssedel bifogar köparen sina standardvillkor, som ålägger tillverkaren fullt ansvar för indirekta skador på köparsidan i fall av fel eller dröjsmål hos leverantören. Denne å sin sida bekräftar ordern och bifogar sina standardvillkor, där han friskrivit sig från just sådan skadeståndsskyldighet. Ingen av parterna reagerar mot den andres avtalsformulär. När hälften av metallbeställningen fullgjorts utan problem, råkar leverantören i dröjsmål. Köparen kräver ersättning för omfattande följdskador, eftersom ett stort byggprojekt blivit stillastående. Leverantören svarar med att han inte iklätt sig något sådant ansvar. Är han ersättningsskyldig eller ej?

Den uppkomna kollisionen mellan två olikartade standardvillkor har i den internationella litteraturen kallats "the battle of the forms". Denna praktiska men med gängse avtalsrättsliga metoder svårlösta situation har ägnats förvånande litet utrymme i nordisk doktrin.¹ Kontinental och engelskspråkig litteratur har däremot stött och blött frågan i över två årtionden. Någon direkt träffande praxis har vi inte heller i Norden. Kanske det förklaras av att hos oss uppkommande kommersiella tvister vanligtvis slits skiljedomsvägen. En stor del av framställningen kommer av dessa skäl att ägnas åt beskrivning och analys av utländska erfarenheter av kolliderande standardavtal.

1.2 Några terminologiska bestämmningar

I framställningen har jag stundom sprängt in uttrycket "the battle of the forms", när jag tyckt det vara lämpligt med en variation till det av mig valda, något tungfotade, svenska uttrycket *standardavtalskollision* i varierade former.² För de lösningsmodeller, som diskuterats i engelskspråkig litteratur, har jag ofta behållit "last shot" och "first shot", som beteckningar på att den sist respektive först avsända villkorsuppsättningen skall gälla för parternas mellanhavande.³ Jag tycker mig inte ha funnit några lämpliga svenska motsvarigheter.⁴ Ytterligare en amerikansk term, som dock använts mera sparsamt, är "knock-out"-regeln.⁵ Den innebär att divergerande klausuler skall anses ta ut varandra, varpå det lämnas åt domstol att utfylla avtalet efter eget skön eller enligt dispositiv lag. Medvetet har jag mestadels avstått från termerna anbud och accept, eftersom de onödigtvis för tankarna till avtalslagens individualiserade och mekaniska syn på avtalsslut.

¹ Den nordiska litteraturen på området presenteras i *avsn 5.1* nedan. Sedan denna studie nått korrekturstadiet, har *Ole Lando* publicerat en ganska omfattande artikel i ämnet, *Kampen om formularen*, UfR 1988, B, s 1–12. Där så varit möjligt har hans framställning inarbetats i texten eller notapparaten.

² I en översättning av *Macaulays* kända artikel från 1963 användes uttrycket "blankettstriden" (s 182 ff), som jag medvetet avstått från; jfr nedan *avsn 2.2.1*.

³ En närmare presentation följer i *avsn 2.1.2*.

⁴ Adlercreutz har i *Avtalsrätt II*, s 60, med hänvisning till tyska förebilder använt uttrycket "sista ordets princip", som dock på mig gör ett väl högtidligt intryck.

⁵ Beträffande ortografin har jag här och i vissa andra uttryck valt det amerikanska skrivsättet, eftersom litteraturen på området tveklöst är rikhaltigare i USA än i Storbritannien.

1.2.1 Standardavtal och standardklausul

Numera torde termen *standardavtal* vara den i litteraturen gängse svenska beteckningen på de standardiserade uppsättningar av bestämmelser, som en part använder i sin omsättningsverksamhet, antingen de reglerar hans inköp eller hans försäljning av varor och tjänster. De enskilda avtalens beteckningar kan dock variera starkt, från "Allmänna (leverans/inköps)bestämmelser" eller "Försäljningsvillkor" till "Ordererkännande". Sådana handlingar har alla det gemensamt, att de skall kunna tjäna som en mer eller mindre fullständig avtalstext och att de inte är avsedda för individuella förhandlingar mellan parterna.⁶ För att få variation i texten har jag inte konsekvent använt endast ordet standardavtal utan lika ofta "(standard)villkor" eller "villkorsuppsättning" och någon gång "standardformulär".⁷ De utgör synonymer för en skriftlig handling, som utan nämnvärda särändringar är avsedd att uttrycka parts viljeförklaring med avseende på det avtal han önskar sluta med sin medkontrahent. Det är en annan sak att formuläret i sin tur regelmässigt kompletteras med väsentliga individuella inslag om bl a pris, mängd, betalning och leveranstid.

Från termen standardavtal och dess nyss angivna synonymer har jag medvetet skilt termen (*standard*)*klausul*. Därmed menar jag en *enskild bestämmelse* i en villkorsuppsättning.⁸ Det förhåller sig oftast så vid "the battle of the forms", att parterna tvistar endast om en eller ett fåtal klausuler men sällan om hela avtalets bestånd. Med klausul menas alltså en skriftlig reglering av exempelvis garantitid, hävningsrätt, friskrivning eller skiljeförfarande. Jag har ansett mig kunna använda "klausul" även som gemensam beteckning för skilda bestämmelser rörande olika följder av ett och samma rättsfaktum, särskilt vid kontraktsbrott. Ofta reglerar standardformuläret i separata punkter den rätt till hävning, prisavdrag,

⁶ Jfr Bernitz, Standardavtalsrätt s 2 ff.

⁷ Egentligen är de termerna bättre, eftersom de inte antyder att det redan föreligger ett bindande avtal, grundat på formulärets villkor. "Standardavtal" är tyvärr dubbeltydigt och kan avse både ett obestridligen slutet avtal med villkoren som grund och själva uppsättningen villkor. Men som framgår av nästa not kan också termen villkor betyda två saker.

⁸ Jag är medveten om att terminologin inte är helt förenlig med bruket i 36 § AvtL och i avtalsvillkorlagarna. Där används i stället för "klausul" ordet "villkor" i singularis (särskilt tydligt i 1984 års AVLN, som skrivits efter införandet av ett ohämmat bruk av en obestämd artikel). I handeln brukas dock ofta "villkor" i pluralis som beteckning för hela standardformuläret, exvis "Allmänna resevillkor". Jag har därför ansett "klausul" tydligare för här angivet syfte.

vite eller skadestånd, som kan uppkomma i anledning av fel eller dröjsmål.

1.2.2 Klausulupplösning

Den i studien introducerade termen *klausulupplösning* kan kräva en förklaring. Grundläggande inom avtalsrätten är kravet på två sammanstämmande viljeförklaringar för ett bindande ömsesidigt avtal. Avviker accepten från anbudet, anses den oren. Avtal kan då i princip komma till stånd endast om den orena accepten i egenskap av nytt anbud möts av en ren accept från den förste anbudsgivarens sida. Mönstret är välkänt, och har hos oss uttryckts i 6 § 1 st avtalslagen (AvtL). Avges ingen sådan accept uttryckligt eller konkludent, föreligger dissens mellan parterna. Inget avtal kommer till stånd, om inte särskilda omständigheter, främst passivitet, anses botande. Inom common law talas om avtalsrättens spegelbilsregel, "the mirror-image-rule".

Denna grundläggande avtalsmekanism är föga lämpad att lösa "the battle of the forms". Strikt tillämpad leder den till att varje avvikelse mellan parternas klausuluppsättningar medför dissens och avtalslöst tillstånd, om skillnaderna inte är helt betydelselösa. En sådan inställning har långt fram i vår egen tid präglat de flesta rättsordningarna. Den nordiska avtalsrätten ligger mycket nära detta synsätt, även om vi har en svåröppnad säkerhetsventil i den komplicerade passivitetsregeln i 6 § 2 st AvtL. Det blir anledning att återkomma till detaljerna, när avtalsmekaniken konfronteras med växlandet av standardavtal.

Det är emellertid inte en gång för alla givet, att ett standardavtal skall ses på det "klumpmässiga" sätt, som nyss relaterats.⁹ Man skulle kanske lika gärna kunna påstå, att varje klausul bör betraktas för sig. Om parterna är överens i grundläggande delar, exempelvis varuslag, pris och leveranstid, skall de anses avtalsmässigt bundna till varandra. De motstridiga klausulerna får därefter betraktas för sig inom ramen för en bestående avtalsrelation. Det är denna upplösning av standardavtalet i dess beståndsdelar, som jag avser med termen *klausulupplösning*.¹⁰

⁹ Jfr Hellner, Kommersiell avtalsrätt s 44 f, 47 f.

¹⁰ Klausulupplösningen är väl hos oss föga omstridd. I likartad riktning talar själva strukturen hos generalklausulen i 36 § AvtL, där det sägs att i första hand enskilda villkor (klausuler) skall jämkas, om oskälighet föreligger.

1.2.3 Skyddsklausul

Det är inte ovanligt, att part i sina standardvillkor intar en klausul, som utesluter tillämpning av den andra partens standardbestämmelser. Mer eller mindre framhåvt står det alltså, att avtalet sluts endast på de egna villkoren. I den fortsatta diskussionen kommer denna typ av förbehåll att diskuteras ofta och ingående. En sådan viljeförklaring har tillagts varierad betydelse i utländsk praxis och doktrin.

Jag har inte funnit någon allmänt godtagen svensk term för dessa "exklusivitets"-klausuler. I Tyskland kallas de regelmässigt för "Abwehrklauseln", medan den engelskspråkiga litteraturen uppvisar en rik flora av benämningar, t ex "anti-variation, defensive, exclusive" och "protection clauses".¹¹ Efter att ha provat ett antal översättningsvarianter, såsom försvars- och ändringsförbudsklausul, har jag slutligt fastnat för *skyddsklausul*. Termen lider den bristen att den inte omedelbart förbinder läsaren med ämnesområdet – ändringsförbudsklausul är därvid tydligare – men den har fördelen av att vara kort och en smula snärtig.

Några *exempel* på skyddsklausuler kan vara lämpligt att ta in här. De erbjuder ingen njutbar läsning. Eftersom det från svensk utgångspunkt förefaller främmande att lägga avgörande vikt vid den exakta ordalydelsen hos en klausul av denna art, återkommer jag inte till direkta citat.¹² Klausulens synbarhet för motparten kan däremot vara av större betydelse.

Till egentliga skyddsklausuler räknar jag inte allmänt hållna formuleringar om att villkoren skall gälla, om de inte blivit föremål för individuell omförhandling. På gränsen ligger också inledningsstadgandet till exempelvis det i Norden för maskinleveranser brukade formuläret *NL 85*, som bygger på det vitt tillämpade *ECE 188*: "1. Dessa allmänna leveransbestämmelser skall tillämpas när parterna skriftligen eller på annat sätt avtalat därom. Avvikelser från bestämmelserna måste avtalas skriftligen för att bli gällande."¹³

Bland mera utförliga skyddsklausuler hämtar jag från *amerikansk rätt* formuleringen i ett nedan berört mål om en bristfällig torkanordning.

¹¹ Termerna "exclusion" och "limitation clauses" brukas ofta men är allmännare och inbegriper även andra typer av bestämmelser.

¹² I någon mån annorlunda i common law, jfr nedan *avsn 3.2.2 och 3* om praxis och doktrin i USA.

¹³ Se avtryck hos Bernitz, Standardavtalsrätt s 128.

Det *engelska* exemplet kommer från samlingen av genuina avtal i en handbok om standardavtalsrätt. Det *skotska* fallet citeras ur ett utredningsbetänkande, medan det *tyska* hänför sig till ett i praxisavsnittet närmare diskuterat rättsfall.

*USA*¹⁴

"Acceptance. – – It is understood and agreed that the written acceptance by Seller of this purchase order or the commencement of any work or performance of any services hereunder by the Seller, (including the commencement of any work or the performance of any service with respect to samples), shall constitute acceptance by Seller of this purchase order and of all the terms and conditions of such acceptance is expressly limited to such terms and conditions, unless each deviation is mutually recognized therefore in writing. (Sic)"

*England*¹⁵

"All quotations and Price lists are given and all orders are accepted on these terms, which supersede any other terms in the Sellers' catalogue or elsewhere, and shall override and exclude any other terms stipulated or incorporated or referred to by the Buyer, whether in the order or in any negotiations, and any course of dealing established between the Seller and the Buyer. All orders hereafter made by the Buyer shall be deemed to be made subject to these terms."

*Skottland*¹⁶

"Contracts are made with and orders are accepted by the company only upon and subject to the company's conditions of tender and contract as stated herein. Unless expressly accepted in writing by the company, any variations, qualifications or exclusions of any of these conditions shall be invalid and inoperative. The placing of an order with the company will constitute acceptance of these terms by the customer and these terms shall govern all work done, goods supplied and services rendered by the company."

*Västtyskland*¹⁷

"Abweichende Geschäftsbedingungen. Durch die Annahme unseres Auftrages erklärt der Lieferer sein Einverständnis mit diesen Einkaufsbedingungen. Wird unser Auftrag vom Lieferer abweichend von unseren Bedingungen bestätigt, so gelten auch dann nur unsere Einkaufsbedingungen, selbst wenn wir nicht widersprechen. Abweichungen gelten also nur, wenn sie von uns ausdrücklich schriftlich anerkannt worden sind. Ist der Lieferer mit vorstehender Hand-

¹⁴ *Daitom, Inc v Pennwalt Corp*, 741 F2d 1569, 1575 f.

¹⁵ Yates & Hawkins s 411 nr 1; jfr variationer i sju ytterligare där citerade standardvillkor.

¹⁶ Scottish Law Commission. Consultation paper (Part 2). Contract law – Exchange of standard term forms in contract formation, Edinburgh 1982 (stencil), s 2.

¹⁷ BGH 20 mars 1985, NJW 1985, 1838, 1838 f.

habung nicht einverstanden, so hat er sofort in einem besonderen Schreiben ausdrücklich darauf hinzuweisen. Wir behalten uns für diesen Fall vor, den Auftrag zurückzuziehen ohne dass uns gegenüber Ansprüche irgendwelcher Art gestellt werden können. Unsere Bedingungen gelten auch für künftige Geschäfte, selbst wenn nicht ausdrücklich Bezug genommen ist, sofern sie nur dem Besteller bei einem von uns bestätigten Auftrag zugegangen sind."

I översättning: "Avvikande villkor. Genom att antaga vår beställning förklarar sig leverantören införstådd med dessa inköpsvillkor. Bekräftas vår beställning av leverantören med villkor, som avviker från våra, gäller likväl bara våra inköpsvillkor, även om vi inte skulle reklamera. Avvikelser gäller således endast om de skriftligen har uttryckligt godtagits av oss. Är leverantören inte införstådd med detta förfarande, skall han genast uttryckligt anmärka däremot i särskild skrivelse. Vi förbehåller oss att i sådant fall återkalla vår beställning utan att detta skall föranleda några som helst anspråk mot oss. Våra villkor gäller även för framtida avtal, även om vi inte gjort uttrycklig hänvisning, såvitt de finns tillgängliga hos beställaren på grund av en av oss bekräftad beställning."

Som synes av de citerade skyddsklausulerna, krävs det ett tränat öga för att hänga med i svängarna. Redan efter några ord tröttnas den som inte finner en bisarr njutning i sådant formelspråk. I det fortsatta återkommer jag flera gånger till just detta i standardavtalssammanhang vanliga läge. Även om medkontrahenten oftare än vad som förefaller brukligt skulle *försöka* sätta sig in i den andres villkor, gör han bäst i att tillkalla en jurist för att rätt bli upplyst om bestämmelsens innebörd. För många är säkert förhållandet till de *egna* standardavtalen likartat. Dessa är troligen skisserade av försäljnings- och inköpsavdelningarna men i detaljer utformade av företagsjuristen eller av en utomstående advokat. Småföretagare kan förmodas oftare använda formulär, som tillhandahålls av en branschorganisation. För dessa situationer gäller, att de närmast berörda nog vet hur de vill ha det men samtidigt har svårt att se, om önskemålen tillgodosetts i de för lekmannen föga lättbegripliga formuleringarna.

1.3 Avgränsningar

Denna studie handlar om hur avtalsinnehållet skall bestämmas, då två parter åberopar standardavtal, som har delvis motstridande klausuler. Utväxlingen av formulär kan ske mer eller mindre rutinmässigt. Studien

behandlar främst de fall, då det i parternas mellanhavande inte går att finna klart individualiserade viljeförklaringar. Skulle man trots bruket av standardavtal kunna visa, att parterna verkligen önskat en viss form av exempelvis skadeståndsansvar, skall dess utsträckning självfallet bestämmas av denna ömsesidiga viljeyttring.

Även om ämnet kan synas väl avgränsat, stöter det mot en rad frågeställningar av central art inom avtalsrätten i allmänhet och standardavtalsrätten i synnerhet. Åtskilliga avgränsningar är nödvändiga för att hålla boken inom snäva ramar. För att inte göra läsaren besviken i efterhand bör omtalas vad som inte finns med.

Till det väsentligaste i standardavtalsrätten hör frågan om och hur en viss klausul blir del av avtalet mellan parterna. Den uppkommer både då bägge parter har åberopat leveransbestämmelser och då blott ena parten har gjort det. Spörsmål, som hör denna *inkorporering* till, kommer inte att behandlas. Skälen är flera. Innan bruket av standardavtal blivit så allmänt som i dag, iakttog domstolarna i äldre svensk och utländsk rättstillämpning en ganska restriktiv hållning. Det uppställdes krav på stor tydlighet i hänvisningen och kanske också bifogande av villkorsuppsättningen, för att den skulle anses ingå i avtalet. Eljest gällde dispositiv rätt, om det över huvud taget förelåg en bindning parterna emellan. Synsättet är numera starkt förändrat. Även om vi i Sverige kanske inte gått så långt som till att se vanligt förekommande standardavtal som handelsbruk,¹⁸ ställs låga krav på hänvisning.¹⁹

Det finns visserligen en glidande skala i kravet på hänvisningens tydlighet. Särskilt om en klausul innehåller överraskande eller tyngande villkor har åtminstone äldre praxis ställt högre krav. Denna form av domstolskontroll över klausulers kvalitet brukar kallas dold. Man visar alltså sitt ogillande av bestämmelsen genom att anse den inte vara införlivad med avtalet. Numera torde det normala förfaringssättet hos oss vara att åsidosätta sådana oskäligen bestämmelser med hjälp av generalklausulen i 36 § AvtL, s k öppen kontroll. I förebyggande syfte kan dessa bestämmelser förbjudas för framtiden med stöd av de båda avtalsvillkorslagarna. Att ge ett utökat skydd för konsumenter anses väl numera

¹⁸ Se avsn 5.4.2 nedan.

¹⁹ Det tidigaste ledande prejudikatet är enligt min uppfattning *NJA 1978 s 432* om inkorporering av researrangörs standardavtal redan genom att det var tryckt i broschyr. Målet rörde till yttermera visso ett avtal mellan näringsidkare och konsument. För vidare praxis-exempel, se Bernitz s 22 ff; Hellner s 46 f.

som en allmän rättsgrundsats vid sidan av det stöd som skilda lagbestämmelser ger.²⁰

Det är svårt att tänka sig en standardavtalskollision mellan en konsument och en näringsidkare. Mig veterligen finns det ännu ingen konsumentorganisation, som sätter standardvillkor i händerna på enskilda. En avsevärd del av hela *oskälighetsläran* faller därför automatiskt utanför denna undersökning. Men jag har heller inte ansett det nödvändigt att föra in frågan ens i förhållandet näringsidkare inbördes. Det får alltså bli en utgångspunkt för den fortsatta framställningen, att den tvistiga klausulen inte i sig eller i den aktuella partskonstellationen är oskälighetslig. Då skall den naturligtvis inte tillämpas, men att den underkänns beror inte på hur just "the battle of the forms" avgörs.

En annan här gjord avgränsning är kanske inte lika naturlig. Jag har medvetet avstått från uppdelningen mellan å ena sidan *avtalspreliminärer och förhandlingsstadiet* samt å den andra *bekräftelsehandlingar*, som sänds efter det att ett avtal blivit ingånget genom överensstämmande viljeförklaringar. Detta komplex är förtjänt av en bred undersökning. Hur det löses är självfallet av vital betydelse för frågan om vilka regler som skall gälla för parternas mellanhavande. Spörsmålet är emellertid av generell art, i sig lika för de fall, då parterna kommer fram till ett individuellt bestämt avtal, och de, när standardiserade kontraktsformulär växlas. Om ett standardavtal är så obestämt till sin utformning, exempelvis vad varuslag, mängd, kvalitet och leveranstid beträffar, att det inte anses uppfylla kraven på ett anbud, kan det heller inte få direkt inflytande över utgången av "the battle of the forms". Det kan möjligen tjäna som bevisdatum om parts viljeinriktning. Samma gäller för bekräftelsehandlingar, som skickas "för sent". Båda dessa fall är säkerligen ofta nog av väsentlig betydelse i en enskild tvist om rätta avtalsinnehållet och i sig värda stor uppmärksamhet. I sökandet efter generella regler för en lösning av kollisionen mellan standardavtal blir de däremot inte

²⁰ Se bl a nyss anförda ställen; Adlercreutz, *Avtalsrätt* I s 229 ff och det betänkande av Hellner, som låg till grund för generalklausulen, SOU 1974:83.

centrala.²¹ Inte heller frågor om det rätta innehållet i *oklara* klausuler kommer att behandlas närmare.²²

Passivitet som avtalskonstituerande rättsfaktum är också en alltför vidsträckt frågeställning att behandlas fullt ut i samband med kolliderande standardavtal. I svensk doktrin har generella formler sökts med utgångspunkt i sparsam praxis och med ett legalistiskt synsätt, där passivitetsreglerna hängts upp på analogier från ett antal givna lagstadganden.²³ Oavsett vilken inställning man må ha till hållbarheten i längden hos denna svenska metod, har jag inte funnit det vare sig rimligt eller möjligt att annat än delvis komma in på passivitetsspörsmål.²⁴

"The battle of the forms" fordrar, att vardera parten avgivit åtminstone en viljeförklaring av sådant omfång och bestämdhet att den kan karakteriseras som antingen anbud eller accept. Det skulle därför ligga nära till hands att göra en ingående prövning av förutsättningarna för en tillämpning av 6 § 2 st AvtL. De subjektiva rekvisit, som präglar det stadgandet, gör det emellertid olämpligt i dessa sammanhang, där just den subjektiva föreställningen om avtalsinnehållet med nödvändighet måste anses uttunnat. Inhemsk passivitetspraxis lider också av en fokusering på parternas verkliga vilja och på deras uppfattning av motpartens handlande. Den utgångspunkten är svårförenlig med standardavtalsrättens realiteter.

Från passivitetsfrågor måste skiljas *konkludenta* viljeförklaringar, främst i form av realhandlande såsom avsändande eller mottagande av varor. Sådana omständigheter har tillagts stor betydelse i flera utländska rättsordningar, när dessa sökt lösningar på "the battle of the forms".

Jag har tidigare berört, att det förefaller föga framåtsträvande att betrakta varje avvikelse mellan parternas standardvillkor som ett fall av *dissens* med åtföljande avtalslöst tillstånd. Före prestation från endera sidan är en sådan lösning inte lika ovälkommen som efter det att en vara levererats eller en tjänst börjat utföras. Men erfarenheten visar, att tvist

²¹ En annan viktig anledning för mig att inte särskilt beröra bekräftelsehandlingars inverkan på avtalsinnehållet ligger i att jur kand Torsten Fensby är sysselsatt med ett avhandlingsarbete vid Uppsala-fakulteten om just bekräftelsehandlingar.

²² Jfr *UIR 1986.938 SH*, där fråga var huruvida en friskrivningsklausul fredade även mot egen grov culpa.

²³ De viktigaste formlerna är avtalsbindning med utgångspunkt i 6 § 2 st AvtL och presumerat avtalsinnehåll utifrån 82 § KommL.

²⁴ *Avsn 5.4.1* nedan ägnas dock en undersökning om vissa lösningsmodellens förenlighet med hittillsvarande passivitetspraxis.

sällan uppkommer redan på det tidiga stadiet. I regel upptäcks avvikelserna i klausulutformningen först när det är för sent eller av andra skäl föga rimligt att fordra mellanhavandets upplösning. I stället yrkas bestämmande av det rätta avtalsinnehållet. Framställningen koncentreras på vad man kunde kalla "utfyllnadsfrågor". Hur skall parternas avtalsinnehåll bestämmas? Med hjälp av dispositiv rätt eller efter domarens eget skön, på grundval av endera sidans standardklausuler eller genom en sammanjämkning av dessa?

I vissa fall har det emellertid förekommit en så tydlig reaktion från ena partens sida, att den med nödvändighet måste anses utgöra en klar och otvetydig *reklamation*. Om den som mottagit sådana protester likväl presterar, kan jag mycket väl tänka mig att förorda rättsföljden *dissens* med åtföljande återgång. Den ekonomiska förlust en sådan part skulle göra kan närmast ses som en påföljd för *dolus in contrahendo*. Dessa extremfall i jämförelse med en normal standardavtalskollision behandlas dock endast flyktigt i det fortsatta.

Slutligen nämner jag, att framställningen inte innehåller något om *förutsättningsläran*. Redan det förhållandet, att det visar sig svårt att fånga parts subjektiva uppfattning, när han gör bruk av eller tar emot standardavtal, kan vara skäl nog. Hänsynen till ett långt framskridet avhandlingsarbete på området fordrar dessutom avhållsamhet.²⁵

²⁵ Jur kand Bert Lehrberg förväntas hösten 1988 disputerar på en omfattande studie om förutsättningslärans alla tänkbara tillämpningsområden; jfr Lehrbergs redan publicerade uppsatser i SvJT, 1986 s 249 ff och 1987 s 422 ff.

2. Tänkbara lösningsmodeller

Innan vi närmare betraktar de utländska erfarenheterna av "the battle of the forms", är det lämpligt att i punktform presentera ett antal tänkbara lösningar av konflikten. Först kommer de rent *förmögenhetsrättsliga* modellerna, hämtade från utländsk rättstillämpning och doktrin.¹ Framställningen är stiliserad och tar inte hänsyn till den begränsning domstolen har av parternas yrkanden och grunder. Därefter ägnas ett ganska stort utrymme åt *rättsekonomiska* alternativ.

2.1 Förmögenhetsrättsliga lösningar

2.1.1 Dissens medför avtalslöst tillstånd

Regeln om den orena acceptens verkan som avslag i förening med nytt anbud – i Norden 6 § 1 st AvtL – är stadfäst inte bara i de romerskrättsligt grundade rättsordningarna utan även i common law.² Den avspeglar en *mekanisk* syn på avtalsslut och var väl lämpad i en tid, som ännu inte upplevt standardkontrakt. Man utgick från muntlighet eller en enkel växling av *anbud* och *accept* mellan de kontraherande parterna.³ Vid uteblivet positivt svar på den nya offerten saknades en överensstämmande partsvilja, och det förelåg alltså inget avtal mellan parterna. Detta är utgångspunkten för den första modellen. Om ena parten översänder standardvillkor, som skiljer sig från dem han själv mottagit, har han avgivit en oren accept. Får han inget godkännande svar på detta nya anbud, föreligger dissens. Lösningsmodellen blir då:

¹ Jfr Lando, UfR 1988, B, s 8 ff, där dispositionen av lösningsmöjligheterna gjorts något annorlunda. Se även Adlercreutz, Avtalsrätt II s 60 f; Hellner, Kommersiell avtalsrätt s 49 f.

² Se Schlesinger, RB, m fl, Formation of contracts I–II s 125, 953–1001.

³ "Vi hava äran att offerera Eder..." – "Hänvisande till Eder värderade offert av den...få vi härmed beställa..."

Dissens mellan parterna ger ett avtalslöst tillstånd.

Eftersom den lösningen inte ger svar på frågan hur parterna skall förhålla sig eller uppfylla sina förpliktelser i händelse av redan *gjorda prestationer*, är den opraktisk för nu aktuell frågeställning. Svårigheterna med de kolliderande standardvillkoren uppkommer nämligen som regel först sedan parterna börjat agera som om ett avtal förelåg.

Skulle parterna ännu inte ha *presterat* är lösningen också olämplig. Även små variationer i partsvillkoren ger upphov till ett avtalslöst tillstånd. Det medför i sin tur spekulationsmöjligheter. Om en av parterna plötsligt finner hela avtalsrelationen som sådan oförmånlig – exempelvis vid inträffade pris- eller konjunkturförändringar – kan han dra sig ur förpliktelsen med hänvisning till dissensen.

2.1.2 Ena partens villkor tillämpas fullt ut. "First shot" eller "last shot" vinner

Den mekaniska modellen för avtalsslut kan föras längre. Målet är att få till stånd partsbindning till *endera* av de viljeförklaringar – standardvillkor – som utgått från kontrahenterna. I avsaknad av en konkret accept av ett givet anbud har man då laborerat med *konkludenta viljeförklaringar*, som tagit sig uttryck antingen i ren passivitet eller i realhandlande, vanligtvis i form av protestlöst mottagande av medkontrahentens prestation.

För att den angivna vägen åstadkomma en ömsesidighet, ofta av fiktivt slag, kan man utgå antingen från en viljeteori eller en tillitsteori. Sätts *partsviljan* i centrum, antar man att part verkligen velat acceptera motpartens villkor och uttryckt denna vilja genom realhandlande. Hålls *tilliten* för det väsentligaste, antas part, som inte träffats av direkt gensaga, ha rätt att utgå från att hans viljeförklaring godtagits av medkontrahenten. Slutresultaten skiljer sig inte mycket från varandra, ty ingen av dessa grundinställningar förmår i sig bestämma *vilken* av parterna som går segrande ur "the battle of the forms". För att nå ett bestämt svar har den utländska rättstillämpningen valt att utgå från antingen den *första* eller den *sista viljeförklaringen* i parternas mellanhavande. Med den martialiska terminologin i behåll talas det om "first shot" eller "last shot". Vi får därmed två modeller, som till sin struktur båda bygger på ett avtalsmekaniskt resonemang:

*Det första standardvillkoret skall gälla, om det inte möts av klar rekla-
mation; "first shot" vinner.*

Det sista obestridda standardvillkoret skall gälla; "last shot" vinner.

Karakteristiskt för dessa två modeller är att ena partens villkor skall gälla fullt ut. Lösningarna har inte frigjort sig från det mekaniska synsättet. De bibehåller grundtanken att det i den stundom strida strömmen av handlingar principiellt är möjligt att urskilja ett anbud och en accept. Ofta går det i stället till så, att ena parten sänder ett offertunderlag, som besvaras med en order, varpå sänds en orderbekräftelse. Alla dess tre skrifter kan innehålla standardvillkor eller uttryckliga hänvisningar till sådana.⁴

Modellerna medför att ena parten tvingas att underkasta sig den andres villkor. De förutsätter visserligen ett visst mått av god tro i agerandet. Men det är snarast fråga om en allmän lojalitetsplikt, och för partsbindning krävs inte något som tillnärmelsevis liknar det komplicerade mönster av dubbla subjektiva rekvisit, som hos oss återfinns i 6 § 2 st AvtL.

2.1.3 Klausulupplösning

För att komma till rätta med de sist beskrivna två modellernas statiska synsätt har det utvecklats tankegångar om att man inte borde se standardvillkoren som en odelbar enhet. Båda parternas uppsättning av villkor skall därför lösas upp i sina beståndsdelar. I de fall det finns något så när överensstämmande klausuler, skall dessa tillämpas, stundom efter en viss sammanjämkning. Först då parternas klausuler för den omstridda rättsfrågan är helt oförenliga, skall lösningen sökas på annat sätt. Jag kallar denna modell *klausulupplösande*.

*Överensstämmande klausuler skall tillämpas, oavsett hur man förfar
beträffande de motstridiga.*

Detta förfaringssätt löser förvisso inte så många tvistigheter mellan parterna. Är klausulerna likartade, reder kontrahenterna troligen upp sina mellanhavande utan yttre inblandning. Men den är teoretiskt viktig,

⁴ Flera skrifter är tänkbara. Med den under 1.3 gjorda avgränsningen går jag dock inte in på rena preliminärer, skrifter med reservationer eller "letters of intent"; se härom i Sverige senast Hellner, Kommersiell avtalsrätt s 35 ff med hänvisningar.

eftersom den markerar ett steg bort från den mekaniska synen på avtalslut. Så långt tycks det dessutom råda nästan allmän enighet i de olika rättsordningarna, att denna metod är nödvändig för att förhindra spekulationsfaran med den först relaterade dissensmodellen. Klausulupplösningen gör nämligen att man i flertalet fall kan fastslå, att parterna står i en *avtalsrelation* till varandra. Det bör också understrykas, att modellen mycket väl kan förenas med någon av ”shot”-lösningarna för att ge ett innehåll där klausulerna divergerar.

2.1.4 Fri tolkning och utfyllnad

Slutligen kan man tänka sig lösningar, där inte längre utgångspunkten är parternas viljeförklaringar, så som de uttryckts i standardvillkoren. Man skulle alltså inte vara bunden vid de alternativ som de motstridiga klausulerna ger. I stället överläts det åt den som skall lösa konflikten – domare, skiljemän eller andra – att fritt bestämma kontrahenternas rättigheter och skyldigheter. I den mån det är försvarbart att dra en gräns mellan instituten tolkning och utfyllnad, kan sägas att rättstillämpningen ger möjlighet att använda båda. Det är inte längre fråga om en avtalsmekanisk juridisk metod utan en konfliktlösning, som har stor frihet i valet av tolkningsdata. Målsättningen bör vara att finna ett skäligt avtalsinnehåll med beaktande både av vad som kan utläsas av kontrahenternas egna mellanhavanden och av de föreställningar och den praktik som finns inom branschen och näringslivet i stort. Modellen skulle alltså bli:

Fri tolkning och utfyllnad, i de fall partsklausulerna väsentligt avviker från varandra.

Att här hänvisa endast till *dispositiv rätt* är inte lämpligt. Den kan naturligtvis komma till pass som ett av många tolkningsdata. Men rätteligen hör den samman med den allra första här presenterade modellen, det rena dissensfallet. Stannar man på det stadiet och parterna yrkar på någon form av fullgörelse, som inte bygger på ogiltighetsläran och den negativa relevansen, framtingas en tillämpning av dispositiv rätt. Här upptagen modell ger vidare ramar och större spelrum.

2.1.5 Kvasikontrakt

En sista lösningsmöjlighet, som vunnit viss anslutning i engelsk rätt, håller sig visserligen inom förmögenhetsrättens ram men är inte direkt

avtalsrättslig. Tanken är att man, trots allt, konstaterar dissens och får till resultat ett avtalslöst tillstånd. Men man stannar inte där utan söker andra vägar att binda parterna vid en skälig prestationsskyldighet. Parterna anses stå i ett *kvasikontraktuell*t förhållande till varandra. Sådana för oss förhållandevist vagt kända ersättningsanspråk kan riktas på grund av bl a obehörig vinst, negotiorum gestio eller culpa in contrahendo. Något generaliserat kan man formulera modellen:

Skälig ersättningsskyldighet utan formell kontraktsbindning.

Jag avslutar helt kort med att varken den första eller den sista modellen kommer att stå i centrum för den fortsatta framställningen. Innan jag övergår till en redogörelse för hur de övriga fyra modellerna – ”first” och ”last shot”, klausulupplösning samt fri tolkning – tillämpats i ett ganska stort antal utomnordiska stater, skall jag uppehålla mig med viss utförlighet vid några sociologiska och ekonomiska alternativa synsätt. De berör nära ”the battle of the forms” och kan öka förståelsen för därmed sammanhängande problem.

2.2 Rättseconomiska alternativ till avtalsrättslig lösning

De hittills diskuterade lösningsmodellerna har alla byggt på sedvanlig juridisk grund. Med hjälp av argumentering inom det förmögenhetsrättsliga området har jag presenterat modeller från ett strikt avtalsmekaniskt synsätt kombinerat med passivitetsverkningar till en öppen norm med fri tolkning av ett skäligt avtalsinnehåll. En avstickare till kvasikontraktens värld har också gjorts. Det finns emellertid en annan väg att närma sig ”the battle of the forms”, den *rättseconomiska*. Jag svänger in på denna bana med amatörens nyväckta upptäckarlusta.

Att diskutera förmögenhetsrättsliga problem från en mer eller mindre renodlat ekonomisk utgångspunkt – sociologiska metoder spelar in i varierande omfattning – tog sin sin början i USA med namn som *Calabresi*, *Macaulay* och *Posner*. Även i England och på kontinenten är diskussionen livaktig;⁵ i Sverige företräds den rättseconomiska inriktningen

⁵ Bland introduktioner till ämnesområdet kan inte förbigås Posner, *Economic Analysis of Law* (1972). *International Encyclopedia of Comparative Law* VII, Ch 3, innehåller bidrag av Friedman, Macaulay och Rehinder. Som exempel på den senaste tyskspråkiga debatten

främst av *Werin* och *Skogh*.⁶ Jag gör här inget anspråk på fullständig överblick av detta intresseväckande fält. Det finns emellertid all anledning att tränga djupare in på området, eftersom det kan ge väsentliga upplysningar om de agerande parternas insikter och önskemål. I valet mellan handlingsdirigerande rättsregler och normer, som främst söker ansluta till handelsbruk och sedvänja, kan man enligt min mening inte ta ställning utan tillgång till de resultat som framkommit i sociologisk och ekonomisk forskning.⁷

Även om det inte förekommer vattentäta skott mellan dem, kan man urskilja två skolbildningar, en som drar slutsatser av empiriska undersökningar och en som mera inriktar sig på rent ekonomiska analysmetoder. Jag börjar med en redovisning av några intervjuundersökningar rörande bruket av standardavtal.

2.2.1 Empiriska undersökningar

Macaulays vägröjande studier på området visade,⁸ att de agerande parterna hade ingen eller i vart fall föga planerad strategi, när det gällde frågan om medkontrahentens kontraktsbrott och dess juridiska påföljder. Senare undersökningar har bekräftat bilden.⁹ Det väsentliga är

kan nämnas konferensrapporten "Ansprüche, Eigentums- und Verfügungsrechte" (1984); Schäfer & Ott, *Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts* (1986); Behrens, *Die ökonomischen Grundlagen des Rechts*, (1986). En för svenska jurister nära till hands liggande "Einführung" utgör Kötz, *Unfair Exemption Clauses. An economic analysis*, SvJT 1987 s 473–480.

⁶ Ur deras produktion kan nämnas Werin, *Ekonomi och rättssystem* (1982); Skogh, *Marknadens villkor* (1982). – Ett intressant exempel på tillämpning av kostnadsanalytiska metoder har gjorts av *Lambertz* – såvitt jag vet utan kontakt med den internationella debatten och därigenom desto mera självständigt – i hans för konkursrättstillämpningen banbrytande studie i TSA 1981 s 221–241 om beräkning av företagsintekningsunderlagets storlek.

⁷ Jfr Eckhoffs och Kötz' positiva inställning till juristers egna försök på dessa områden, se Eckhoff, *Rationalitet och empiri* s 35 f; Kötz, SvJT 1987 s 473.

⁸ Först publicerade i 28 Am Soc Rev (1963) s 45 ff och sedermera sammanfattade i *Sociology of law* (1969) s 194–209, på svenska i *Lag, samhälle, individ* (1972) s 179–196; för det fortsatta se särsk s 182 ff i den svenska versionen.

⁹ Se exvis Beale & Dugdale, *Contracts between businessmen: Planning and the use of contractual remedies*, 2 BJLS (1975) s 45–60; Gras, *Standaardkontrakten. Een rechtssociologische studie* (1979) och *De sociale werkelijkheid van het standaardcontract* (1984). Gras' omfattande materialredovisning lider den bristen, att han på köpar/beställarsidan skilt mellan objekten fastighetstillbehör, maskiner och tjänster men på leverantör/säljarsidan slagit samman dessa objekt. Se vidare Waddams rapport till Ontario Law

snarare parternas tilltro till varandra i ett långvarigt handelsförhållande samt tysta överenskommelser i branschen om vad som är rimligt att kräva och inte kräva i form av kompensation. En viktig roll spelar också försök att undvika kostnader för långvariga och intensiva förhandlingar.¹⁰

I stället för att kräva uppgörelse domstolsvägen gäller det att kompromissa, att söka bevara goda handelsförbindelser och ett allmänt gott rykte. Produktens kvalitet skall tala för sig själv, och ett skyddande nätverk av juridiska spetsfundigheter är ägnat att väcka misstro.¹¹ Att mera noggranna överväganden är nödvändiga vid riskfyllda kontrakt, där stora summor står på spel, faller sig naturligt. Stora branscholikheter har också noterats, samtidigt som det inte förvånar att bruket av standardvillkor är vanligare i stora företag än i små.¹²

Det tycks ligga något slentrianmässigt i att bifoga standardkontrakt, både på säljar- och köparsidan.¹³ Stundom kan emellertid ett företag i kris öppet acceptera motpartens villkor för att komma till ett snabbt avtalsslut, t ex för att höja försäljningskvoten eller för att den tillhandahållna produkten är nödvändig för snabb fortsatt produktion. *Beale & Dugdale* redovisar i sin undersökning av ett antal verkstadsföretag i Bristol det typiska mönstret för köp och försäljning: Säljföretaget översänder en offert, som besvaras av en inköpsorder, varpå säljaren skickar orderbekräftelse.¹⁴ I nästan alla fall fanns det standardvillkor fogade till *varje* sådan skrift, genom en hänvisning, som en bilaga eller i form av förtryck på handlingens baksida. Vanligtvis innehöll dessa standardvillkor en skyddsklausul, som uteslöt motpartens villkor.

Till skillnad från *Macaulay* i den av honom gjorda undersökningen i Wisconsin, anser de *engelska* forskarna, att parterna i viss utsträckning var medvetna om att växlandet av motstridiga standardkontrakt kunde

Reform Commission 1979 (såvitt jag kunnat finna, opublicerad); MacNeil, *The New Social Contract* (1980) s 73. Sammanfattningar och ytterligare hänvisningar hos Van der Velden, *Fskr Sauveplanne* (1984) s 233 ff; Howarth, [1987] JBL s 122 ff.

¹⁰ Transaktionskostnadernas betydelse är allmängods för ekonomerna; se bl a Werin s 46, 51 f; Skogh s 25 ff; Adams, *Ansprüche, Eigentums- und Verfügungsrechte* s 655-680; Kötz, *SvJT* 1987 s 475 f.

¹¹ Så bl a Beale & Dugdale, 2 BJLS s 47 f.

¹² Gras 1979 s 42 ff; dme 1984 s 23 ff, 83.

¹³ Se Macaulay 1972 s 183 f; Beale & Dugdale, 2 BJLS s 49 f.

¹⁴ Murray, *The chaos of the "battle of the forms"*, 39 Vand L Rev (1986) s 1350 med not 162, noterar, att inköpsavdelningens representanter inte klart vet om deras inköpsorder utgör offert, accept eller bekräftelsehandling.

leda till ett avtalslöst tillstånd. Vissa trodde att det sist översända standardkontraktet skulle gälla, "the last shot". Andra såg det som viktigt att inte förhålla sig helt passiva och låta motpartens villkor gälla enbart på grund av utebliven hänvisning till de egna. I några fall förekom detaljerade diskussioner mellan parterna om garantiförbindelser och betalningsvillkor. I andra fall fanns det uttryckliga förklaringar från parterna endast beträffande produktspecifikation och pris. Stundom läste man noggrant igenom motpartsvillkoren men lämnade dem utan öppen invändning om de inte innehöll uppseendeväckande klausuler.¹⁵

Ytterligare ett empiriskt framtaget resultat är av intresse. *MacNeil* understryker, att en parts inställning till sina *egna* standardvillkor inte är likformig. Det finns en fallande skala, enligt vilken parten anser vissa klausuler synnerligen värdefulla, medan han inte fäster lika stor vikt vid andra. *MacNeil* räknar med att säljaren i vissa fall inte alls har något emot att acceptera köparens klausuler. Det talas om en skala från 85 till 5 procent, när det gäller partens krav på att få handla på egna villkor.¹⁶ – *Murray* har lämnat likartade upplysningar beträffande *skyddsklausuler*. Det är företagens jurister, som petar in dessa i standardavtalet. De agerande parterna däremot saknar en uttalad uppfattning om vad dessa har för betydelse och verkan.¹⁷

Det har inte saknats kritik mot de empiriska undersökningarna.¹⁸ Av den här presenterade översikten är det tydligt, att inga entydiga svar står att finna. Som jag ser det, löper dock som en röd tråd den inte oväntade upplysningen, att parterna i mycket få fall tar egentlig ställning till vad motpartens villkor innebär och om det är lönt att protestera mot dem. Det har understrukits, att näringslivet har en annan uppfattning av begreppet avtal/kontrakt än den strikt juridiska.¹⁹ Inställningen till det egna standardformuläret är också blandad. Det översänds slentrianmässigt i parts förhoppning om att få agera utifrån kända villkor framför okända.

¹⁵ Beale & Dugdale, 2 BJLS s 49 f.

¹⁶ *MacNeil* s 73. Se även konkreta uttalanden i Waddams kanadensiska undersökning, *avsn* 3.7.1 nedan.

¹⁷ *Murray*, 39 Vand L Rev s 1371 f.

¹⁸ Bl a *Howarth*, [1987] JBL s 130, är skeptisk mot enkätmetoder och deras bruk. Han påpekar den allmänna risken: "Som man ropar får man svar". Även *Gras*, 1984 s 112, menar att skillnaden mellan juridiken och verkligheten inte alltid är så stor som den i förstone kan tyckas.

¹⁹ *Gras* 1984 s 55 f.

Men därmed är inte sagt, att de egna klausulerna i alla delar anses som nödvändiga.

En väsentlig generell slutsats kan dras, hur man än betraktar det sociologiska angreppssättet. Det är en fiktion att utgå från att part detaljerat sätter sig in i motpartens villkor. Förhåller det sig på det viset, att parterna endast undantagsvis bildar sig en klar uppfattning om motpartens klausuler, kan man fråga sig, om standardvillkor över huvud taget har något värde, om de bara blivit en kutym eller en dekoration i affärslivet.²⁰ Ekonomisk-teoretiska undersökningar har dock visat att de är starkt kostnadsbesparande och därför utgör ett omistligt inslag i en sund kommersiell praktik.²¹ Samtidigt har från juridiskt håll påpekats, att standardavtalens roll inneburit ett avsteg från den klassiska avtalsläran, som bygger på partsautonomins princip. Det fria förhandlingsutrymmet är starkt begränsat.²²

2.2.2 Ekonomiska analyser

Bland de frågeställningar, som bearbetats med en klarare *ekonomisk* inriktning än i det tidigare presenterade sociologiska materialet, skall jag närmare beröra två:²³ Den första och för en jurist lättast tillgängliga rör frågan, vilken part som är närmast att bära ansvaret för att hans motpart satt *tillit* till honom och den information han lämnat. Den andra är mera strikt ekonomiskt framställd i den diskussion jag tagit del av och rör de *kostnadsöverbälganden*, som styr parts val av de *egna* klausulernas utformning. Till metodernas användbarhet för frågan om de kolliderande standardavtalen återkommer jag i *avsnitt 6.3* nedan.²⁴ Först där berörs

²⁰ Användningen av centralt förhandlade branschvillkor, s k *agreed documents*, kan i förstone tyckas minska behovet av detaljerad förståelse. Men det är inget som säger att ett sådant standardavtal i sig är mera förmånligt för en *enskild* nyttjare. Att det regelmässigt slipat bort rent *oskäliga* klausuler är ett förhållande som faller utanför denna studie. Enligt den nederländska undersökningen använde mer än 60 procent av säljarna i branschen de "allmänna" leveransbestämmelserna, medan de på köparsidan spelade en obetydlig roll; se Gras 1979 s 72 f.

²¹ Adams s 675 ff; Kötz, SvJT 1987 s 475 f.

²² Se Gras 1984 s 71 f med citat från bl a Atiyah och Kötz.

²³ Utgångspunkten är Schäfers & Otts samt Adams' studier.

²⁴ Den följande presentationen innehåller viss "överskottsinformation" i förhållande till ämnet om villkorskollision. Jag har dock valt att redogöra för materialet ganska fullständigt, eftersom det är intresseväckande även som en belysning av standardvillkors verkan och betydelse i allmänhet.

mera allmänna ekonomiska teorier om transaktionskostnader, strävan mot det fulländade avtalet och riskavvägning med hänsyn till försäkringsmöjligheter.²⁵

2.2.2.1 Tillitsansvar

Det är en känd juridisk företeelse, att det föreligger en konflikt mellan att låta den rättshandlandes *vilja* slå igenom och att låta honom bära ansvaret för den *tillit* hans agerande väcker hos motparten.²⁶ Emellertid är det inte alltid säkert att det ur ekonomisk synvinkel föreligger godtagbara motstående intressen. Den rättshandlande kan med uppsåt söka invagga motparten i en falsk trygghet. Han kan vara vårdslös och bara hoppas på att det förhåller sig som han har uppgivit för sin medkontrahent. Och han kan i vissa fall vara helt ovetande om att det rätta förhållandet strider mot medkontrahentens uppfattning. Det är främst om dessa senare fall den fortsatta framställningen i detta avsnitt handlar,²⁷ inte om de rena misstagssituationerna.

Ett eget *exempel* får klargöra frågeställningen och sätta den i samband med standardvillkorsfrågor på ett sätt som inte är den huvudsakliga utgångspunkten för de refererade författarnas framställning.

Antag att efter leverans av en maskin tvist uppstår om ansvaret för de följdskador som drabbar köparen. Antag vidare två slags skador, dels en anställds personskada på grund av att en maskindel slits loss, dels produktionsstörningar på grund av att ett annat funktionsfel drabbar maskinen. Mellan parterna råder dold dissens om standardvillkorens garantiåtaganden. Säljaren har i sina leveransbestämmelser en friskrivningsklausul och köparen i sitt orderformulär ett allmänt krav på säljaransvar för indirekt skada. Vad skall gälla?

I exemplet ovan har det uppkommit två former av tillit. Säljaren har förlitat sig på att han är friskriven och köparen går i förvissningen att hans ansvarskrav har godtagits av säljaren. Det är inte riktigt detta *Schäfer och Ott* avser med sitt begrepp *tillitsansvar*, *Vertrauenshaftung*, som sedan ett drygt årtionde är ett begrepp, låt vara ännu något opreciserat, i tysk

²⁵ För en allmän introduktion till dessa resonemang, se exvis Kötz, SvJT 1987 s 476 ff; Werin s 46, 51 f; Skogh s 25 ff.

²⁶ Jfr för svensk rätts del regleringen av förklaringsmisstag i 32 § 1 st AvtL; jfr även *avsn 5.4.1.5* nedan.

²⁷ Den bygger på Schäfer & Ott, s 327–340.

doktrin.²⁸ De utgår i stället från en mera renodlad köpsituation, där det gäller att bestämma vidden av säljarens ansvar för produkten. Jag anser likväl, att deras resonemang är applicerbart på de kolliderande standardavtalen, och därtill återkommer jag i *avsnitt 6.3*.

Vilka *ekonomiska överväganden* skall alltså avgöra var ansvaret skall placeras för den på ett eller annat sätt åstadkomna tilliten? Skall medkontrahenten få räkna sig den till godo eller ej? Schäfer och Ott uppställer *fyra villkor*, som alla måste vara uppfyllda för att en säljare eller tillverkare skall bära ansvaret och för att köparens tillit till produktens kvalitet skall skyddas:²⁹

a. Parterna *informationskostnad* skall vara *asymmetrisk*. Med detta menas, att det inte får vara lika lätt för båda parter att skaffa sig upplysning om godsets kvalitet och egenskaper. För att ansvar skall åläggas säljaren och därigenom friskrivningar motverkas, måste han ha lättare och lägre kostnader att göra bedömningen än köparen.

I normalfallet har säljaren de lägsta informationskostanderna. I synnerhet står detta klart, om säljaren samtidigt är produktens tillverkare. I maskinexemplet ovan är det väl ingen tvekan om att säljaren ligger närmast till att informera sig om skadefaran. Särskilt gäller det för risken av rena funktionsfel. Litet mera tveksam är fördelningen i personskadefallet. Jag tar upp den aspekten längre fram i avsnittet.

b. Informationen skall vara *produktiv*. Det måste alltså kosta mindre att skaffa sig upplysning om kvalitet och egenskaper, än det gör att riskera att dessa inte överensstämmer med utfästelse eller antagande.

Det är stundom svårt för en säljare att bedöma vilka fel och skador som kan uppstå. Gäller det som i exemplet följdskador, som kan bli mycket kostsamma, är de nedlagda informationskostnaderna säkert produktiva i jämförelse med skadeståndskraven, om det inte föreligger en försumbart liten fara för de inträffade skadorna.

²⁸ Alternativt används uttrycket *Vertrauensschutz*, då förhållandena ses från medkontrahentens sida. Om begreppet, som betraktas som ett alternativ till en ofta förekommande ansvarstalan på grund av culpa in contrahendo, se Hohloch, "Vertrauenshaftung" – Beginn einer Konkretisierung, NJW 1979 s 2369 ff, samt avgörandet BGHZ 70, 337.

²⁹ Schäfer & Ott s 334 ff. – Notera att de i *denna* teori inte beaktar den annars ofta förespråkade riskfördelningen, att den som bäst och billigast kan *försäkra* sig får stå för eventuell skada; härom se samma studie s 256 ff för kontraktuellt ansvar. Den nu presenterade analysen är av mera komplicerat och nyanserat slag.

c. Ett tillsitsansvar skall ge säljaren någon form av belöning, *Vertrauensprämie*. Denna måste minst motsvara kostnaderna för att närmare utreda varans egenskaper men behöver inte ta sig omedelbart uttryck i möjligheten att kunna höja priset. Det kan också vara fråga om good-will och andra immateriella fördelar.

I exemplet med den bristfälliga maskinen är det nog i första hand den senare belöningen, som kommer köparen till del. Han kan ju inte höja priset med hänvisning till garantiåtagande, så länge han faktiskt friskriver sig. Och någon premie i form av ökad omsättning kan knappast erhållas under en slogan som "Extra lågt pris på grund av ansvarsfriskrivning!".

d. Det skall slutligen föreligga fara för chanstagningar, *Opportunismusgefahr*. Härmed avses att marknaden själv inte förmår konkurrera ut produkten. Det krävs därtill ett *juridiskt* styrmedel eller, ytterst, allmänna statliga näringssanktioner.

Schäfer och Ott ger här ett klagörande exempel med skillnaden mellan försäljning av nya och begagnade bilar. På nybilsmarknaden saknar tillverkaren i stort möjligheter att få framgång med chanstagningar. Marknaden upptäcker lätt kvalitetsförsämringar, och man kan därför utgå från att tillverkaren/säljaren ikläder sig ett ansvar som är lagom avpassat för den tilltro produkten väcker hos genomsnittsköparen.³⁰ För begagnade bilar är, enligt författarna, förhållandena de klart motsatta. Varje "begagnad bilhandlare" skulle försöka dölja bristerna i fordonet, om det saknades ett privaträttsligt sanktionssystem, som tvingade honom att hålla viss standard.³¹

Det sista rekviritet för att avgöra om säljaren bör bära tillsitsansvar, *Opportunismusgefahr*, är enligt min mening det svåraste att bedöma. Liksom "tillsitsbelöningen" under c. är detta rekvirit för bestämmande av ansvarsfördelningen av mera objektivt slag än de båda förstnämnda, som närmast tar sikte på de avtalsslutande parternas förhållanden. För de två

³⁰ Här kan tilläggas att det redan finns minimistandarder uppdragna genom statliga typbesiktningsförfaranden och liknande generella sanktioner. En ytterligare civilrättslig förpliktelse torde därför enbart i sig inte vara försvarbar.

³¹ Jag är inte riktigt beredd att hålla med Schäfer och Off, när de säger att en köpare av begagnade bilar i första hand söker på marknaden efter ett lämpligt objekt och endast i andra hand vänder sig till den som han förra gången köpte en bil av. Men "nöjda kunder kommer åter" kanske har störst giltighet i de fall köparen byter bil ofta och vill hålla sig till ett och samma märke. Man kan också jämföra med det "agreed document", som föreligger på den svenska organiserade bilmarkanden och som med vissa garantiåtaganden är uttryck för just ett sådant civilrättsligt *Vertrauensschutz*, som här diskuteras.

senare rättsfakta krävs någon form av allmän marknadskännedom för att träffa ett riktigt val. Maskinexemplet ovan rör visserligen en nyttillverkad produkt, som marknaden borde kunna konkurrera ut, om den inte motsvarar den hos köparen väckta tilliten. Men presumtiva maskinköparens allmänna tillgång till information om kvalitet och egenskaper är på intet sätt jämförbar med förhållandena på nybilsmarknaden, där uppgiftsflödet och intresset är stort även långt utanför fackpressen. Oavsett att alla ekonomiska resonemang av nu aktuell typ utgår från att det föreligger en fri konkurrensmarknad, är utslagningen av dåliga produkter inte överallt lika given som i nybilsbranschen. Men finns det risk för chanstagningar också hos exempelvis maskintillverkare, då förligger förutsättningar för att säljaren även på denna punkt bör riskera en civilrättslig sanktion. Han skulle alltså åläggas ansvar för de indirekta skadorna i exemplet.

Sammanfattar vi resonemanget om *tillitsansvar* skall alltså, enligt *Schäfer och Ott*, fyra faktorer *samtidigt* tala för att part skall bära ansvar för att han inte tillräckligt tydligt uttryckt sin ansvarbegränsning. Bristen en av dem, får medkontrahenten stå sitt kast. Köparen är då inte förtjänt av att hans *tillit* skyddas. Det är inte ekonomiskt försvarbart att han slipper exempelvis informations- och förhandlingskostnader för att undgå eget ansvar för de hos honom inträffade skadorna.

Tillämpad på exemplet om den bristfälliga maskinen och tillverkarens underlåtenhet att särskilt påpeka friskrivningen säger oss teorin om *tillitsansvaret*, att *säljaren* är närmast att bära följderna av den uppkomna dissensen mellan parternas standardvillkor. Det är möjligt att en detaljerad analys av förutsättningarna skulle ge resultatet, att säljaren skall ansvara bara för den uppkomna produktionsstörningen. Personskadan på köparsidan kan ju ha orsakats av ett förfarande, som köparen med de här använda fyra faktorerna är närmare att ansvara för. Man kan t ex fråga sig om det är mindre kostsamt för köparen att noggrannare bedöma riskmoment och utfärda skyddsföreskrifter än det är för säljaren att på förhand räkna ut vilka mer eller mindre slarviga handlingssätt, som kan leda till personskada, och med den bedömningen som utgångspunkt utfärda vederbörliga varningar.³²

³² Jfr det beryktade amerikanska produktansvarsfallet, där tillverkare av mikrovågsugnar försummat en varning om att ugnen ej lämpade sig för torkning av våta husdjur och därför

I mitt tycke är det väsentligaste bidrag, som den relaterade rättsekonomiska analysen förmedlar till civilrättstillämpningen, en förfining och nyansering av *godtrosbegreppet*.³³ Det räcker således inte med att köparen säger sig ha varit i god tro om de egna standardvillkorens krav på säljarens ansvarstagande för följdskada. Den goda tron måste också tåla en jämförelse med ekonomiska rimlighetsbedömningar för att slå igenom. Talar vi i termer av *lojalitet*, skulle säljaren alltså ha brustit först om den ekonomiska bedömningen ger vid handen, att han haft en vidare informationsplikt än den han iakttagit.

2.2.2.2 *Kostnadsaspekter på klausulutformningen*

Jag övergår nu till ett mera utpräglat kostnadsanalytiskt resonemang, som behandlar de ekonomiska överväganden en part gör – eller kanske snarast bör göra – då han utformar sina standardklausuler. Det utgår från det realistiska antagandet, att det inte förekommer förhandlingar mellan parterna om innehållet i standardvillkoren. Olika uppfattningar har framförts om de ekonomiskt grundade anledningarna härtill och de reella konsekvenserna därav. Mot *Posners* betonande av *konkurrensaspekten* har riktats, som jag kan bedöma det, välgrundad kritik. Posner menar nämligen, att en part som inte är nöjd med den andres villkor, vänder sig till en annan, förmånligare medkontrahent. Detta förhållande skulle stegvis leda till villkor, som blir bättre och bättre för motsidan, eftersom förlust av marknadsandelar eljest blir följden.³⁴

Det finns en grundläggande brist i *Posners* teori, menar bland andra *Akerlof*.³⁵ Posner har nämligen inte tagit tillräcklig hänsyn till två väsentliga förutsättningar. Dels läser medkontrahenten inte den andres villkor, och kan därför inte göra sig en föreställning om, huruvida de är förmånliga eller ej. Dels förekommer det åtskilliga produkter, vars kvalitet kan

åldades ersättningsskyldighet för inträffad oavsiktlig dödsstrålning. Såvitt jag kunnat finna, är målet inte refererat; kanske rör det sig blott om ett illasinnat rykte.

³³ Med *god tro* menar jag här ett mycket uttunnat subjektivt krav, som snarast ligger i linje med *good faith* i common law och hederligt förhållningssätt; jfr 33 § AvtL och § 242 BGB. Föreligger *öppen dissens* mellan parterna efter reklamationer, är dessa resonemang inte tillämpliga.

³⁴ Posner, *Economic analysis of law* s 85 ff.

³⁵ Akerlof, *The market for lemons. Qualitative uncertainty and the market mechanism*, 84 QJE (1970) s 488–500. – Med ”lemon” förstås i USA inte bara en citrusfrukt utan även bl a bristfälliga varor, särskilt bilar, vars fel säljaren numera enligt tvingande lagregler måste reparera.

bedömas först efter leverans och utnyttjande. I det fallet hjälper det köparen föga att ens ta del av standardvillkoren. Han kan först i efterhand få klart för sig om det är någon mening med att kräva exempelvis mera långtgående grantiåtaganden från säljarsidan.

I en mera djuplodande analys av standardvillkors vinst- och prisbestämmande effekter har Adams givit Akerlof rätt i kritiken av Posner.³⁶ Adams' analys sätter *transaktionskostnaderna* i centrum. En köpare har helt enkelt inte råd att underkasta säljarvillkoren en nödvändig analys. Särskilt påtagligt blir det, om köparen saknar tillgång till den juridiska expertis, som är nödvändig för att över huvud taget förstå, vad som menas med varje enskild klausul.³⁷

Adams inriktar sig härafter på att betrakta säljarvillkoren som rättsligt förmånliga eller oförmånliga för köparen och att sätta in dem i ett vinst-maximerande sammanhang. Han visar övertygande, att konkurrenssituationen spelar en underordnad roll härvidlag. Förmånligare villkor ger upphov till prisstegring. Så länge en köpare, av nyss redovisade skäl, inte förmår uppfatta värdet av denna förmån, kommer en sådan säljare att tappa marknadsandelar. Köparen väljer att gå till den som levererar samma produkt billigare. Utvecklingen skulle därför, tvärtemot Posners teori, leda till för köparen allt sämre juridiska villkor.³⁸

Det uppkommer emellertid i vissa situationer, fortsätter Adams, ett läge där konkurrensen spelar roll. För det fall säljaren är intresserad av ett fortgående handelsutbyte med *samma* köpare, eller om han planerar avsättning av samma produkt till köpare, som kan tänkas ha "informationskontakter" med en tidigare köpare, blir standardvillkorens rättsliga reglering viktig. Har nämligen en köpare fått anledning att konfronteras med avtalsklausulerna – och resultatet därav känns missgynnande – är han i *fortsättningen* inte villig att vända sig till säljaren med de oförmånliga klausulerna. Och den köpare, som en gång "gått på pumpen", kan komma att sprida upplysning om sitt missnöje. Oförmånliga villkor leder dock till ett lägre marknadspris. För att vara något så när konkurrens-

³⁶ Adams, Ansprüche, Eigentums- und Verfügungsrechte s 655–680, särsk s 665 ff.

³⁷ Jfr från svenskt håll Skogh s 25 ff; Werin s 64, 51 f.

³⁸ Adams s 666 ff. – Adams ger inget exempel på vad han menar med förmånliga/oförmånliga villkor, "gute/schlechte rechtliche Qualität". En god illustration av "god kvalitet" vore väl även här åtagande för indirekt skada på grund av fel. Oavsett produktens allmänt sett goda kvalitet, måste risken för säljaren att i något fall bli ersättningsskyldig för följdskada kalkyleras vid prissättningen.

kraftig måste alltså säljaren med förmånliga villkor sänka sin vinstmarginal. Hans möjlighet att med ett högre pris eller en lägre vinstmarginal konkurrera ut säljaren med oförmånliga villkor uppstår först, när den "hyggliche" säljarens *omsättning* ökat i tillräcklig omfattning.³⁹

Vad *Adams* velat visa är ett antal väsentliga förutsättningar för att konkurrensförhållandena skall leda till förmånligare säljarvillkor. Det går alltså inte att med Posner litet vagt hoppas på konkurrenskrafterna. Det krävs i stället dels ett kontinuerligt avtalsförhållande mellan samma parter,⁴⁰ dels en ökad marknadsandel för att kompensera en sänkt vinstmarginal.

För en icke-ekonom ger den analysmetod, som här presenterats, anledning till flera kritiska eller i vart fall kompletterande synpunkter. Jag återkommer till dem i det utvärderande *avsnitt 6.3* nedan. Jag har likväl uppehållit mig med viss utförlighet vid detta exempel på analys av ett viktigt skäl. Det ger nämligen ytterligare en dimension åt svårigheten att utse vinnaren i "the battle of the forms". Skulle säljaren/producenten ges företräde, har nämligen *Adams* övertygande visat, att det i många fall leder till en för köparen oförmånlig skärpning av standardvillkoren. Allmänna konkurrenskrafter kan endast under vissa förutsättningar leda till en utjämning. Men samtidigt är det inte säkert att en sådan, i förstone inte helt tilltalande lösning, är så olämplig. Det kanske i ett större perspektiv ligger närmare till hands att låta köparen bära ansvaret för exempelvis följdskador.

Min allmänna och försiktiga reflexion är att vi med säkerhet står inför stora skillnader i det hänseendet, både mellan skilda branscher och mellan olika former av juridiska ansvarsområden. Vad som gäller för prissättning, marknadsandelar och villkorsval vid legotillverkning av biltillbehör kanske inte alls slår till på tjänstesektorn eller på råvaru- och förädlingsmarknaden. Och riskfördelningen när det gäller följdskada på grund av fel tycks mig ha ganska litet att göra med hur man skall bedöma dröjsmålsansvar, prisvariationsklausuler, faran för godsets kasuella förstörelse och skiljedomsklausul. En jämförelse mellan *Adams'* samt

³⁹ *Adams* s 669 f.

⁴⁰ I den mån förfördelade parter informellt lyckas sprida kännedom om en viss säljares oförmånliga villkor, uppnås samma effekt. *Adams* tillägger dock, att även andra faktorer kan spela in, exempelvis omdömen i fackpress och, på konsumentsidan, uttalanden från konsumentskyddsorgan.

Schäfers och Otts teorier utfaller enligt mitt juridiska synsätt till de senares förmån, särskilt om tankegångarna skall spela roll i rättstillämpningen. Men det är ju inget som säger att dessa teser står i ett motsatsförhållande till varandra. Jag återkommer, som sagt, till deras konkreta verkan på "the battle of the forms".

3. Utländska erfarenheter

3.1 Inledning

"The battle of the forms" har diskuterats livligt i utländsk litteratur. Problemställningen har också lett till lagstiftning och lagförslag i ett antal länder. Intressant praxis finns att tillgå. I det fortsatta kommer, med varierad detaljrikedom, att presenteras material från USA, England, Västtyskland, DDR, Nederländerna, Frankrike, Skottland, Kanada och Australien samt regleringen i 1980 års FN-konvention om internationella köpeavtal, CISG. Den omfattande och stundom något katalogartade materialredovisningen motiveras av behovet av att även hos oss ha tillgång till en vidlyftig exempelsamling av ställningstaganden till "the battle of the forms".¹

Försök att gruppera materialet annat än ländervis har visat sig omöjligt. Det kan tyckas en smula träaktigt att inte redan från början syntetisera informationen, att ta ett fastare grepp med en "omedelbar" komparation. Att sammanställa materialet efter de i varje land valda lösningarna låter sig inte väl göra. Visserligen finns det i några fall lagstiftning eller långt framskridna lagförslag. Men deras behandling i praxis och litteratur har starkt suddat ut konturerna. För att få en någorlunda klar bild av rättsläget måste alltså det relevanta rättsskällematerialet läsas i ett sammanhang. Och det visar sig i flera fall att man inte kan tala om ett stabilt rättsläge, i synnerhet om man förmodar att den ofta kritiska litteraturen spelar viss roll för rättsbildningen. Särskilt tydligt är det i västtysk rätt, där Bundesgerichtshof för tillfället synes ligga steget före den inflytelserika doktrinen i reformiver.

¹ De tre mest omfattande allmänna studierna på området från senare år bör nämnas inledningsvis som en angivelse av forskningsläget: E J Jacobs, *The battle of the forms: Standard term contracts in comparative perspective*, 34 ICLQ (1985) s 297–316; F J A van der Velden, *Uniform international sales law and the battle of the forms*, Fskr Sauveplanne (1984) s 233–249; F Vergne, *The "battle of the forms" under the 1980 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, 33 AJCL (1985) s 233–258.

Stort utrymme ägnas åt USA, som i Uniform Commercial Code har en lagbestämmelse om kolliderande standardavtal och dessutom en överflödande praxis och doktrin. Ikraftträd lagstiftning förekommer därutöver bland de behandlade rättsområdena endast i DDR, men stadgandet i det nederländska civillagsförslaget kommer med säkerhet att införas. Till denna kategori av färdiga regler kan även räknas 1980 års FN-konvention. Två övriga lagprojekt från litet perifera områden skall också uppmärksammas kortfattat, även om det för tillfället inte verkar som om de förslagen kommer att genomföras.

3.2 USA

3.2.1 Lagstiftning

Common law fastlade om inte förr så i början av 1800-talet regeln om att oren accept innebär avslag i förening med nytt anbud, "rejection and counteroffer". Här ligger också ett strängt krav på acceptens exakta överensstämmelse med anbudet, den s.k. *mirror-image-rule*.² För standardavtalens del medförde synsättet att det ofta måste konstateras ett dissenstillstånd, eftersom kontrakten behandlades som en enhet. Det fanns alltid några skillnader mellan dessa paket. Å andra sidan har *common law* med för oss förvånande generositet betraktat passivt mottagande av motparts fullgörelse som en konkludent accept.

Hur *common law* tillämpas i modern *engelsk* rätt, återkommer jag till. I *amerikansk* rätt är den däremot delvis överspelad, vad de kolliderande standardavtalen beträffar, av ett omstritt stadgande i Article 2 om "Sales" i Uniform Commercial Code (UCC). I den delen gäller UCC numera i alla delstater utom Louisiana. Med den mångordighet, som karakteriserar all lagstiftning inom *common law*, lyder *section 2-207 UCC*:

Additional Terms in Acceptance or Confirmation

(1) A definite and seasonable expression of acceptance or a written confirmation which is sent within reasonable time operates as an

² *Hyde v Wrench* (1840) 3 Beav 334, 49 ER 132, brukar anföras som det grundläggande prejudikatet.

acceptance even though it states terms additional to or different from those offered or agreed upon, unless acceptance is expressly made conditional on assent to the additional or different terms.

(2) The additional terms are to be construed as proposals for addition to the contract. Between merchants such terms become part of the contract unless:

- (a) the offer expressly limits acceptance to the terms of the offer;
- (b) they materially alter it; or

(c) notification of objection to them has already been given or is given within a reasonable time after notice of them is received.

(3) Conduct by both parties which recognizes the existence of a contract is sufficient to establish a contract for sale although the writings of the parties do not otherwise establish a contract. In such case the terms of the particular contract consists of those terms on which the writings of the parties agree, together with any supplementary terms incorporated under any other provisions of this Act.

Hur skall man nu tolka detta regelgytter? Subsections (1) och (3) är avsedda att besvara frågan, om det föreligger ett avtal eller ej. I (1) möter vi den klassiska avtalsmekanismen i en något förändrad tappning. Parterna etablerar en kontraktsrättslig relation genom utbyte av viljeförklaringar, även om dessa inte helt överensstämmer med varandra. I (3) skapas avtalsrelationen genom realhandlandande för de fall skriftväxlingen inte, som under (1), kan hänföras till anbud och accept. Subsection (2) upptar vissa fall, där det gäller att bestämma vems villkor som är tillämpliga på avtalet.

Som kommer att framgå av praxis- och doktrinredovisningen, har domstolarna haft stora svårigheter att tillämpa den sista regeln i subsection (1). Där sägs att det *inte* föreligger ett *avtal*, om medkontrahentens svar (accepten) gjorts uttryckligt villkorad av att den andre (ursprunglige anbudsgivaren) godtar acceptantens villkor. Här finns alltså en möjlighet för part att med hjälp av *skyddsklausul* komma i det läge UCC vill undvika, nämligen ett avtalslöst tillstånd och hänvisning till common law-regler.

Även subsection (2) lider av oklarheter. Bl a har det spekulerats mycket över, varför stadgandet endast behandlar "additional" och inte även "different terms" som subsection (1). Vidare är det svårt att fastställa vidden av begreppet "materially alter". Största olägenheten tycks dock

vara öppenheten att även här låta skyddsklausuler spela en roll, som leder till oklarheter beträffande partsbindningen.³

Minst kontroversiell är subsection (3). Att realhandlandet ger upphov till en avtalssituation och att överensstämmande villkor behandlas för sig (klausulupplösning), biträds av de flesta kommentatorer. Men det är mera omstritt vilka tolknings- eller utfyllnadsstandarder, som bör gälla vid divergerande formulär. Hur långt får man sammanjämka delvis motstridiga klausuler? Skall man i stället gå omedelbart på dispositiv rätt, UCC:s s k gapfillers, även vid små variationer mellan parternas villkor?⁴

3.2.2 Praxis

Att göra sig en föreställning om vidden av publicerade rättsfall i USA är svårt för den som inte vandrat längs hyllorna med praxissamlingar i ett "law library".⁵ Det är därför omöjligt att ta fram annat än vad som i handbokslitteraturen kallas för "leading cases".⁶ Som det äldsta viktiga fallet, där section 2–207 UCC tillämpats, eller snarare *inte* tillämpats, betraktas *Roto-Lith Ltd v FP Barlett & Co.*⁷ Det ger samtidigt en utmärkt illustration av hur domstolarna i ett common law-system har en benägenhet att falla tillbaka på den praxisbaserade rätten, när omständigheterna i ett mål inte till punkt och pricka överensstämmer med lagtextens rekvisit.

En tillverkare av plastpåsar för grönsaksförpackningar beställde en klisteremulsion, nödvändig för påsarnas förslutning kring frusen spenat. Köparen sände en order, som besvarades med ett ordererkän-

³ Official Comments – i någon mån jämförbara med våra förarbeten – är till föga hjälp, när det gäller de oklarheter och tolkningssvårigheter, som vidlåder stadgandet. Jag går därför inte närmare in på dem. I praxis- och litteraturavsnitten nedan kommer jag bara i förbigående att beröra gränsbestämningen för väsentligt ändrade villkor. Vare nog sagt här med en hänvisning till att det av vissa anses träffa endast sådan klausul, som "constitutes an unreasonable surprise" (se praxisöversikt hos Hillman, § 2.05 not 92). Synsättet verkar långtgående men passar om man i så stor utsträckning som möjligt vill binda ena parten vid den andres villkor.

⁴ En ny men föga klagörande Comment 7 till 2–207 beslöts 1966. Där sägs att (3) skall vara utgångspunkt vid tolkningsförfarandet då tvist uppstår efter prestationsväxling; fråga om vilken av handlingarna som skall betecknas som avtal och accept kan därvid bortses ifrån.

⁵ Det ledande juridikförlaget West säger sig varje år trycka minst 60 000 (!) rättsfall.

⁶ Lösbladsutgåvan UCC Reporter–Digest sammanfattar hösten 1987 165 rättsfall, där tillämpningen av 2–207 står i centrum.

⁷ 297 F2d 497 (1962).

nande, på vars framsida det tydligt angavs att ingen garanti lämnades för klisterverket och där det hänvisades till ett på baksidan tryckt standardformulär. Detta innehöll en skyddsklausul, som var förstärkt med krav på omedelbar reklamation, om det inte godtogs att endast säljarens villkor gällde. Köparen mottog det levererade ämnet för att fortsätta sin påsproduktion. Emulsionen var oduglig. Även om det inte sägs tydligt i domen hur köparens villkor var utformade, framgår det närmast av sig självt att de saknade en klausul om *säljarens* ansvarsfriskrivning. Köparens försök att tolka lagtexten så att säljarens svar – som ostridigt ”materially altered the offer” – skulle betraktas som en accept utom i den del den innehöll den omtvistade friskrivningsregeln, godtogs inte.⁸ I stället fastslogs, att säljarens svar gav avtalsverkan i de delar villkoren överensstämde men att de avvikande klausulerna skulle tolkas som nytt anbud, counter-offer. För att bli avtalsinnehåll måste de accepteras av motparten. Genom att ta emot klistret medveten om säljarens villkor, blev köparen bunden av dem. Enligt domstolen var detta den enda rimliga tolkningen med hänsyn till affärslivets villkor. Det vore nämligen orealistiskt att betrakta säljarens svar som ett ovillkorat antagande av köparens villkor med en förhoppning att köparen genom positivt handlande uttryckligt skulle godta de avvikande säljarklausulerna.⁹

Även om lagtolkningen i *Roto-Lith* delvis följer lagtexten – den är klausulupplösande – blir den faktiska utgången en följd av vad vi skulle beteckna som starkt reducerande inställning. Vad stadgandet säger i subsection (2) är att avvikande klausuler skall ses som ”proposals for addition to the contract” men att dessa inte blir avtalsinnehåll, om de ändrar avtalet väsentligt, ”materially”. Den tolkning som ligger närmast till hands är i stället, har det framhållits,¹⁰ att avsändaren av de divergerande villkoren skall anses ha accepterat anbudet men *önskat* en ändring. I avsaknad av faktisk accept från den, som sände det första formuläret, saknar avtalet bestämmelser på den omstridda punkten. Rättsföljden får bestämmas genom tolkning och utfyllnad.¹¹ Först om det där-

⁸ Se 2-207(2)(b) UCC.

⁹ 297 F2d 497, 500. – Jfr lagtexten i inledningen av 2-207(2): ”proposals for addition”.

¹⁰ Se exvis White & Summers, Handbook of the law under the Uniform Commercial Code, 2 ed (1980) s 28 f, 32, ehuru dessa författare har inbördes olika uppfattningar.

¹¹ 2-207(3) är inte direkt tillämplig, om man utgår från att det faktiskt på grund av skriftväxlingen föreligger ett avtal enligt 2-207(1). – Vid tolkning och utfyllnad hänvisas till UCC:s k gap-fillers, bl a 2-208 och 2-205, som talar om parternas sätt att uppfylla avtalet, om förhandlingsstadiet och om handelsbruk.

vid inte kan bestämmas ett avtalsinnehåll, skulle domstolen kunna falla tillbaka på common law.¹² Men så har inte skett i *Roto-Lith*-målet. I stället hoppade domstolen direkt på regeln om dissensens verkan som avslag i förening med nytt anbud, ett förfarande som den officiella lagkommentaren bestämt avvisar.¹³

Vi kan alltså konstatera, att i vart fall ett famöst avgörande ur UCC:s yngre historia inte var berett att öppna praxis för särskilt djärvt nytänkande. I stället tillämpades en "last shot"-modell, som inte sällan är typisk i common law och som UCC-stadgandet avsåg att förändra. Motpartens passiva mottagande av kontraktsprestationen var tillräckligt för att utgöra konkludent accept.¹⁴ Vi finner också i avgörandet en kombination av vilje- och tillitsteorierna, som – förvånande nog – står den senaste tyska rättstillämpningen nära.¹⁵ Indirekt framgår det ur rättsfallet, att säljaren visserligen bör kunna förlita sig på att köparens passivitet inte innebär ett avslag av säljarens "counteroffer". Men samtidigt anser sig common law tydligt skyldig att laborera med en fiktiv partsvilja hos den passivt mottagande och konsumerande köparen. Det är denna konkludenta viljeöverensstämmelse som är den viktigaste grunden för att forma en kontraktsrelation mellan parterna.

Det behandlade *Roto-Lith*-målet tycks numera allmänt betraktas som ett extremt uttryck för snäv tolkning av section 2-207 UCC. I sentida praxis har för liknande situationer utgången blivit den rakt motsatta.

I *USEMCO Inc v Marbro Co Inc*¹⁶ erbjöds en entreprenör att köpa en pumpstation för en tilltänkt kommunal avloppsanläggning. Erbjudandet beledsagades av tillverkarens standardavtal och besvarades av entreprenören med en order jämte egna villkor. Pumptillverkaren svarade i en orderbekräftelse med förnyad hänvisning till sina villkor, vari fanns friskrivning från följdskada. – Domstolen konstaterade, av skäl som här förbigås, att tillverkarens första erbjudande inte kunde

¹² Jag kan inte här gå in på reglerna om vad vi skulle kalla felansvaret. Det räcker med att påpeka, att det i stort bygger på ett garantitänkande och att det förefaller osannolikt att säljaren inte skulle svara för att klistret kunde i någon mån användas för sitt ändamål, som inte var okänt för säljaren i rättsfallet.

¹³ Jfr Official Comment 4 och 6 till 2-207. – Även i den delen märks ett tydligt fall av common law-domarens aversion mot bruket av lagförarbeten och liknande material som tolkningsdata, låt vara att den inte är lika påtaglig i USA som i England.

¹⁴ För det senare konstaterandet saknades förvisso inte prejudikat, citerade i domen.

¹⁵ Mera härom nedan *avsnitt 3.4.3*.

¹⁶ 483 A2d 88 (1984).

utgöra anbud i rättslig mening. Den första grundläggande rättshandlingen var därför entreprenörens inköpsorder, till vilken tillverkarens erkännande betraktades som accept. Domstolen fann att avtalet inte innehöll friskrivning. Till det resultatet kom den genom ett för oss något främmande "dubbelt" resonemang.

Antingen kunde friskrivningsklausulen betraktas enligt subsection (2)(b) – "materially altering" – och skulle följaktligen förfalla, eftersom den bara vore ett förslag till ändring, som inte vunnit medkontrahentens bifall. Amerikansk doktrin talar i detta fall om en "knock-out"-effekt. Här möter vi alltså en rakt motsatt inställning till den i *Roto-Lith* förfäktade. Den avvikande klausulen är utslagen och kan inte återupplivas av motpartens passiva handlande. Enbart ett uttryckligt accepterande duger för att göra den till avtalsinnehåll. Eller också, fortsatte domstolen, kunde friskrivningen ses som en oren accept, alltså samma slutsats som i *Roto-Lith*. Men rättsföljden härav skulle enligt bedömningen i *USEMCO*-målet bli en tillämpning av subsection (3), dvs hänvisning till tolkning. Även en sådan procedur ledde till att kontraktet saknade friskrivning.

Som påpekats i litteraturen,¹⁷ framstår den senaste metoden som inkorrekt. Det skulle inte gå att från subsection (1), som talar om fall av oren accept, gå direkt på tolkningsregeln i subsection (3). I stället skulle man falla tillbaka på common law och som i *Roto-Lith* låta det passiva mottagandet av godset innebära konkludent accept.

Jag delar inte *Hillmans* nyss refererade strikta uppfattning. Det går i stället att tolka utgången i *USEMCO* som ett klart avståndstagande från de common law-nära principer som var vägledande för *Roto-Lith*. I stället för att tillämpa ett avtalsmekaniskt synsätt har domstolen fångat något av andan i lagstiftningen och tolkat parternas avtalsläge fritt. Så långt har han rätt, att subsection (3) inte är tänkt att läsas i förening med subsection (1); de är alternativ vid tillämpning av olika rättsfakta.¹⁸ Såvitt rättsföljden i målet enligt det andra av resonemangen är avsett att vara en lagtolkning, är den tillämpade metoden analogisk. Lika högt som analogier står i kurs hos oss, lika lågt står de i common law. Men vitsen med utgången är ju att domstolen *inte* tillämpat common law utan UCC.

På mig gör domstolens dubbla sätt att resonera ett klart intryck av att man använt sig av de divergerande resonemang, som förs av *White* och

¹⁷ Hillman i Common law and equity under the Uniform Commercial Code (1985 jämte suppl 1986) § 2.05 vid not 93.3 i suppl.

¹⁸ Jfr Henson, The law of sales (1985) § 1.06.

Summers i standardhandboken om UCC.¹⁹ Det är dock påtagligt att resonemangen även i detta mål förs med fokusering på frågan, huruvida klausulen blev *avtalsinnehåll*. Som jag ser det, beror detta fasthållande vid ett i grunden viljeteoretiskt resonemang också på möjligheten att eljest komma in på det för common law typiska kvasikontraktuella regelsystemet.²⁰ Det måste alltså till varje pris avgöras, om det föreligger ett avtal eller ej. Mot detta sedvanliga sätt att resonera juridiskt kan naturligtvis ingen direkt kritik riktas. Jag vill bara förtydliga positionen inför konfrontationen senare med inställningen hos dem, som är mera rätts-ekonomiskt och sociologiskt inriktade. På näringslivets företrädare gör sådana slutledningar ett svårförklarligt, mystiskt intryck.

Så ett tredje amerikanskt rättsfall, där domstolen fört en mera ingående diskussion om valet mellan common law och UCC:s mångtydiga regler. Frågan om skillnaden mellan "additional" och "different terms" ställdes också på sin spets i *Daitom, Inc v Pennwalt Corp.*²¹

I samband med uppförande av en fabriksanläggning beställdes en torkanordning, som var nödvändig i den tilltänkta produktionen. Både leveransofferten och den därpå avlåtna inköpsordern innehöll standardvillkor, säljarens bl a med en klausul, som uteslöt felansvar ett år efter leverans, och köparens med förbehåll om laglig rätt till felsanktioner. I köparens order fanns också en generell utformad skyddsklausul till förmån för de egna villkoren.

Enligt domstolen var skyddsklausulen i första hand användbar då standardbestämmelserna utgjorde en inköpsoffert och inte som i detta fall en inköpsaccept. Stadgandet i subsection (1) tolkade domstolen rakt motsatt *Roto-Lith*-fallet och anslöt sig i stället till uppfattningen i ett här inte närmare refererat "anti-Roto-mål", *Dorton v Collins & Aikman Corp.*²² – I *Dorton* hade fastslagits, att det krävs ett klart uttalat krav från acceptanten på att den andra parten skall underkasta sig de nya villkoren (acceptantens), för att lagstadgandets indirekta rättsföljd, dissens, skall inträda. – Liksom i *Dorton* ansåg alltså domstolen i *Daitom*-målet, att köparvillkoren inte tillräckligt tydligt klargjorde, att köparen var ovillig att sluta avtal på säljarens först över-

¹⁹ De båda författarna redovisar öppet sina olika modeller, se nedan i *avsn 3.2.3*. Domstolens utläggning av subsection (2)(b) är *Summers'* modell, medan fri tolkning vid dissens är *Whites*, s 28 ff.

²⁰ Mera om kvasikontrakten nedan *avsn 3.3.2 in fine*.

²¹ 741 F2d 1569 (1984).

²² 453 F2d 1161 (1972).

sända betingelser. Med detta ansågs emellertid inte avtalet regleras *uteslutande* av de först översända säljarvillkoren. Det förelåg visserligen ett avtal, men vilken preskriptionsperiod skulle gälla, säljarens särskilt angivna ettåriga eller köparens hänvisning till dispositiv lag?²³

Domstolen fortsatte med att söka tillämpa subsection (2) och kom då in på frågan, varför den till skillnad från subsection (1) bara talar om "additional terms" och inte nämner "different". Tre tolkningar ansågs möjliga. Båda kategorierna skulle genom analogi behandlas lika och falla under subsection (2). Det medförde i sin tur, att de nya villkoren aldrig blev avtalsinnehåll, eftersom en "different term" alltid ändrar villkoren "materially", (2)(b). Den andra lösningen vore att särbehandla "different terms". De kunde inte heller den vägen bli avtalsinnehåll, eftersom införlivandevägen via subsection (2) var stängd och annan möjlighet inte ges i UCC.²⁴

Den tredje, av domstolen slutligt valda, vägen utgick från klausulupplösning. Såvitt standardvillkoren någorlunda överensstämde skulle de likartade klausulerna gälla. I övrigt fick tvistefrågorna lösas tolkningsvägen, bl a med UCC:s s k gapfillers.²⁵ Det hänvisades till Whites åsikt, att den lösningen är den mest rättvisa, *fair*, och den som närmast överensstämmer med lagstiftningens syfte. Den ger i vart fall det skyddet åt den som inte noggrant tagit del av motpartens standardvillkor, att han kan förlita sig på dispositiv rätt. När nu lagstiftaren bestämt sig för att delvis upphäva avtalsmekanismen i common law, vore en återgång och en tillämpning av "last shot"-principen oförsvarbar, menade domstolen. Inte heller en "first shot"-modell uppfyllde syftet att ge större utrymme för tolkning och för utfyllnad med dispositiv rätt. I det enskilda fallet förelåg dessutom den omständigheten, att på grund av förseningar den levererade torken inte ens hunnit inmonteras, än mindre provas, inom den ettåriga preskriptionstiden.²⁶

Nu är förvisso inte sista ordet sagt med *Daitom*-målet, även om principdiskussionen och prejudikatredovisningen är klara och välavvägd.²⁷ Som synes avvisas varje företräde för part som översänt sina villkor först eller

²³ 741 F2d 1569, 1576 f. UCC stadgar fyra år från felets synbara uppkomst, section 2-725.

²⁴ 741 F2d 1569, 1579, med hänvisning till Summers; jfr nedan vid not 50.

²⁵ Ibid med hänvisning till White; jfr nedan vid not 48.

²⁶ 741 F2d 1569, 1579 f.

²⁷ En översikt i 41 The Business Lawyer (1986) s 1373 f, påvisar tre fall, där klausuler med ersättningsbegränsningar och korta reklamationsfrister bedömts som *oväsentliga* tillägg, medan däremot en prorogationsbestämmelse ansetts som "material alteration". För ytterligare divergerande färsk praxis, se motsvarande översikt i volym 40 s 167 ff.

sist. I stället tillämpas en tolkning och utfyllnad av de divergerande villkoren, dessutom med visst hänsynstagande till de faktiska omständigheterna. Om detta verkligen är en riktig tolkning av det omstridda stadgandet i UCC återstår att se.

Så mycket kan dock sägas, att lagtillämpningen inte helt står i överensstämmelse med grundtankarna i section 2-207, eftersom där verkligen ges företräde för de först översända villkoren, om motpartens allmänna bestämmelser innehåller *tilläggsföreskrifter*, "additional terms". Att som här göra en e contrario-tolkning i stället för att analogisera, när det gäller "different terms", är kanske en säker väg men inte en i sig given. Ingetdera sättet att tolka lag har stöd i Official Comments. – Inte heller den öppna tolkningen av divergerande klausuler har lagstöd, medan den gjorda klausulupplösningen ligger så nära andan i lagregeln att förfarandet numera betraktas som okontroversiellt.

En annan intressant slutsats av *Daitom*-målet kan dras ur dess behandling av *skyddsklausul*. Där liksom i *Dorton* hade det första formulärets mottagare i sitt accepterande svar en standardfras om att endast de egna säljarvillkoren godtogs. Detta var inte tillräckligt för att skapa *öppen* dissens.²⁸ Samma fråga uppkom i det sista här behandlade rättsfallet, *Egan Machinery Co v Mobil Chemical Co*.²⁹

Förhållandena i målet var entydiga. En maskinköpare sände order med tydlig skyddsklausul: "Important – this order expressly limits acceptance to terms stated herein, and any additional or different terms proposed by the seller are rejected unless expressly agreed to in writing."³⁰ Säljaren å sin sida replikerade med ett ordererkännande, i vilket utsades att försäljningen var villkorad av att de egna försäljningsbestämmelserna skulle gälla. – Domstolen godtog inte säljarens ("acceptantens") skyddsklausul som tillräckligt entydigt avvisande av köparvillkoren.³¹ Sådana klausuler i ett svar skall tolkas strikt och måste i klara ordalag fastslå, att parten inte är villig att fullfölja avtalet, om de egna villkoren lämnas oaccepterade. Det gällde därefter att pröva om den omstridda säljarklausulen, friskrivning från följdskada, blivit avtalsvillkor med stöd av subsection (2).

²⁸ En annan bedömning av skyddsklausulens verkan, om den ingått i de först översända handlingarna, antyds i domskälen och har dessutom praxisstöd.

²⁹ 2 UCC Rep Serv 69 (DConn 1986).

³⁰ Formuleringen är kopierad på section 2-207(2)(c) UCC för att hindra införlivande med även mindre väsentliga motpartsvillkor.

³¹ Domstolen hänvisade till främst *Daitom*-målet, se ovan.

Friskrivningen bedömdes som en "additional term", och skulle således få verkan, om den inte uteslöts av de uppräknade punkterna. Köparens skyddsklausul ansågs tillräcklig för att utesluta säljarens "tilläggsvillkor", subsection (2)(a).

Det sista målet ger alltså ett gott exempel på en mycket följsam tolkning av section 2–207 UCC. I vart fall har den som först sänder sina standardvillkor möjlighet att med skyddsklausul utesluta tillämpning av motpartens "tilläggsvillkor". Fråga är emellertid, om gränsdragningen mellan "additional" och "different term" har skett i överensstämmelse med det av domstolen åberopade *Daitom*-målet. Det förefaller besynnerligt – åtminstone i en strid om friskrivningsklausuler – att göra skillnad på de fall, där köparen har förbehållit sig laglig rätt till skadeersättning, och de fall, då köparens villkor tiger på den punkten. Förbehåller sig nämligen köparen inte ett striktare ansvar än dispositiv lag medför, saknar klausulen egenvärde. För att följa *Daitom*, där det tveklöst var fråga om "different terms", hade det dock krävts att tystnad på viss punkt tolkades som en klausul i överensstämmelse med dispositiv lag; först då blir motpartens klausul "annorlunda" och inte "tillagd". En sådan konstruktion kräver dock en ganska hårdhänt reduktion av lagtexten men är möjlig just i frågor som berör skadeersättning, där det finns givna dispositiva regler.³²

I vart fall tre säkra slutsatser är möjliga att dra av detta sista exempel ur den amerikanska praxisfloran. Uppdelningen mellan de olika typerna av villkor – ändrade eller tillagda – ger skönsmåssiga resultat. Hade friskrivningsklausulen betraktats som ett tillagt villkor, skulle resultatet enligt *Daitom* ha blivit hänvisning till dispositiv rätt och utgången densamma. Men så behöver det inte alltid bli, och de dubbla vägarna till samma resultat är i vart fall otillfredsställande från lagsystematisk utgångspunkt. För det andra visar målet, att skyddsklausuler i det först översända standardformuläret får avgörande betydelse, medan även ett förhållandevis tydligt utformat sådant förbehåll i den därpå översända handlingen saknar verkan. Följden härav blir, för det tredje, att UCC-stadgandet för vissa typfall leder till en "first shot"-modell, medan det i andra sker en klausulupplösning och hänvisning till i huvudsak dispositiv rätt för situationer, där avtalen inte överensstämmer. Olikheterna

³² Annorlunda t ex när det tvistas om leveranstider, som endast kan vara vagt angivna i lag; dock hör sådant oftast till det individuellt avtalade och faller alltså utanför framställningen.

i lagtillämpningen bygger på ett så skönsmässigt förhållande som att part medtagit eller avstått från en hänvisning till dispositiv rätt. Sålunda betraktat kan stadgandet enligt min mening inte undgå stark kritik.

En sammanfattning av amerikansk praxis – så långt den här kunnat överblickas – ger vid handen att man numera avlägsnat sig från common laws "last shot"-princip som den tillämpades i UCC:s tidiga historia. I stället har det visats frikostighet gentemot skyddsklausuler om att endast de egna villkoren skall gälla, ifall sådant förbehåll förekommer i den först översända handlingen, i "anbudet". Finns den däremot i den andra uppsättningen standardbestämmelser, "accepten", får skyddsklausulen i normalfallet ingen verkan. Det spåras vidare starka tendenser i praxis till förmån för en klausulupplösning. I de delar parternas standardvillkor någorlunda överensstämmer, skall de reglerna gälla. För de fall skyddsklausul saknas och en "first shot"-metod inte kan lösa frågan om de divergerande villkoren, har dispositiv rätt fått utfylla avtalet, även om det finns drag i rättstillämpningen, som tyder på att också en friare tolkning av partsförhållandena är möjlig. Ett huvudmål som UCC-praxis delar med common law är strävan efter att finna en gemensam partsvilja.

3.2.3 Doktrin

De kommentarer jag tagit del av till section 2-207 UCC har alla ett gemensamt. De är starkt kritiska till stadgandets utformning, både språkligt och materiellt. Bland handböckerna intar alltjämt *Whites och Summers* enbandskommentar till UCC en tätposition.³³ De juridiska tidskrifterna har sedan början av 1960-talet haft en rik flora av artiklar i ämnet.³⁴ Jag hänvisar här till sammanfattningen av debatten hos *Thatcher* och *Murray* samt hos *Baird och Weisberg*.³⁵

³³ White & Summers, *Handbook of the law under the Uniform Commercial Code*, 2 ed (1980). I övrigt kan här nämnas lösbladsutgåvorna Spires, *Doing business in the United States II*, och Duesenberg & King, *Sales and bulk transfers under the UCC*, samt monografierna Alderman, *A transactional guide to the Uniform Commercial Code*, 2 ed (1983), Hillman, *Common law and equity under the UCC* (1985) och Henson, *The law of sales* (1985).

³⁴ *Uniform Laws Annotated*, UCC § 2-207, anger 1987 inte mindre än 59 (!) tidskriftsartiklar i ämnet.

³⁵ Thatcher, *Battle of the forms: Solution by revision of section 2-207*, 16 UCC L J (1984) s 237-254, särsk kring not 25 f; Murray, *The chaos of the "Battle of the Forms": Solutions*, 39 Vand L Rev (1986) s 1307-1385, särsk s 1308 ff, 1343 ff och för äldre praxis s 1330 ff;

White och Summers har påpekat, att regelns ursprungliga syfte var att komma till rätta med common laws stränga synsätt, att anbud och accept måste överensstämma till punkt och pricka. Gjorde de inte det, förelåg inget avtal. I sådana fall kunde en mindre nogräknad part krypa ur den avsedda avtalsbindningen – åtminstone innan någon av parterna fullgjort sin del³⁶ – utan att riskera skadeståndsskyldighet. *Llewellyn*, UCC:s ”fader” värnade om att man skulle ”keep the welsher in the contract”.³⁷ Därför konstruerades stadgandet med syfte att förklara även divergerande standardvillkor som gemensam bas för ett faktiskt avtalsförhållande. Men detta primära ändamål med rötter i 1940-talets diskussion har numera överskuggats av stadgandets betydelse för att konstruera ett avtalsinnehåll, sedan parterna väl presterat.³⁸ Rörande den materiella tolkningen av section 2–207 UCC skall jag främst uppehålla mig vid verkan av *skyddsklausul* och skillnaden mellan ”different” och ”additional terms” i subsection (2). Avslutningsvis noteras också en plaidoyer för återgång till den strikta avtalsmekanismen i common law.

Skyddsklausuler för de egna villkorens exklusiva tillämpning har i litteraturen getts stor betydelse, vilket också avspeglats i praxis. Det hänger

Baird & Weisberg, Rules, standards and the battle of the forms: A reassessment of § 2–107, 68 Va L Rev (1982) s 1217–1262, se särsk kring not 6.

³⁶ Jfr i den situationen frikostigheten i äldre praxis att tolka realhandlande som accept. – Ett tydligt exempel på att förutsättningarna härför något förändrats återfinns i *Diamond Fruit Growers, Inc v Krack Corp*, 794 F2d 1440 (1986): Köparens mottagande av levererat gods ansågs inte utgöra realaccept av säljarens villkor med klausul om friskrivning från följdskada. Domstolen vägrade att återgå till den äldre ”last shot”-lösningen. – Se vidare om försiktig inställning till realhandlandet som konkludent accept hos Alderman s 24 f och Murray 39 Vand L Rev s 1345.

³⁷ Se om den historiska bakgrunden till section 2–207 UCC även Murray, 39 Vand L Rev (1986) s 1319 ff, med påpekande om att stadgandet också har betydelse som en möjlighet för domstolarna att utöva *öppen* kontroll av standardvillkorens kvalitet. Härvidlag hänvisas till *Steiner v Mobil Oil Corp*, 569 P2d 751, 758 (1977): ”/Section 2–207/ requires the courts to put aside the formal and academic stereotypes of traditional doctrine of offer and acceptance and to analyze instead what really happens.” – I målet underkändes oljebolags rätt att fritt ändra rabatter till bensinmackar. Köparvillkorens krav på fast rabattsystem stod sig med tillämpning av ”first shot”-modellen, sedan köparens skyddsklausul ansågs tydlig nog, 2–207(2)(a), och säljarens villkor dessutom verkat väsentligen ändrande, 2–207(2)(b).

³⁸ *White & Summers* s 25 f med en drastisk, ofta citerad liknelse: Stadgandet är som en ”amphibious tank that was originally designed to fight in the swamps, but was ultimately sent to fight in the desert. – ...it also suffers because the desert terrain has proved to be so varied.”

samman med den grundläggande frågan, huruvida parterna enligt subsection (1) verkligen har inträtt i ett avtalsförhållande med varandra.³⁹ Som emellertid tvisten inte så ofta rör avtalets bestånd i sig, ligger betydelsen av skyddsklausul snarast på infoganderegeln i subsection (2)(a).⁴⁰ Betydelsen av skyddsklausul blir tydlig, om man med åtskilliga författare framhårdar i att skilja mellan den *först* översända handlingen och de följande. Här visar sig tydligt, att stadgandet i UCC blivit en blandning av common laws avtalsmekaniska synsätt och försöken att bygga den nya ordningen på en öppnare normtillämpning.⁴¹ För den som först får iväg sina villkor, kommer skyddsklausulen att freda honom mot både "different" och "additional terms" i motpartens standardkontrakt.

White och Summers ägnar stort utrymme åt att diskutera utformningen och tydligheten hos en sådan, verksam, skyddsklausul.⁴² Samtidigt uttrycker de en allmän skepsis mot bruket av skyddsklausul, eftersom den förtar effekten av försöken att bryta med common laws avtalslära och införa öppnare normer. *Spires* å andra sidan anför med praxisbelägg, att rutinmässigt infogade skyddsklausuler inte tilläggs verkan.⁴³ Hans tankegångar stämmer väl inte helt överens med utgången i *Egan*-målet, där klausulen visserligen var tydlig men saknade individuell utformning.⁴⁴ *Hillman* är kritisk mot att part så lätt skall kunna införa en protest mot medkontrahentens villkor, även om han konstaterar att praxis varit frikostig.⁴⁵

Det finns alltså doktrinstöd, låt vara mattare än i praxis, för att ge skyddsklausul verkan när den förekommer i den *första* handlingen. Där emot bör enligt de flestas åsikt inte fästas vikt vid sådant förbehåll i *senare* översända standardvillkor. För att få avsedd effekt krävs, att klausulen är så tydligt utformad, att mottagaren inte kan missförstå budskapet. Verkan får motpartens efterställda skyddsklausul först då den är så uttrycklig att man kan tala om en reklamation. Följden blir då öppen dissens mellan parterna.⁴⁶

³⁹ Se lagtexten in fine: "...unless acceptance is expressly made conditional on assent..."

⁴⁰ Se lagtexten: "the offer expressly limits acceptance..."

⁴¹ Se särskilt kritiken hos Baird och Weisberg, 68 Va L Rev s 1254 ff.

⁴² White & Summers s 33 ff, 38.

⁴³ Spires II, § 14.04 [2][c] not 5.1.

⁴⁴ Se ovan avsn 3.2.2 vid not 29.

⁴⁵ Hillman § 2.05 not 99 i suppl, jfr dock not 92.

⁴⁶ White & Summers s 33 ff, 38; Alderman s 18 ff; Henson § 1.06.

En sammanfattning av den försiktigt kritiska inställningen till skyddsklausuler ger vid handen ett beklagande av att deras tillämpning gjort stadgandet i section 2–207 UCC om intet i viss del. Ett regelmässigt sådant infogande ger nämligen till resultat, att man i praktiken skapat ett system, där starkt företråde ges åt den först översända handlingen. Denna "first shot"-modell saknar direkt stöd i lagtexten och dess förarbetsliknande Official Comments, menar kritikerna. Härvidlag har de naturligtvis rätt. Men det är samtidigt inte så förvånande att domstolarna haft svårt att frigöra sig från common laws grundläggande viljeteori. Företråde för ena parten genom hänsynstagande till hans viljeyttring har dock inskränkts i jämförelse med den äldre "last shot"-skolan.

Mera splittrad blir bilden av doktrinen, när vi betraktar frågan om *parts-bindning med hjälp av subsection (2)* eller snarare dess oförmåga att få till stånd ett avtalsinnehåll. Vi rör oss alltså med antingen "different terms" eller sådana "additional terms", som innebär en väsentlig förändring i förhållande till de från medkontrahenten mottagna villkoren.⁴⁷ Den typen av klausuler faller utanför stadgandets ordalydelse. Utan att alltför mycket gå in i detalj på de skilda typsituationer, som diskuterats i litteraturen, väljer jag exemplet att det i standardkontrakten finns motstridiga klausuler rörande säljarens ansvar för följdskada. I det läget pläderar *White, Alderman, Henson, Spires* och väl också *Hillman* för att inte låta någondera partens villkor gälla, om så inte framgår av bevisat tydligt partsbruk eller individuellt partsagerande.⁴⁸ I stället skall den omtvistade frågan lösas genom tillämpning av dispositiv rätt, och man talar glatt om en "knock-out"-effekt.⁴⁹

Mot denna majoritetsteori om "snabbast möjliga" hänvisning till dispositiv rätt står *Summers*. Han är anhängare av "first shot"-skolan även utan att starkt betona skyddsklausulens nödvändighet för första standardvillkorets företråde. Det finns nämligen, menar *Summers*, allmänt goda skäl för att låta första skytten vinna slaget. Den förste har nämligen större anledning att anta, att hans villkor får gälla, än mottaga-

⁴⁷ Jfr utförlig redovisning av tudelningens bakgrund hos Murray, 39 Vand L Rev s 1360 ff.

⁴⁸ Vi får i sammanhanget inte glömma bort, att en *faktiskt* rådande överensstämmelse mellan parternas viljeförklaringar självfallet tar över standardformulärens villkor. Möjligheterna att bevisa sådan konsens är dock starkt begränsad, om den saknar skriftlig dokumentation.

⁴⁹ *White & Summers* s 30 f; *Alderman* s 18 ff, 25 f; *Henson* § 1.06; *Spires* § 14.04[2][c] efter not 6; *Hillman* § 2.05 not 92.

ren har att det av honom *senare* översända formuläret tas för gott av den som redan avlevererat egna villkor. Den som först mottagit en annans villkor har också möjlighet att värja sig genom att reklamera otvetydigt eller att avstå från avtal. Förkärleken för dispositiv rätt är mindre påtaglig hos Summers.⁵⁰ Man kan sammanfatta Summers' teori som en "first shot"-metod utan kravet på skyddsklausul.

Om praxis med skyddsklausulens hjälp kan sägas vila på viljeteoretisk grund, förefaller Summers mera betona tillitsaspekten. Sätillvida finner jag Summers' resonemang tilltalande, som en skyddsklausuls självständiga betydelse bör minska ju vanligare eller slentrianmässigare sådana blir. I valet mellan dessa bägge huvudlösningar förefaller dock praxis ha valt den av White m fl förespråkade. Men resultatet blir, som nyss påpekades, inte så olik Summers' modell, ifall första avsändarens villkor innehåller skyddsklausul och rättstillämpningen lägger vikt vid den metoden att utesluta medkontrahentens senare översända motstridiga villkor.

Mot de nu presenterade huvudlösningarna kan, som ett exempel på amerikanskt författarskap, nämnas *Bairds och Weisbergs* varma förespråkande för en återgång till common laws stränga avtalsmekanik: Avvikande villkor innebär avslag i förening med nytt anbud, som får anses godtaget av den part som mottar medkontrahentens fullgörelse.⁵¹ Denna "last shot"-princip skulle, enligt författarna, utgöra ett starkt incitament för parterna att genomförhandla sin avtalssituation. Den skulle verka handlingsdirigerande. Modellen stöttas också av ett löst framställt rätts-ekonomiskt resonemang.⁵²

Till detta är väl att säga, att det gäller – där som här – att vara originell och kanske litet falsksjungande för att höras i kören. I svenskt diskussionsklimat och ändamålstänkande förekommer förvisso föreställningar om rättsreglernas och tillämpningens dirigerande verkan. Inte är heller hos oss förtjusningen allmän över att öppna normer ersätter ett strikt regelsystem, till vilket parterna är tänkta att anpassa sig. Men just "the battle of the forms" visar väl bättre än många andra situationer, att parterna inte rättar sig efter regelsystemet. När sociologiska undersökningar påtalar, att parterna handlar ganska oövertänt – oberoende av

⁵⁰ White & Summers s 28 f, 32.

⁵¹ Jfr dock den i amerikansk litteratur redovisade åsikten, att common law inte längre är så frikostig att godta realhandlande som konkludent accept; Alderman s 24 f och Murray, 39 Vand L Rev s 1345.

⁵² Baird & Weisberg, 68 Va L Rev (1982) s 1254 ff.

om de agerar under common law, UCC eller andra regler – synes det mig vara kärt besvär förgäves att tvinga näringslivet åter till ett system, som det i valet mellan många olika varianter betsämt har avvisat.

Två andra exempel på "annorlunda" tänkande redovisas här som senare inlägg om UCC:s reglering i *ledande* amerikanska tidskrifter.⁵³ *Thatcher* presenterar med lagtext och kommentar en lösning, som är rakt motsatt den nyss upptagna.⁵⁴ Här är det verkligen "standards" och inte "rules" som skall gälla. Förslaget har i sig den fördelen att det klart väljer väg och inte som UCC:s reglering innebär ett mellanting mellan avtalsmekaniskt synsätt och fri normtillämpning. *Thatcher* är en anhängare av den senare och vill inte enbart hänvisa till dispositiv rätt utan till allt relevant material, som kan tolkas som uttryck för partsvilja, "good faith", tilltro, sedvänja m m.

Likheten med *Murrays* åsikt är slående.⁵⁵ *Murray* utgår dock från "the reasonable offeror". Om anbudsgivarens villkor är rimliga med hänsyn främst till innehållet i dispositiv rätt skall denne kunna förlita sig på att antagande svar från medkontrahenten inte rubbar förutsättningarna för avtalet. Accepten skall således betraktas som ren, även om den innehåller avvikande klausuler. På detta sätt, menar *Murray*, blir lagstiftningens "goda" standard mer eller mindre automatiskt gällande mellan parterna. *Murray* är själv medveten om den kritik som kan riktas mot detta föga realistiska sätt att resonera. Han avvisar den med att de flesta i bruk varande klausuler är antingen tyngande och överraskande eller onödiga för parternas behov.⁵⁶ – Jag fördjupar mig inte i *Murrays* teser; vad jag invänt mot *Baird* och *Weisberg* ovan gäller även i *Murrays* fall. Jag återvänder i stället till den mera intressanta utläggningen hos *Thatcher*, som kan ses som en finslipning av *Murrays* idéer, även om det på grund av amerikanskt citeringsmönster inte varit möjligt att säkra ett direkt samband dem emellan.

Thatcher förespråkar en särställning för det fall att den som mottagit ett standardformulär direkt eller indirekt uttrycker en vilja att i omedelbart samband med detta anbud sluta avtal med anbudsgivaren. Svarar

⁵³ Det finns över 200 "law reviews" i USA, och bidrag som inte varit tillgängliga ens vid Max-Planck-Institut i Hamburg har jag ansett mig kunna bortse ifrån.

⁵⁴ 16 UCC L J (1984) s 237 ff.

⁵⁵ *Murray*, 39 Vand L Rev (1986) s 1343 ff, 1350 ff, 1375 ff, med angivande att huvuddragen i tankegången presenterats redan 1978 i 39 U Pitt L Rev.

⁵⁶ 39 Vand L Rev s 1383 f.

alltså anbudstagaren inom skälig tid eller utsatt frist, står det honom i och för sig fritt att lämna oren accept, som innebär avslag och nytt anbud. Detta kan tyckas mekaniskt, men Thatcher ställer höga krav på tydlighet för att svaret inte skall ses som en ren accept; förtryckta skyddsklausuler räcker exempelvis inte. Ytterst är det en tolkningsfråga, om mottagaren skall anses ha godtagit villkoren, trots att han i svaret bifogar egna, avvikande kontraktsbestämmelser. Så långt rör vi oss alltså med en modell som till sin grundstruktur också gynnar den först agerande. Men den är inte strikt utan öppen för motbevisning om att mottagaren verkligen uttryckt en avvikande vilja.

Skulle däremot svaret på de först översända standardvillkoren vara ett tillräckligt tydligt uttryck för mottagarens önskan att handla endast på egna klausuler, övergår reklamationskyldigheten på medkontrahenten, den först agerande. Även denna protest måste vara mycket klar, samtidigt som det utsägs att passivt mottagande av andra partens prestation innebär konkludent accept.⁵⁷ Thatcher anser sin modell ligga närmast de föreställningar i näringslivet, som kan utläsas av vissa rättssociologiska undersökningar. Den är också öppen för starkt varierade individuella bedömningar. Så skall exempelvis kravet på tydlighet i reklamationer bedömas inte bara enligt ordalydelsen i en svarshandling utan även med hänsyn till bl a sedvänja, preliminärförhandlingar, avtalets komplexitet och de ursprungliga klausulernas stränghet. Thatcher, som strävar efter en anpassning till och inte en dirigering av kommersiell praxis, antar att den öppna metoden i någon mån avskräcker part från att försöka påtvinga motpart oskäligt gynnande villkor. Förslaget ger ingendera sidan omedelbart företräde. Han är dock medveten om att modellen i sig medför en fara för ökat processande.⁵⁸

För den som föredrar öppna normer framför fasta spelregler, bär Thatchers förslag många tilltalande drag. Under givna, låt vara mycket individuella, förutsättningar blir endera partens villkor gällande.⁵⁹ Men valet av "vinnare" synes mig välavvägt. Den som tillräckligt tydligt gör sin stämma hörd, behöver inte riskera att bindas vid motpartsvillkor. Att modellen skulle vara processbefrämjande anser jag vara en ganska överkomlig brist. Mig veterligt finns inget vetenskapligt belägg för att

⁵⁷ Thatcher, 16 UCC L J s 245 ff.

⁵⁸ Ibid s 245 f, 248 ff.

⁵⁹ I fall av *öppen* dissens hänvisar han, som alla andra författare, till dispositiv rätt.

tvistebenägna parter skulle dra sig för att stämma bara på grund av en regels tekniskt materiella utformning. Möjligen kunde däremot klara bevisbörderegler eller rent av presumtioner stoppa den som är bevis-skyldig från att söka sak utan starka kort. Ett försvar för Thatchers modell, som han själv bara indirekt framför, skulle vara att de öppna normerna ökar parternas vilja att kompromissa och förlikas. Och då skulle ju vinnas ett mål, som väl alla kan enas om.

3.2.4 Sammanfattning – USA

Liksom praxisredovisning måste litteraturgenomgång av amerikansk rätt bli selektiv, om det berättigade kravet på egen bearbetning och kommentering skall uppehållas. Det upptagna räcker för att illustrera splittringen i omdömena om detta första försök att i lagtext reglera "the battle of the forms". Den valda regelutformningen har visat sig både komplicerad och svårtolkad, kanske inte minst beroende på att lagstiftaren inte gjorde klart för sig vilka fall som verkligen reglerades genom stadgandet. Section 2-207 UCC är ju inte enbart till för kolliderande standardvillkor, även om den konflikten i dag synes vara den allt över-skuggande.⁶⁰

Förhållandevis stor enighet i praxis och doktrin finner man på en punkt: bifall till en *klausulupplösande* modell. Överensstämmande villkor skall gälla, även om det i övrigt föreligger stor diskrepans mellan skilda klausuler. Den gamla "paket"-synen på standardavtal är övergiven. Det är dock en ganska okontroversiell ståndpunkt, som dessutom inte löser särskilt många tvister.

I övrigt är spektrum brett, även om jag tyckt mig finna viss övervikt för att ge den *först agerande* vissa fördelar, särskilt om han genom en *skydds-klausul* betingat sig att handla endast på egna villkor.

Både i litteratur och i praxis finner man vidare en med kontinental-europeiskt och nordiskt synsätt något oartikulerad inställning till frågan, huruvida *partsviljan* eller *partstilliten* skall sättas i centrum. I litteraturen finns lösningsförslag, som företräder en, enligt min mening, inte oäven blandning av båda tankegångarna. Common law bygger på vad vi skulle

⁶⁰ Stadgandet skall också lösa bl a en grundläggande fråga om avtal över huvud taget föreligger. Det kan också tillämpas när det gäller muntligt avtalsslut med efterföljande ensidigt översändande av leveransbestämmelser. Vissa författare menar rentav, att 2-207 UCC är en allmän jämningsregel, varigenom dispositiv rätt kan sättas i partsavtalets ställe.

karaktisera som viljeteoretisk grund. Frikostigheten att låta realhandlande utgöra accept – särskilt i rättstillämpningen före UCC⁶¹ – är emellertid samtidigt uttryck för ett framhävande av tilliten. När det gäller kommersiella sammanhang har dessa synpunkter, ofta under namn av lojalitet, ytterligare poängterats.

Även om alla här redovisade författare – med ett undantag – tagit avstånd från den stela avtalsmekanismen i common law, saknas alltså en klar frigörelse från tanken att ena parten lämnar *anbud* och den andra avger *accept*. Även reformivrare bygger upp sina resonemang så och talar flitigt om anbudsgivare och anbudstagare. Men kanske har jag lagt större vikt vid den i sig praktiska terminologin än vad författarna verkligen menat. Det är onekligen lättare och väl också klarare att tala om *offeror* och *offeree* i stället för om den som först skickar sitt standardkontrakt och om mottagaren av dessa först översända handlingar. Kvar står emellertid den kritiken, sällan berörd i amerikansk litteratur, att det stundom beror på *slumpen* vem som först sänder sina standardvillkor. Det saknas enligt min mening en realistisk inställning till avtalsslutets successiva inträde. Som kommer att redovisas bland de egna resonemangen nedan i *kap 6*, har det dock synts mig omöjligt att finna en fungerande *avtalsrättslig* lösning, som inte ger visst försteg åt endera parten. Det blir i vart fall mera neutralt, om man därvid prefererar det kronologiska agerandet framför exempelvis parts ställning som köpare eller säljare.

⁶¹ Som framgår av nästa avsnitt finns liknande tendenser i modern *engelsk* rätt att lägga mindre vikt vid realhandlandet som konkludent accept.

3.3 England

Grunddragen i common laws avtalsmekanism har beskrivits i inledningen till USA-avsnittet ovan: en sträng mirror-image-rule; standardformuläret betraktat som ett ouplösligt paket; realhandlandets verkan som konkludent accept. I avsaknad av relevant lagstiftning på området har nyare engelsk rätt utvecklat dessa grundsatser, som alla något tummats på utan att man kan tala om ett definitivt nytänkande. Praxis är emellertid långt ifrån rikhaltig, och doktrinen har inte ägnat "the battle of the forms" samma intensiva intresse som i USA.

3.3.1 Praxis

Ingen framställning av "the battle of the forms" tycks kunna undvika det ledande engelska rättsfallet, *Butler Machine Tool Co Ltd v Ex-Cell-O Corpn (England) Ltd*.¹ Målets berömmelse kan i dagens perspektiv te sig en smula överdriven. Men det tillhör den första generationens kollisionfall,² och det är ovanligt renodlat. Till saken hör väl också att Lord Denning deltog i avgörandet vid en tidpunkt då han stod på höjden av den ryktbarhet, som inte saknade herostratiska drag.

Butler tillverkade maskiner och tillställde efter vissa preliminärer köparen en offert med bifogade standardvillkor. Dessa innehöll bl a en skyddsklausul och förbehåll om prishöjning. Köparen svarade med en order, till vilken bifogades standardvillkor som innebar åtskilliga avvikelser från säljarens, bl a i fråga om hävningsrätt och leveranssätt. Däremot fanns ingen motsvarighet till säljarens prisvariationsklausul. Ordern hade en "tear-off slip", en i sammanhanget inte ovanlig företeelse; den skulle återsändas till köparen som orderbekräftelse. Så gjorde också säljaren efter diverse meddelanden och kontakter mellan parterna. Trots att erkännandet innehöll ett godkännande av köparens villkor, bifogade säljaren en egen skrift, i vilken han upprepade offertens bestämmelse om leverans på egna villkor. Tvist uppstod om priset, sedan säljaren betingat sig en höjning.

Mellan de tre ledamöterna i Court of Appeal förelåg ingen divergerande uppfattning om common laws grundläggande avtalsmekanism. Ett avvikande svar på en offert innebär avslag i förening med nytt anbud. Inte heller förnekade någon att det verkligen förelåg ett

¹ [1979] 1 All ER 965; [1979] 1 WLR 401, CA.

² Målet avgjordes redan 1977 men blev orapporterat i två år.

avtal mellan parterna. Men i fortsättningen skilde sig *Lawton och Bridge LJJ* från *Lord Denning MR*. De förstnämnda tillämpade ett strikt mekaniskt synsätt och såg säljarens bekräftelse genom den särskilda handlingen, "tear-off slip", som en accept av köparens "counter-offer". Säljarens ursprungliga order hade genom avslag förlorat sin verkan och kunde inte återupplivas genom att säljaren ånyo hänvisade till de egna villkoren. Inte heller ansågs köparens mottagande av maskinen som en realaccept av dessa säljarvillkor.³

Lord Denning MR däremot intog en öppnare attityd till frågan hur man bäst avgör "the battle of the forms". Han beskrev flera olika modeller: "first shot" eller "last shot" ges företräde; villkoren harmoniseras i möjligaste mån; fri tolkning av avtalsinnehållet om klausulerna inte kan sammanjämkas. Efter att ha konstaterat att underdomstolen valt att ge säljarens ursprungsvillkor företräde, "first shot", påpekade *Lord Denning* i stället vikten av att skaffa sig en samlad bild av parternas agerande före leverans. Eftersom det inte förebringats muntlig bevisning i målet, blev detta sökande efter en tänkt gemensam partsvilja inskränkt till en genomgång av skriftväxlingen. Tolkningsvis, "as a matter of construction", bestämde han sig för att betrakta säljarens bekräftelse, "tear-off slip", som avgörande, "the decisive document". På den grunden blev *Lord Dennings* domslut detsamma som kollegernas. Köparens, av säljaren sålunda godtagna, villkor skulle gälla, och prisjustering var således utesluten.⁴

De två vota, som förordade ett mekaniskt synsätt kan lämnas med den hastiga kommentaren, att deras lösning var en tillämpning av en strikt "last shot"-modell, som inte hade mycket till övers för en öppnare normtillämpning. Av visst intresse är, att de framstår som direkta motståndare till ett klausulupplösande förfarande.⁵

³ [1979] 1 All ER 965, 969 ff.

⁴ Ibid s 969.

⁵ Två påpekanden bör göras om sättet att tolka engelska rättsfall. Eventuella majoritetsförhållanden spelar mindre roll än hos oss, i synnerhet när utgången blivit densamma. Sättet att votera och avkunna dom har också betydelse, när som i det här fallet saken avgörs genom muntlig presentation av skäl och slut i omedelbar anslutning till förhandlingen. Domarna tar sig inte alltid tid att ens överlägga inbördes före avkunnandet. När så ordföranden voterar först och, som *Lord Denning* gjorde, kommer med ganska nymodiga idéer, är det inte lätt för de övriga att i stundens hetta ta ställning till dem. Informativ och roande läsning härom hos *Russel*, *Behind the appellate curtain*. I: *Harvey, Lawyer and justice* (1978) s 251–262. I utdrag även i *Glendon m fl, Comparative legal traditions* (1985) s 561 ff (med felaktig källhänvisning).

Lord Dennings inställning är mera intressant. Det har också resulterat i ett otal kommentarer.⁶ Som jag ser det, ger Dennings domskäl en möjlighet att skapa en öppnare form av tillämpning. Han understryker särskilt vikten av att beakta *allt* relevant material. Men så långt som till ett fritt skapande av en rättsföljd, när det saknas överensstämmande partsvilja, går han inte. I stället blir det ett slags hybrid mellan "last shot"-modellen – som väl även för Denning varit den avgörande – och öppen normtillämpning. Eller är det rentav en avtalsmekanisk metod, som fått ett drag av öppenhet blott genom Dennings särpräglade sätt att motivera domen?⁷ Det går också att tolka Dennings votum som ett slags "second shot"-modell. Han skulle alltså inte vara beredd att ge utdelning åt det sista formuläret i ett fall då åtskilliga skrifter växlas. I stället gäller det att hitta den första möjliga svarsskrift, som kan tolkas som en accept av motsidans villkor. I ett något senare rättsfall, som strax skall refereras, återfinns också drag av en sådan "second shot"-idé, vars olikhet från grundläggande avtalsmekanism dock inte får överdrivas.

Två väsentliga, ehuru negerande, slutsatser kan dras av *Butler*-målet. Engelsk rätt är enligt det avgörandet inte benägen att lägga vikt vid *skyddsklausuler*.⁸ Inte heller tycks *realhandlandet*, i detta fall mottagandet av maskinen, ha haft den betydelse, som det förmodligen skulle fått i äldre tillämpning av common law. Vi ser här intressanta skillnader och likheter mellan *engelsk* och *amerikansk* rätt. Olikheten beträffande skyddsklausulens verkan kan tillskrivas inflytandet av lagregleringen i USA; möjligheterna att freda sig mot medkontrahentens villkor är inbyggd i section 2–207 UCC. En viss likhet i nedtonandet av *realhandlan-*

⁶ Se bl a Jacobs, 34 ICLQ s 301 ff med vidarehänvisningar; Howarth, Contract, reliance and business transactions, [1987] JBL s 122–131; Atiyah, Fskr Denning s 32 f; Cheshire & Fifoot, Law of contract (1981) s 144; Hellner, Kommersiell avtalsrätt s 49 f; Lando, UFR 1988, B, s 9 f.

⁷ Jfr *Atiyahs* djärva tolkning, att Dennings ord i själva verket skulle bero på att det var säljarens eget dröjsmål, som utlöste prisvariationsklausulen, och att det därför var oskäligt att ge säljaren extra ersättning. Som Atiyah också säger, har den svagt stöd i Dennings formuleringar, nyss a st. – I annat sammanhang har Atiyah uttalat sympati för en tillämpning av dispositiv rätt vid motstridiga klausuler, alternativt preferans för underförstådda villkor, "implied terms", se Atiyah, An introduction to the law of contract (1981) s 55.

⁸ Skyddsklausulen spelade förmodligen roll för utgången i första instans, men domsmotiveringen där är inte refererad och slutsatsen bygger på ett hastigt yttrande i Lord Dennings votum. – I litteraturen har också *Treitel*, The law of contract (1983) s 17 f, anført, att ena partens skyddsklausul utesluter motpartens villkor; om sådan utnyttjas av båda uppstår dock dissens enligt *Treitel*.

det är skönjbar. Här är det alltså fråga om en gemensam utveckling, snarast av common law eftersom realhandlandets verkan av accept inte direkt behandlas i UCC. – En jämförelse med tysk rätt, se strax nedan, ger vid handen, att den *engelska* betoningen av *viljementet* inte är lika påtagligt.

Ytterligare ett rättsfall kan vara värt ett närmare betraktande, *OTM Ltd v Hydranautics*:⁹

I säljarens offert hade standardformuläret bl a en skiljeklausul med hänvisning till kalifornisk rätt. Köparens därefter översända villkor hänvisade till skiljedom enligt engelsk lag. Efter en tids kommunikation mellan parterna över telex skickade säljaren ett nytt formulär med hänvisning till de ursprungliga villkoren för avtalet. – Enligt *Parker J* slöts avtalet redan under de telexöverläggningar, som föregick säljarens sista försök att handla på sina egna villkor. Översändandet av dessa ändrade inte avtalsinnehållet enligt domstolens uppfattning.

Synsättet i *OTM*-målet är ånyo avtalsmekaniskt. Det anknyter dock mera till reella förhandlingar än ett renodlat "battle of forms"-fall och är alltså inte lika rent som *Butler*. Resultatet liknar dock vad jag kallat "second shot" i anslutning till Lord Dennings votum i det målet. Det är emellertid att märka, att de överläggningar, som bestämde tidpunkten för avtalslutet i *OTM*, inte berörde den tvistiga skiljeklausulen. Även i detta mål finns det alltså kvar en avoghet mot klausulupplösning till förmån för att betrakta standardformuläret som en enhet.¹⁰

Bland andra rättsfall, som utan att vara renodlade exempel brukar anföras i samband med diskussionen om kolliderande standardavtal,¹¹ skall bara nämnas *British Steel Corp v Cleveland Bridge and Engineering Co Ltd*.¹² Det har föranlett intressanta synpunkter av *Howarth*,¹³ som jag återkommer till i doktrinavsnittet. Målet är dock atypiskt, eftersom det behandlar en situation, där parterna presterade trots att det förelåg en

⁹ [1981] 2 Lloyd's Rep 211.

¹⁰ Parker J gjorde också ett försök att tolka section 2-207 UCC och kom därvid till samma slutresultat som när han tillämpade engelsk rätt. Utläggningen av det amerikanska stadgandet är enligt min mening inte invändningsfri, eftersom Parker J inte tycks ha haft klart för sig övervikten av "first shot"-lösning i amerikansk rätt.

¹¹ Se praxisbelägen hos exvis Yates & Hawkins s 78 f.

¹² [1984] 1 All ER 504.

¹³ [1987] JBL 122.

öppen dissens mellan dem. Sådana situationer har i stort lämnats utanför denna framställning.¹⁴

3.3.2 Doktrin

Det kan i litteraturen skönjas en allmän och föga förvånande uppfattning, att common laws avtalsmekaniska regler inte är väl ägnade att lösa "the battle of the forms". Varken svaret att inget avtal alls föreligger på grund av dissens eller att endera parten skall påtvinga den andra sina villkor, är helt tillfredsställande.¹⁵ Här skall presenteras två i grunden olika lösningsförslag ur den engelska litteraturen.

Efter en jämförelse av common law i engelsk tappning med Uniform Commercial Code formulerar *Jacobs* ett antal principer, som han anser bör vara grundläggande för en rimlig lösning.¹⁶ Han är, allmänt sett, inte nöjd med någotdera av dessa system: Varken engelsk common law med sin "last shot"-modell eller UCC med sina tolkningssvårigheter och enkla möjlighet till "first shot"-lösning svarar mot näringslivets behov och intresse. En "ideallösning" skall därför inte, som UCC, ge parterna möjlighet att med skyddsklausuler och på andra sätt vända tillbaka till ett avtalsmekaniskt system. Utgången av en konflikt bör heller inte vara slumpartad, som den lätt blir om avgörande vikt läggs vid först eller sist översända villkor. *Jacobs* är vidare motståndare till att behandla ett standardavtal "paketmässigt"; det bör alltså ske en klausulupplösning. Är parterna överens i grundläggande frågor, föreligger ett avtal. Om parterna har motstående klausuler för väsentliga frågor, måste dessa slutligt lösas av domstol. Därvid kan det vara lämpligt med viss förutsebarhet för att undvika alltför kasuistisk tillämpning. En "very weak" presumption bör då ges för att *säljarens villkor* skall gälla, eftersom han bestämmer sitt pris efter bl a de ansvarsbegränsningar som styr mellanhavandet.¹⁷

¹⁴ För ett absolut krav på fullständigt anbud, se *Gibson v Manchester City Council*, [1979] 1 WLR 294, HL, särsk Lord Diplocks votum s 296 f. I avsaknad av en handling som kunde anses utgöra anbud, ansågs inget avtal föreligga trots god tro och konkludent handlande hos medkontrahenten; befogade konsumentskyddsintressen beaktades inte när avtalsmekanismen brast.

¹⁵ Se exvis sammanfattning hos *Jacobs*, 34 ICLQ (1985) s 297 ff.

¹⁶ Ibid.

¹⁷ *Jacobs* 34 ICLQ s 314 f. - Jag utelämnar här vissa specialrekommendationer rörande reglerna för *consideration* och *agency*.

Det finns enligt min mening åtskilligt av värde i Jacobs' rekommendationer. I viss mån är de naturligtvis avhängiga av hur man tolkar engelsk och amerikansk rätt. Han har heller inte diskuterat rättspraxis i anslutning till UCC. Kravet på klausulupplösning kan tyckas som ett skott över målet, men domstolarna förefaller inte, som nyss visats, helt ha frigjort sig från "pakettänkandet". Så länge dissensen i vart fall inte är öppen, som i *British Steel*,¹⁸ är det nog ändå en överdriven fruktan, om man befarar att praxis skulle konstatera ett avtalslöst tillstånd och den vägen helt slå ut båda parter standardvillkor. Det förefaller vidare riktigt att bekämpa det chansartade, som ligger i "last shot"-principen, fullt utbyggd. Erfarenheten från *Butler*-målet är dock, att det vill till mera – åtminstone i engelsk rätt – än parts passiva mottagande av motprestation för att tolka in en accept av de sist översända villkoren. I *Butler* var det snarast det andra, inte det sista, skottet som träffade. En förstaskottsregel, mot vilken Jacobs också är kritisk, har i vart fall den fördelen att parterna förhoppningsvis har någon hum om åtminstone kronologin i sitt handlande. Möjligheten att förutse slutresultatet skulle därigenom vara bättre tillgodosedd. Men det argumentet kanske inte är så starkt, som det kan tyckas. Det förkastas, som vi strax skall se, av *Howarth*. Presumptionsregler slutligen hör till mina egna favoriter, och jag skall närmare uppehålla mig vid dem, när de egna lösningsförslagen kommer på tape-ten i kapitel 6.

Annorlunda än den mera traditionella juridiska analysmetoden är *Howarths* behandling av kollisionen.¹⁹ Han har som utgångspunkt de ekonomiska och sociologiska teorier, som berörts ovan i avsn 2.2. Hans strävan är alltså att få till stånd en lösning, som ligger så nära som möjligt ett för näringslivet acceptabelt sätt att resonera. Han kritiserar starkt varje form av avtalsmekaniskt resonemang; utgången i *Butler*-målet vinner därför inte hans gillande.²⁰ Det för en juridisk analys omöjliga förfaringssättet att, som säljaren gjorde i målet och som mycket ofta sker i praktiken, dels acceptera motpartens villkor i en orderbekräftelse och dels ånyo hänvisa till de egna villkoren, är kanske inte lika motsägelsefullt för en affärsman. Å andra sidan finns det inget som säger, att det är

¹⁸ [1984] 2 All ER 504, se strax nedan.

¹⁹ [1987] JBL s 122 ff.

²⁰ Se ovan vid not 1 ff.

en vanlig uppfattning i affärslivet, att visst realhandlande eller passivt mottagande av fullgörelse innebär godkännande av den andres villkor.²¹

Slutligen menar Howarth, att det inte nödvändigtvis är en kommersiell uppfattning att en domstol till varje pris måste söka efter ett juridiskt godtagbart avtalsinnehåll. I stället kunde det räcka med att förklara viss part ha bestämda förpliktelser mot den andre.²² Howarths huvudtes skulle alltså vara, att sådana skyldigheter grundas på medkontrahentens tilltro, "a reliance-based form of obligation". Näringslivet är därvidlag inte alltid betjänt av ett sökande efter rättsföljder, som baseras på ömsesidiga förpliktelser. Ensidigt förhållningssätt kan ofta räcka. Som strax kommer att framgå, har frågan om ensidigt eller ömsesidigt grundade förpliktelser i England en större betydelse för rättsföljden, än jag kan föreställa mig att den har hos oss. Håller vi oss kvar i det juridiska systematiserandet, har nämligen common law en möjlighet att grunda förpliktelser på en välutvecklad flora av kvasikontrakt, ett fält som i Sverige knappast riskerar att hota den omgivande miljön genom övergödning.

Till utgångspunkt för sina mera vittomfattande reformförslag tar Howarth ett mål, som här förbigåtts på grund av den i tvistefrågan ostridigt öppna dissensen mellan parterna, *British Steel Corpn v Cleveland Bridge and Engineering Co Ltd*.²³ Ett kort referat krävs dock för att förstå Howarths resonemang.

Mellan parterna hade förts förhandlingar om leverans av stålelement till ett byggnadsprojekt. Beställaren krävde att leverantören skulle starta tillverkningen före slutlig kontraktsskrivning, och leverantören utgick från att han därvid skulle som vanligt kunna friskriva sig från följdskador. Leverantörens dröjsmål orsakade ett kostsamt byggstopp, varför beställaren vägrade betalning med hänvisning till sin överskjutande, kvittningssgilla skadeståndsfordran. Leverantören förnekade att det förelåg avtal mellan parterna; han kunde således inte ansvara för följdskador. Hans krav på betalning för levererade element grundades alltså inte på mottagarens förpliktelse enligt avtal utan enligt det kvasikontrakt, som kallas *quantum meruit*, dvs krav på det belopp som prestationen är värd. – Leverantören hade framgång. Eftersom det rådde ett avtalslöst tillstånd, kunde dröjsmålet inte

²¹ I den delen är Howarth mera kritisk mot common law allmänt än mot just domsmotiveringarna i *Butler*.

²² Howarth, [1987] JBL s 126 f.

²³ [1984] 1 All ER 504.

grunda skadeståndsskyldighet. Däremot var beställaren skyldig att utge rimlig ersättning för varan.

Howarths bedömning av utgången är enbart positiv.²⁴ Målet visar att parter inte står utan tillgång till rimliga lösningar bara för att det saknas ett bindande avtal. Det hade varit fel att med juridiska metoder tvinga fram en avtalskonstruktion, när parterna var medvetna om att de inte hade kommit överens men ändå agerade på basis av tilltro till varandras goda vilja att fullfölja mellanhavandet. Det är rimligt att en köpare betalar för den leverans han beställt. Men det är för den skull inte klart, att han skall få ersättning för följdskada utan att ha genom avtal betingat sig en sådan ansvarsförpliktelse. Denna lösning är, enligt Howarth, överlägsen "the intricate and often inconclusive niceties involved in ascertaining who fires the last shot in an arbitrary and unrealistic battle of the forms". Synsättet ligger dessutom närmast uppfattningen i affärslivet.²⁵ Flexibilitet i rättstillämpningen för att söka skäliga lösningar, fortsätter Howarth, måste ges företräde framför den mystik som vilar över resonemang kring avtalsmekaniska kedjor av "offer" och "counter-offer". Men Howarth ger också en släng åt de rättssociologiska undersökningar, som kommit fram till att parter agerar utan att göra klart för sig de juridiska konsekvenserna. Hade man i stället frågat affärsmän, om de handlade på basis av tilltro till en rimlig upplösning av mellanhavandet, hade kanske svaren blivit annorlunda. Ty de rättigheter och skyldigheter, som uppkommer därigenom, är också en del av rättsordningen, av det juridiska regelsystemet.²⁶

Det förefaller kanske inte så troligt, att Howarths brandfackla skall förorsaka våld i den byggnad som hos oss timrats av Almén, Lassen, Stang och Ussing. Men de vilda slängarna mot både petrifierad avtalsmekanism och självsäker rättssociologi är viktiga tankeställare.²⁷ Redan här kan sägas, att Howarths konkreta vägval att få fram skäliga ersätt-

²⁴ I en tidigare kommentar till *British Steel* har Adams också uttryckt sin uppskattning av ålägga ersättning med hjälp av *quantum meruit*, [1983] JBL s 300 f. – Även Treitel, s 18, har, om än i vagare ordalag, talat för ersättningskyldighet vid prestation trots dissens.

²⁵ Howarth, [1987] JBL s 128 f.

²⁶ Howarth [1987], JBL s 129 f.

²⁷ Artikeln inleds med ett snart fyrtioårigt uttalande av Lord Devlin, som jag inte gärna vill undanhålla läsaren: "The danger in any branch of the law is that it ossifies. If all lawyers were made doctors overnight, they would flock to the dissecting rooms, for I am sure that they would prefer corpses to live patients", se 14 MLR s 251.

ningsnormer genom att tillämpa kvasikontraktuelle regler är starkt common law-bundet. Men bara därför kan tankegången inte avfärdas.

För de kontinentaleuropeiska systemen finns iögonenfallande paralleller i rättsfigurer som obehörig vinst och culpa in contrahendo. En annan väg är tillämpning av förmögenhetsrättsliga generalklausuler, där tysk rätt är förebildlig. Utomkontraktuell ersättning för ren förmögenhetsskada är en annan tänkbar möjlighet att nå likartat resultat; franska och nederländska förhållanden blir då av särskilt intresse. För att inte leda läsaren i fel riktning, bör det påpekas att jag inte funnit några ansatser att i dessa rättssystem lösa just frågan om kolliderande standardavtal med hjälp av nu nämnda rättsliga institut. – Dessa vägar tycks i förstone alla vara stängda i svensk rättstillämpning. Inte ens 36 § AvtL verkar användbar. Jag återkommer till möjligheterna i *avsnitt 5.4.3*.

3.3.3 Sammanfattning – England

Engelsk rätt uppvisar på ett helt annat sätt än amerikansk ett kvardröjande vid common laws ursprungliga föreställningar om krav på acceptens överensstämmelse med anbudet, synen på standardavtal som ett odelbart paket och föreställningen att realhandlandet innebär en konkludent accept av medkontrahentens avvikande, nya anbud, dvs en "last shot"-modell. Utvecklingen har emellertid inte varit stillastående, och de nya signaler som Lord Denning utsände i sitt votum i *Butler*-målet har i vart fall vunnit åtskilliga doktrinföreträdarens gillande. Någon senare praxis, där domstolarna verkligen brutit med äldre föreställningar och hängt sig åt nyskapande, finns emellertid inte.

Litteraturen om "the battle of the forms" har alltså varit radikalare än rättstillämpningen, låt vara att diskussionen inte varit så intensiv som i USA. I avsnittet ovan har dessutom uppmärksamats en ganska annorlunda infallsvinkel, nämligen möjligheten att med hjälp av kvasikontraktuell ersättningsplikt utjämna de missförhållanden mellan parterna, som en dissensmodell eljest lätt ger upphov till.

3.4 Västtyskland

För *USA* och *England* har det syntts lämpligt att i skilda avsnitt presentera praxis och doktrin. Det avspeglar den rådande rättskälleläran. De stundom djärva lösningsförslag, som presenterats i litteraturen, bär ofta drag av resonemang de lege ferenda, låt vara att det hos oss av många hävdade kravet på en absolut rågång mot "gällande rätt" inte upprätthålls lika strikt. I *Västtyskland* har däremot doktrin och praxis länge gått hand i hand, och flera av de presenterade reformförslagen har jag valt att utelämna. Exempelsamlingen blir ändå vidlyftig. I stället har jag koncentrerat mig på de skolbildningar, som föreligger de lega lata, *avsnitt 3.4.1 och 2*, och på den senaste praxisutvecklingen, som kan bädda för ett ganska avsevärt nytänkande, *avsnitt 3.4.3*.

Den tyska diskussionen om kolliderande standardavtal tog fart i början av 1970-talet med inlägg av bl a *Schlechtriem*.¹ Den tidiga diskussionen kan sägas uppdelad i vissa typfall och typlösningar med utgångspunkt i avtalsmekaniska resonemang, medan sentida debatt sökt modeller, som mera tydligt avviker från de i Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) statuerade reglerna om oren accept. Praxis har visat sig inte oväntat flexibel och öppen för lösningsförslag, som åtminstone inte är fjärmade från kommersiell praktik. Det bör understrykas, att 1976 års standardavtalslag, AGB-Gesetz, inte upptar frågan om kolliderande villkor och alltså inte varit till direkt ledning för rättstillämpningen.²

3.4.1 Äldre skolan: oren accept – "the last shot"

Rättspraxis under 1970-talet präglades av att den till varje pris sökte ett fullständigt avtalsinnehåll med utgångspunkt i *endera* partens standardvillkor. Den närmast till hands liggande lösningen var en tillämpning av § 150 Abs 2 BGB, som i likhet med common law och med 6 § 1 st AvtL säger, att svar på anbud, som innehåller avvikelser från anbudet, innebär avslag i förening med nytt anbud. I tysk rättstillämpning har mottagarens passivitet gentemot ett sådant nytt anbud generöst tolkats som en kon-

¹ Schlechtriem, Die Kollision von Standardbedingungen beim Vertragsschluss, Fskr Wahl, (1973) s 67–80. För fullständig litteraturredovisning se Ulmer i Ulmer–Brandner–Hansen, AGB-Gesetz (1987) § 2 före Rdn 92.

² Ett förslag i lagstiftningsärendet om sådan författningsreglering avisades som alltför detaljerat, se Ulmer, § 2 Rdn 93a.

kludent accept, vilken således leder till avtalsbundenhet på dens villkor, som avgav den orena accepten. Uttryckliga god- och ondtrosrekvisit saknas, i synnerhet av den komplicerade art som finns i 6 § 2 st AvtL. Likväl är en given utgångspunkt kravet på rättshandlande i överensstämmelse med vad "Treu und Glauben" fordrar, §§ 133 och 157 BGB.

Det tyska synsättet hänger nära samman med en sedan länge i doktrin och praxis förekommande uppdelning mellan två typer av bekräftelsehandlingar. En *Bestätigungsschreiben*, avgiven i god tro om att avtal redan träffats, ålägger mottagaren reklamationsplikt, om han vill undgå att bli bunden av avvikelser, som den bekräftelsen innehåller i jämförelse med hans egna villkor. En sådan handling kan närmast liknas vid en bekräftelse, som bara har till syfte att tjäna som bevis om ett redan ingånget avtal. Den som däremot avger en *Auftragsbestätigung* anses genom denna ha avslutat tidigare förda förhandlingar med en formell accept. Skulle den typen av bekräftelse avvika från vad som kan betraktas som anbud – vanligtvis en beställnings- eller ordersedel – kan avgivaren av en *Auftragsbestätigung* inte förlita sig på att medkontrahentens passivitet innebär konkludent godkännande. I de mera renodlade anbuds/acceptförfarandena kan anbudsgivarens blotta passivitet mot oren accept i än mindre utsträckning ges avtalsverkan. – Sammanfattningsvis anses alltså enligt denna äldre uppfattning striden mellan konkurrerande standardvillkor avgöras till förmån för den som sist i god tro avgivit en bekräftelse av typ *Bestätigungsschreiben*. Läran är som synes överensstämmande med den tidigare behandlade "last shot"-modellen och har också i doktrinen kallats "das letzte Wort".³

För de fall, där en överensstämmande partsvilja *inte* kan konstrueras med hjälp av passivitetsresonemang och konkludent accept, återstår inte annat än att konstatera *dissens*. Enligt *Bundesgerichtshofs* (BGH) äldre uppfattning medför dissensen att ingetdera standardformuläret till någon del blivit avtalsinnehåll och att parternas mellanhavanden således skall avgöras av dispositiv rätt. Förutom i de nyss nämnda fallen ligger denna

³ Ulmer, § 2 Rdn 95 f; Staudinger-Schlosser, ABGB 2 § Rz 80 ff; MünchKomm-Kramer, § 151 RdNr 21, 30 med stark kritik av den enligt honom konstlade uppdelningen mellan de båda bekräftelsetyperna; MünchKomm-Kötz, ABGB § 2 RdNr 28 ff med den utläggningen av godtroskravet, att avvikelserna inte får vara sådana att bekräftelseavgivaren "vernünftigerweise mit einem Einverständnis des Empfängers nicht rechnen kann". Alla här upptagna belägg innehåller rikhaltiga vidarehänvisningar till doktrin och praxis. Se även Lando, Kontrakter s 96 ff.

dissensmodell nära till hands,⁴ då part, vanligtvis beställaren, använder en skyddsklausul, *Abwehrklausel*, av innehåll att han endast och uteslutande handlar på sina egna standardvillkor.⁵

Både det försteg som oren accept-resonemanget ger åt den som lämnar den sista konkreta viljeförklaringen – vanligtvis leverantören – och det synsättet att parts avtalsvillkor antingen helt eller inte alls skall utgöra avtalsinnehåll, har drabbats av stark, för en svensk betraktare stundom förödande, kritik.⁶

Redan *Schlechtriem* i sin tidiga artikel 1973 visade stark sympati för klausulupplösning och sammanjämkning av likartade men inte helt överensstämmande regler i parternas standardformulär. Först i andra hand rekommenderas "last shot"-modellen, som i sig försvaras med ändamålet att den är ägnad att undanröja oklarheter och missförstånd mellan parterna. *Schlechtriem* förordar dessutom dispositiv rätt som utfyllnad vid klart motstridiga klausuler.⁷

3.4.2 Nyare skolan: Friare tolkning av partsviljan

För att komma till rätta med avigsidorna hos den tidigare refererade modellen med dess gynnande av "the last shot", förordas i nyare litteratur en e contrario-tolkning av stadgandet i § 154 Abs 1 BGB.⁸ Utgångspunkten är alltså, att parterna vid kollision mellan standardvillkoren likväl i huvudsak är eniga om att träffa en uppgörelse med varandra och genomföra den. Utväxlingen av anbud och accept eller vanligare beställning och bekräftelse skulle alltså i sig ge upphov till ett avtal, vari dock vissa punkter kommer att förbli oreglerade. I litteraturen har förordats, att man härvidlag inte borde ta hänsyn till, om endera eller båda par-

⁴ Se just ovan ang *Auftragsbestätigung* och typfall av oren accept, där endast två skriftter växlats.

⁵ Ulmer, § 2 Rdn 96; Münch Komm-Kötz, ABGB § 2 RdNr 31.

⁶ Det behöver väl inte särskilt erinras om doktrinen starka ställning i tysk rätt, men svenska juristers notiser till HD:s rättstillämpning ter sig ofta mycket hovsamma i jämförelse med vad en tysk kommentator låter komma av trycket. Se som exempel i detta sammanhang MünchKomm-Kramer § 151 not 60, 86; Bunte, ZIP 1982 s 450.

⁷ *Schlechtriem*, Fskr Wahl s 77 ff, med ytterligare påpekande om att översändaren av ett standardavtal knappast borde kunna räkna med att medkontrahentens stillatigande innebär en konkludent accept, s 80.

⁸ Stadgandet innehåller en tolknings- eller presumptionsregel om att avtal inte skall anses träffat så länge parterna är öppet oeniga om vissa delar av dess innehåll.

terna i sina villkor åberopar en skyddsklausul.⁹ Som *Ulmer* motvilligt noterar,¹⁰ har Bundesgerichtshof uttryckligen intagit en annan ståndpunkt till betydelsen över huvud taget av skyddsklausul, varom utförligt nedan.¹¹

När det så kommer till enskilda klausuler bör man, enligt den "last shot"-fientliga doktrinen, göra skillnad mellan tre fall:

a. Båda standardvillkoren innehåller likalydande klausuler, vilka tveklöst skall utgöra avtalsinnehåll beroende på den grundläggande regeln om överensstämmande viljeförklaringar;¹²

b Motstridiga klausuler innebär dissens och skall därför ersättas av dispositiv rätt.¹³ Visst stöd för en sådan lösning står att hämta i § 6 Abs 2 AGB-Gesetz, men regeln anses framför allt vila på allmänna avtalsrättsliga grundsatser;¹⁴

c. Ensidigt förekommande eller uppställda klausuler skall tolkas med utgångspunkt i medkontrahentens vilja.¹⁵ Kan det antagas att han konkludent godtagit klausulen, skall den gälla, annars ej. Ett indicium på en konkludent accept kan vara att klausulen överensstämmer med sedvana i branschen.¹⁶

Den nya doktrinuppfattningens lösningsmodell skall strax konfronteras med det rättsläge, som uppstått efter Bundesgerichtshofs senaste ställningstagande till kolliderande standardvillkor. Redan här vill jag dock lämna några synpunkter. Sådillvida förefaller lösningen oklanderlig, som den förordar att likalydande klausuler i eljest divergerande villkor skall betraktas som uttryck för en sammanstämmande partsvilja och således utgöra avtalsvillkor. I den delen har en klausulupplösande metod starkt försteg framför den mera stelbenta "allt eller intet"-modell, som präglar den äldre skolans lösning av fall, då konsens inte kan konstrueras genom

⁹ *Ulmer* § 2 Rdn 98 ff.

¹⁰ *Ibid* not 277.

¹¹ Se vidare för bifall till en modernare tolkningslära bl a *Soergel-Stein* AGBG § 2 Rz 41, den enda av storkommentarerna som upptagit 1985 års nedan refererade avgörande och dessutom synbarligen accepterat det.

¹² *Ulmer* § 2 Rdn 102.

¹³ Jfr "different terms" i 2-207 UCC.

¹⁴ *Ulmer* § 2 Rdn 103.

¹⁵ Jfr "additional terms" i 2-207 UCC.

¹⁶ *Ulmer* § 2 Rdn 104 med gentemot BGH avvikande uppfattning, att eventuella skyddsklausuler inte skall spela någon roll för tolkningen av medkontrahentens partsvilja. Av annan uppfattning BGH, se nedan vid not 27.

passivitet och konkludent samtycke. Den på tolkning och "delkonsens" byggande lösningen gynnar inte heller – såvitt just dessa klausuler angår – endera parten.¹⁷

Bristen med den klausulinriktade lösningen ligger i stället i att den ofta torde sakna en lösning för just de fall, som leder till konflikt. Som strax skall visas, gäller detta i hög grad de för tysk rätt typiska klausuler, som skapar kreditsäkerhet genom äganderättsförbehåll. Det torde inte höra till vanligheten, att en köpare i sina standardvillkor upptar en bestämmelse om att han godtar vittgående äganderättsförbehåll. Inte heller har väl en leverantör en klausul, varigenom han underkastar sig oinskränkt ansvar för följdskador på köparsidan, medan beställaren av förklarliga skäl söker åstadkomma ett sådant skydd. Divergerar partsklausulerna öppet, förordar modellen tillämpning av dispositiv rätt, något som förmodligen ingen av parterna eftersträvar.

Saknar ena parten reglering av en fråga, som den andres villkor innehåller bestämmelse om, återfaller lösningsmodellen på den ofta fiktiva – och vid "last shot"-tillämpning kritiserade – tanken om ett konkludent godtagande. Beroende på den allmänna inställningen i rättstillämpningen blir detta rättsfaktum mer eller mindre svårbevisat. Även om också det är en fiktion, kan man kanske snarare utgå från att avsaknad av en bestämmelse i ett standardvillkor bör betraktas som en viljeyttring från den partens sida att tillämpa dispositiv rätt. Med det synsättet skulle vi snarast stå inför en öppen dissens. Men för sådana fall förordar skolan tillämpning av dispositiv rätt, vilket leder till det mindre fördelaktiga resultatet – i vart fall ensidigt gynnande – att just den partens vilja segrar över den andra partens. En sådan lösning kan i någon mån försvaras av att man på det sättet undviker tillämpning av onödigt tyngande klausuler. För avarterna i den riktningen finns emellertid redan dels de detaljerade stadgandena i standardavtalslagen,¹⁸ dels den tyska rättens generalklausuler med sin hävdvunna rika och nyanserade praxis.¹⁹ På kommersiella avtalsslut skall dessutom kunna ställas högre krav än i t ex konsument-sammanhang, även om hela "battle of forms"-diskussionen är ett talande

¹⁷ I "last shot"-modellen får som regel leverantören ett försteg genom att det är han som slutligt bekräftar och därmed får sista ordet.

¹⁸ §§ 3, 10 och 11 AGBG; jfr Bunte, ZIP 1982 s 451.

¹⁹ Se §§ 157, 242 och 826 BGB samt § 9 AGBG – Det senaste exemplet i svensk litteratur på svårutrotade vanföreställningar rörande de tyska generalklausulerna återfinns hos Modéer, SvJT 1987 s 262 ff.

exempel på att juridikens stelbenta konfliktlösningsmodell ofta håller sig på ett annat plan än de agerande parternas.

3.4.3 Den senaste praxisutvecklingen

Jag går inte in på den praxis, som stått i överensstämmelse med den först redovisade "last shot"-skolan. Av större värde som jämförelsematerial är de tendenser till omsvängning som kan noteras i ett färskt fall från Bundesgerichtshof.²⁰ Fallet rör en klausul om äganderättsförbehåll och fokuseras delvis på verkan av skyddsklausul. När det gäller just föremålet för tvisten, den stipulerade säkerhetsrätten, är målet intressant som systemtypiskt. En inte oväsentlig fråga är dock, om samma synsätt kommer att prägla oenighet kring rent obligationsrättsliga divergenser mellan standardvillkoren. För full förståelse av målet krävs en exkurs om äganderättsförbehåll i tysk rätt och om viss äldre kollisionspraxis.

Äganderättsförbehållet spelar i Tyskland en central roll för varukreditgivningen. Den viktigaste typen av förbehåll är inte det hos oss kända s k enkla förbehållet utan "verlängerter und/oder erweiterter Eigentumsvorbehalt". Det *förlängda* förbehållet innebär att säljaren tillåter bearbetning och vidareförsäljning av levererade varor och material. I gengäld säkerhetsöverlåter köparen till säljaren den framtida kundfordran, som uppkommer på grund av försäljning av varor, vilka helt, delvis eller genom ursprungsmaterial härrör från säljaren. Genom ett *utvidgat* förbehåll står det säljaren fritt att koppla säkerheten till andra fordringar på köparen än den som uppkommit vid den aktuella leveransen.²¹

Äganderättsförbehållet, även i dess förlängda och utvidgade form utgör ett standardelement i en tysk säljares allmänna villkor. Det kan emellertid finnas skäl för köparen att söka värja sig mot ett sådant förbehåll. Den främsta anledningen torde vara att köparen redan överlåtit alla framtida kurdfordringar, s k Globalzession, till ett kreditinstitut som säkerhet för upptagen penningkredit. Köparen kan således vara avtalsmässigt förpliktad gentemot kreditgivaren att inte använda samma egendom som säkerhet i annan riktning till undvikande av de konkurrensproblem, som uppkommer i fall av köparens insolvens.²²

²⁰ BGH 20 mars 1985, NJW 1985, 1838.

²¹ Grundläggande hos Baur, Lehrbuch des Sachenrechts (1987) § 59.

²² Se som exempel rättsfall, strax nedan.

Vad händer så, om säljaren i sina allmänna villkor stipulerar ett äganderättsförbehåll, samtidigt som köparen i sina villkor – av naturliga skäl – saknar en sådan klausul och samtidigt genom en skyddsklausul betingat sig rätten att handla endast på sina egna villkor? Frågan har diskuterats i doktrinen och på senare tid givits en förhållandevis entydig lösning i praxis. En klar skillnad har gjorts mellan de enkla och de förlängda/utvidgade förbehållen.

Innehåller säljarens villkor ett *enkelt förbehåll*, har förbehållet stått sig, trots att köparens villkor har en skyddsklausul. Rättstillämpningen har här funnit en utväg ur det sedvanliga ”battle of forms”-komplexet genom att helt enkelt falla tillbaka på en grundläggande sakrättslig regel om rekvisiten för äganderättsövergång. För det givna fallet att säljaren över-sänder godset med en enkel förbehållsklausul, konstateras det helt enkelt att *äganderätten inte övergått på köparen*. Det saknas nämligen den för tysk rätt nödvändiga *viljeöverensstämmelsen* mellan parterna att äganderätten skall övergå; de har inte träffat *Einigung*.²³ Utan att således behöva gå in på frågan, om förbehållsklausulen blivit avtalsinnehåll eller inte, har Bundesgerichtshof konstaterat,²⁴ att det enkla förbehållet gäller i brist på avtal om köparens äganderättsförvärv. Ett visst mått av begreppsjurisprudens kan alltså hjälpa rättstillämpningen!

Den nyss relaterade sakrättsliga, för en kontraktsrättare något lömska²⁵, vägen kan emellertid inte tillämpas i fråga om de *förlängda och utvidgade äganderättsförbehållen*. Här krävs ett faktiskt avtal mellan parterna för att uppnå det av säljaren eftersträlvade målet, bl a förbehållsköparens överlåtelse av framtida kundfordringar. En sådan situation kan säljaren inte skapa ensidigt.²⁶ Frågan gavs av *Bundesgerichtshof* en, som det vill synas, slutgiltig lösning 1985.²⁷

²³ Angående formerna för äganderättsövergång och den därtill knutna abstraktionsprincipen, se Baur, § 51 I–III, och på svenska Göranson, Traditionsprincipen, s 109 f, 116 ff.

²⁴ BGH 3 febr och 5 maj 1982, NJW 1982, 1749 och 1751.

²⁵ Dogmatisk kritik har inte saknats mot detta BGH:s sätt att klara sig undan svårigheterna, se hänvisningar hos Uhlmer, § 2 not 283, därav särsk Bunte, ZIP 1982 s 449 ff, som dock hälsar lösningen i sig med tillfredsställelse, s 450.

²⁶ Försök att hävda handelsbruk avseende förlängda förbehåll har inte godtagits av domstolarna, se bl a BGH, NJW 1985, 1838, 1840, strax nedan.

²⁷ BGH 20 mars 1985, NJW 1985, 1838. Till samma slutsats kom domstolen, låt vara mera kortfattat och med hänvisning till 1985 års fall, i avgörandet BGH 5 mars 1986, KTS 1986, 467.

Köparen, en ugnstillverkare, hade beställt elektriska komponenter och bifogat sina standardvillkor, som innehöll en skyddsklausul. Säljaren levererade på sina allmänna villkor, som innehöll ett förlängt äganderättsförbehåll. Säljaren gjorde därvid inte tydligt klart för köparen, att säljarvillkoren innehöll avvikelser från köparens, och köparen reagerade inte heller av egen kraft. När säljaren sedermera ville göra förbehållet gällande i samband med köparens konkurs, visade det sig att köparen överlåtut kundfordringarna till en bank, som bestred säljarförbehållets giltighet.

Bundesgerichtshof slog till en början fast, att det inte förelåg en uttrycklig viljeöverensstämmelse mellan parterna om att säljarens villkor skulle gälla. Inte heller fanns en på köparens vilja grundad bindning till dessa. Mot ett passivt godtagande från köparsidan av säljarens villkor talade nämligen den tydliga skyddsklausulen. Det hade därvid ingen betydelse, om den klausulen i sig var avtalsinnehåll eller ej. Det väsentliga med den var i stället att för säljaren understryka köparens "viljeinriktning", nämligen att inte binda sig vid andra standardvillkor än de egna. Att köparen efter att han erhöU säljarvillkoren underlät reklamation och fastmer utan invändning mottog godset var, enligt domstolens mening, inte omständigheter som räckte för att visa att köparen ändrat sin i skyddsklausulen klart uttalade avsikt. Säljarens villkor, sedda som en helhet, var således inte avtalsinnehåll.

Bundesgerichtshof fortsatte sedan med att pröva, om enskilda klausuler i säljarvillkoren blivit avtalsinnehåll. I den delen uttalade domstolen följande. Förhållandet att det saknades viljeöverensstämmelse om hela standardkontraktet innebar inte i sig, att parternas hela mellanhavande därför skulle bestämmas av dispositiv rätt.²⁸ I stället fick man utgå från att de med varandra överensstämmande klausulerna i parternas standardvillkor också utgjorde uttryck för båda parter vilja. Dessa skulle då gälla, även om de avvek från dispositiv rätt. Den regeln träffar emellertid inte tilläggs klausuler, som saknar motsvarighet i andra partens villkor. Ett förlängt äganderättsförbehåll från säljarsidan utgör ett sådant tillägg, som går utöver köparens visade vilja. För att det skall bli gällande mellan parterna krävs åtminstone ett passivt accepterande från motsidan. Dess förhandenvaro är avhängig av omständigheterna. Genom skyddsklausulen har köparen i målet "unmissverständlich" gjort klart, att han inte utan uttrycklig accept hade för avsikt att binda sig vid andra vill-

²⁸ Underförstått utgick BGH från att inte heller köparens villkor gällde i brist på överensstämmande viljeförklaring.

kor än de egna. Det krävdes således ingen särskild reklamations från köparen för att undgå säljarens äganderättsförbehåll.

I sina domskäl synes Bundesgerichtshof ha tagit intryck av den kritik som riktats mot domstolen för de oklarheter, som fanns i 1982 års avgöranden om avtalsinnehållet beträffande *enkla* förbehåll vid kollision mellan motstridiga standardkontrakt.²⁹ I viss mån avhängigt av partsargumentationen men likväl med klar ansats till *generalisering* har domstolens ställningstagande 1985 klargjort den avgörande betydelsen av en skyddsklausul.

Av kanske stor generell betydelse är Bundesgerichtshofs ställningstagande till verkan av *individuella klausuler* i de konkurrerande standardvillkoren. I överensstämmelse med den härskande meningen i doktrinen och med äldre underrättspraxis godtog domstolen,³⁰ att överensstämmande klausuler i parternas standardvillkor hade försteg framför dispositiv rätt. Några exempel ges inte i litteraturen på sådana gemensamma klausuler, som alltså gäller trots att ingetdera standardformuläret i sin helhet blivit avtalsbestämmande. Näraliggande är dock att tänka sig mindre kontroversiella ting som skiljeklausul. Även fråga om fast pris, löpande räkning eller koppling till branschindex kan ofta vara ömsesidigt önskvärda, liksom det säkert i många fall inte råder tvist om ansvarsbegränsningar, kvalitetsnormer, reklamationsfrister etc. Inte heller är det alltid, som i det refererade fallet, stridande mot köparens vilja att säljaren förbehåller sig en utsträckt säkerhet för varukredit. Det väsentliga är att Bundesgerichtshof lämnat fältet fritt att följa partsviljan – i den mån den kan uttolkas – framför att se parts standardvillkor som en sammanhållen enhet, vilken totaliter måste antas eller förkastas av medkontra-henten. Tysk rätt tillämpar således numera *klausulupplösning*.

Ytterligare en slutsats kan enligt min mening dras av Bundesgerichtshofs ställningstagande, även om domstolen på denna punkt för ett kortfattat resonemang. Principen om partsenighetens företräde framför dispositiv rätt även vid "delkonsens" kan tänkas verka oberoende av om

²⁹ Se ovan vid not 24. BGH hänför sig 1985 i sina rika litteraturhänvisningar bl a till Bunte, som inte skrädde orden om 1982 års avgörande, ZIP 1982 s 450 f, och uppfordrade domstolen till ett snart klarläggande av de rent *avtalsrättsliga* grunderna för en lösning av kollisionsfrågan.

³⁰ Se bl a BGH, NJW 1985, 1838, 1839; Ulmer § 2 Rdn 101; Bunte, ZIP 1982 s 450; Grub, EWIR § 2 AGBG 1/85 s 324; de Lousanoff, NJW 1985, 2924, alla med ytterligare hänvisningar.

köparen stödjer sig på en *skyddsklausul*. Problemet är emellertid att det i avsaknad av ett sådant uttryckligt förbehåll för de egna villkoren är lätt, att rättstillämpningen faller tillbaka på det äldre passivitetsresonemanget. Det innebär ju, att lösningen finns i tillämpningen av § 150 Abs 2 BGB med dess generösa inställning till den som sist översänt sina villkor oemotsagd.³¹

3.4.4 Sammanfattning – Västtyskland

I tysk praxis och doktrin urskiljer man två ganska tydliga skolbildningar. De har båda ett starkt samband med viljeteoretiska tänkesätt, men där finns också spår av tillitsföreställningar.

Den äldre skolan utgick från ett avtalsmekaniskt synsätt. Överensstämde inte villkoren med varandra, tillämpades regler om oren accept. Passivitet mot den orena accepten, dvs det nya anbudet, tolkades frikostigt som konkludent godkännande från motpartens sida. Litteraturen har kritiserat denna "last shot"-modell.

Det finns klara tendenser i färsk rättspraxis att domstolarna lämnat det mekaniska synsättet, dock med ett fasthållande vid att *partsviljan* skall sättas i centrum. Den lösning som Bundesgerichtshof valde i 1985 års mål om äganderättsförbehåll företer stora likheter med den amerikanska rättstillämpningens. Har den part, som först översänder sina handlingar, med en skyddsklausul uttryckt en bestämd vilja att endast handla på egna villkor, får vi som i USA en "first shot"-modell.

Tysk rätt förefaller numera beredd att i likhet med övervägande uppfattning utomlands släppa en äldre paketartad syn på standardavtal. I stället sker en *klausulupplösning* för att se, om parternas till synes motstridiga villkor kan sammanjämkas. Vad vi däremot inte får svar på är hur man skall förfara, då det *saknas skyddsklausul*. Blir det åter den gamla "last shot"-regeln? Det kan också påpekas, att senaste domstolspraxis inte fått fullödlig kommentering i alla betydelsefulla storkommentarer. Innan praxis tolkas och biträds där, ligger det nära till hands att tala om ett instabilt rättsläge.

³¹ Se härom ovan inledningsvis i *avsn 3.4.1*.

3.5 DDR

I anslutning till utfärdandet av en ny civillag tillkom i DDR 1976 en särskild lag för kontrakt inom utrikeshandeln, Gesetz über internationale Wirtschaftsverträge (GIW). I § 33 behandlas verkan av standardvillkor. Av intresse för frågan om kollision är andra och tredje styckena.

§ 33 GIW. Geschäftsbedingungen und Klauseln

(2) Beziehen sich beide Partner auf Geschäftsbedingungen oder Klauseln, so gelten die zuletzt übersandten und unwidersprochen gebliebenen Geschäftsbedingungen oder Klauseln.

(3) Widerspricht jedoch der andere Partner der zuletzt übersandten Geschäftsbedingungen oder Klauseln oder widersprechen beide Partner den Geschäftsbedingungen oder Klauseln des anderen Partners, gilt der Vertrag als ohne diese Geschäftsbedingungen oder Klauseln zustande gekommen. Auf die Ergänzung der Verträge findet § 42 entsprechende Anwendung. Der Vertrag gilt jedoch nicht als zustande gekommen, wenn der Partner, der die Erklärung erhielt, aus der die Nichtvereinbarung der Geschäftsbedingungen oder Klauseln oder der einander widersprechenden Geschäftsbedingungen folgt, dem Zustandekommen des Vertrages unverzüglich nach Zugang dieser Erklärung widerspricht.

Normallösningen i östtysk utrikeshandelsrätt blir alltså enligt (2), att de sist översända villkoren gäller, om mottagaren inte reklamerar. Det är en klar "last shot"-lösning, som har valts.³² Men regleringen är starkt modifierad av bestämmelserna under (3), där verkan av reklamation mot den andres villkor upptas. Den första punkten i stycket stadgar, att avtal i så fall skall anses ha kommit till stånd utan de motstridiga villkoren. För bestämmande av parternas förpliktelser i dessa fall skall, enligt hänvisningen till § 42 samma lag, utfyllnad ske med hänsynstagande till innehållet i och målsättningen med överenskommelsen samt till handelsbruk. Dissensbestämmelsen fortsätter dessutom med en regel om att inget avtal alls föreligger, om part som mottagit reklamation genast ger motparten till känna, att han inte godtar reklamationen och de därmed förbundna motpartsvillkoren.

³² I denna del uppmärksammat av bl a Hellner, Kommersiell avtalsrätt, s 50, och fylligare av Lando, UfR 1988, B, s 4 f.

Av de kortfattade standardkommentarerna framgår,³³ att stadgandet vilar på en tydligt viljeteoretisk grund. Det är i första hand partsviljan som skall skyddas; ingen skall bindas vid ett avtal, som han inte önskar ingå. Det ställs därför inga direkta krav på att dissensen skall vara *öppen*, dvs att det måste föreligga en otvetydig reklamation. Det räcker t ex med att ena parten har infört en skyddsklausul, som utesluter tillämpning av andra villkor än de egna. Den givna tolkningsregeln mildrar effekten av den olägenhet, som uppstår vid konkurrerande viljeförklaringar, sägs det lakoniskt.³⁴

DDR-lagen är således uttryck för en form av "last shot"-lösning. Den som sist får iväg obestridda villkor vinner. Men lösningen är inte enhetlig, eftersom den samtidigt är klausulupplösande och för dissensfall hänvisar, inte till dispositiv rätt utan till parts- och handelsbruk. En reglering av denna typ ger upphov till två mindre önskvärda följder. Dels befrämjar den ett ideligt sändande av slutdokument i förhoppningen att bli sist oemotsagd. Dels initierar den till införande av skyddsklausuler, som söker sätta partsbindningsmekanismen ur spel.

³³ Någon illuminerande doktrindiskussion kring "the battle of the forms" i DDR har inte påträffats.

³⁴ Maskow, D, m fl, Kommentar zum...GIW... (1978) § 33 nr 9 ff. Handbuch der Aussenhandelsverträge I. Der Aussenhandelskaufvertrag (1979), s 171, betonar något starkare behovet av att reklamationen är tydlig.

3.6 Nederländerna

3.6.1 Lagförslag

Sedan slutet av 1940-talet pågår i Nederländerna ett gigantiskt projekt med syfte att skapa en helt ny civillag. Vissa delar om familje- och personrätten har redan trätt i kraft, medan förmögenhetsrätten fortfarande väntar på sin slutliga promulgering. För övervägande antalet artiklar föreligger en av parlamentet redan 1980 i princip godtagen författningstext. Önskan att få till stånd ett samlat införande har dock gjort, att den nya civillagen enligt en våren 1987 träffad politisk överenskommelse kommer att träda i kraft först i början av nästa decennium. Detaljjusteringar av lagtexten pågår oavbrutet efter ett rullande remissförfarande.

För kolliderande standardavtal innehåller denna *Nieuw Burgerlijk Wetboek (NBW)* en reglering, som delvis är direkt motsatt den nyss behandlade DDR-lagen. I Nederländerna skall nämligen de *först* avlämnade standardvillkoren gälla, om de inte bemöts med en uttrycklig protest.

Art 6.5.2.8 lid 3 NBW. Verschillende algemene voorwaarden.

Verwijzen aanbod en aanvarding naar verschillende algemene voorwaarden, dan komt aan de tweede verwijzing geen werking toe, wanneer daarbij niet tevens de toepasselijkheid van de in de eerste verwijzing aangegeven algemene voorwaarden uitdrukkelijk van de hand wordt gewezen. – I översättning: Hänvisar anbud och accept till olika standardvillkor, får den andra hänvisningen ingen verkan, om inte i samband därmed en tillämpning av de i den första hänvisningen angivna villkoren uttryckligen har avisats.

Av lagförarbetena framgår,¹ att det ansågs nödvändigt med ett särskilt stadgande om "the battle of the forms", eftersom det i den typsituationen var oklart, huruvida artikeln första eller andra stycke skulle gälla.² Från näringslivshåll hade föreslagits ett företräde för det standardavtal, som härstammar från den först presterande parten. Lagkommittén vände sig mot den lösningen, eftersom just prestationstider ofta är olika angivna i villkorsuppsättningarna och således tvistiga. Dessutom

¹ *Parlementaire Geschiedenis van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek*, ed C J van Zeben, Boek 6 (1981) s 892 f.

² 1 st (lid 1) säger, att oren accept är avslag i förening med nytt anbud; 2 st stadgar dock att om skillnaden är ringa svaret skall gälla för det fall anbudsgivaren inte reklamerar.

krävde många typer av avtal en gemensam och samtida prestation, exempelvis i samband med transport. Slutligen ansågs den lösningen öppna vägen för spekulation.³

Principen bakom det gjorda vägvalet – en tydlig "first shot"-lösning – står att finna i en allmän tillitsteori. Har part i god tro avgivit en viljeförklaring skall han kunna räkna med att den blir gällande för det ömsesidiga mellanhavandet, om den inte möts av protester.⁴ Denna tillits- eller lojalitetsgrundsats återfinns i en mera allmän del av lagverket, *art 3.2.3 NBW*, vartill standardvillkorsregelns förarbeten dock inte direkt hänvisar.⁵ Det stadgandet kräver den utläggningen, att den som först översänt standardvillkor och inte skäligen bör uppmärksamma avvikelserna i motpartens därefter anlädande villkor, har anledning att räkna motpartens otydlighet till sin fördel som ett konkludent godkännande.

Den nederländska "first shot"-principen har fått en mera pregnant utformning än dess tidigare behandlade motsvarigheter i USA och Västtyskland, där den skapats genom en kombination av lagtolkning, praxis och bruket av skyddsklausul. Generellt lider lösningen den bristen, att den kräver ett inte alltid så lätt avgörande av vad som bör betecknas som det *första anbudet*. Är varje översändande av standardformulär en rättshandling, som kan betecknas som anbud, dvs ligga till grund för ett avtalsslut? Modellen i sig leder till att part försöker på ett så tidigt stadium som möjligt pracka på den andre en uppsättning villkor, som mottagaren kanske inte anser sig ha anledning att beakta, eftersom parterna bara befinner sig på ett preliminärt förhandlingsstadium. Härvidlag anvisar förarbetena en vid tolkning av *art 6.5.2.8 lid 3 NBW*. Det får från fall till fall avgöras vilken av många handlingar som skall betecknas som anbud, dvs "den första handlingen".⁶ Denna öppna tolkningsregel är välbetänkt men förenklar knappast rättstillämpningen. Stadgandet har

³ *Parlamentaire Geschiedenis* 6 s 892 ff.

⁴ *Ibid* s 893; kommentaren är mycket kortfattad.

⁵ *Art 3.2.3 NBW* i fri översättning: Mot den, som under givna omständigheter skäligen har uppfattat en annans förklaring eller handlande på ett visst sätt, kan den andre inte göra gällande, att förklaringen inte överensstämmer med den faktiska viljan. – Vi har här ett stadgande, som i positiv form uttrycker vad vår egen avtalslag i 32 § 1 st endast vågade stadga motsatsvis; jfr Bakels, *Art 6.5.2.8 lid 3 NBW nader bezien*, WPNR 5695 (1984) s 257–262, särsk s 259.

⁶ *Parlamentaire Geschiedenis* 6 s 893.

lett till en polariserad doktrindiskussion, som i brist på entydig praxis får tjäna som ytterligare tolkningshjälp.⁷

3.6.2 Doktrin

Civillagsförslaget ”first-shot”-modell har mötts av hård kritik i *Hondius*’ avhandling 1978 om standardvillkor.⁸ Lösningen anses strida mot inhemsk praxis och utländska erfarenheter, som båda talar för att det *sist* översända standardvillkoret skall gälla. I karska ordalag har *Schoordijk* bemött *Hondius*’ synpunkter och i princip försvarat lagförslagets modell.⁹ Den överensstämmer väl med skiljedomspraxis, näringslivets föreställningar och den tolkning *Schoordijk* gör av utländska förhållanden. Han påpekar, att ett slentrianmässigt bifogande av standardkontrakt från motpartens sida – det andra skottet alltså – inte bör tas som ett allvarligt menat försök från denne att få igenom sina egna villkor. Stadgandet är flexibelt nog att i fall av verkligt tydlig meningsyttring ge ett tillräckligt skydd. *Schoordijk* jämför i det sammanhanget med det engelska *Butler*-målet.¹⁰ Med tillämpning av den nederländska regeln, skulle resultatet ha blivit det samma: Köparen, som avfyrade det andra skottet, hade tillräckligt tydligt uppfordrat säljaren att godta köparvillkoren, eftersom de var försedda med en bekräftelseremsa, ”tear-off slip”. Köparens standardkontrakt blev därför i realiteten *anbud*. Med den tolkningen, som kan synas djärv, överensstämmer engelsk praxis med det nederländska lagförslaget.

Schoordijk understryker ytterligare, att *skyddsklausuler* inte bör ges någon verkan. Viljeyttringen måste ta sig mera påtagliga uttryck.¹¹ Av intresse är också *Schoordijks* allmänna krav på en flexibel tillämpning av lagregeln. Det är inte givet att den allra först översända handlingen skall

⁷ Det förekommer inget avgörande från Hoge Raad om kolliderande standardavtal. Underdomstolarnas praxis är vacklande med exempel på både ”first”- och ”last shot”-lösningar. Se detaljerad översikt i lösbladsutgåvan *Contractenrecht VII* (*Hondius*) nr 64.2.b och c. Jfr dock viss tidig kritik av *Hondius*’ rättsfallstolkning från *Schoordijk*, *Battle of forms*, WPNR 5489 (1979), s 501–505, särsk s 503 ff.

⁸ *Hondius*, *Standaardvoorwaarden* (1978) s 429 f.

⁹ *Schoordijk*, WPNR 5489 (1979) s 502 ff.

¹⁰ Se ovan *avsn* 3.3.1.

¹¹ *Schoordijk*, WPNR 5489 s 502. Häri instämmer *Hartkamp*, som menar att reklamation inte föreligger, då det i en klausul eller på förtryckt brevpapper påpekas att endast de egna villkoren skall gälla, *Asser-Rutten-Hartkamp II* (1985) s 310. Liknande tankegångar, trots allt, hos *Hondius* i *Contractenrecht VII* nr 64.2.b.

betraktas som anbud. I stället bör det från fall till fall avgöras vad som är den tidigaste *definitiva* viljeförklaringen.¹²

En klart *tillitsfokuserad* inriktning styr *Bakels* i ett senare ställnings-tagande.¹³ Den för "anbudsgivaren" dolda dissensen har väckt hans tilltro till att motparten accepterat villkoren. *Bakels* erkänner emellertid att tankegången inte är riktigt hållbar för det fall att den första aktören som en tredje handling i skriftväxlingen returnerar en ospecificerad orderbeträffelse. I det läget väcks hos motparten en tillit till att hans villkor skall gälla.¹⁴ *Bakels* ger vidare Schoordijk rätt i att den absolut första handlingen inte alltid uppfyller kraven på anbud i lagstadgandets mening och därför inte skall tilläggas vikt. Men samtidigt påpekas, att före skriftväxlingen skedda förhandlingar kan ställa saken annorlunda. Liksom övriga förnekar *Bakels* verkan av skyddsklausuler.¹⁵

Bakels gör ett ambitiöst försök att ställa utgången av "the battle of the forms" i relation till de kontraherande parternas faktiska handlande i stort. Ett i det närmaste obegränsat antal förhållanden får därvid betydelse: parternas tidigare kontraktsrelationer; sättet och tydligheten i att avvisa den andres klausler; eventuell kännedom hos part om vilken vikt den andre lägger vid en viss reglering; en klausuls förmånlighet och ensidiga gynnande; avvikelser från normalt handelsbruk samt betydelsen i sig hos viss bestämmelse för själva avtalsprestationen.¹⁶

Det är alltså en mycket öppen tolkning *Bakels* förordar för de fall, som inte kan lösas med en direkt tillämpning av lagregelns "first shot"-modell. *Hondius'* annorlunda inställning har redan berörts.¹⁷ Likartade tongångar har förmärkts från *Wessels och Jongeneel*, som energiskt förnekar att parts bifogande av egna standardvillkor skulle ses som reklamation enligt lagregeln. De hävdar uttryckligt, att förutsebarhetskravet och rättssäkerheten fordrar att lagstadgandet tillämpas enligt ordalydelsen.¹⁸ *Bakels* metod ligger säkert nära de önskemål, som kan ställas från näringslivet självt. Än längre i den vägen tycks mig *van Erp* gå, när han

¹² Schoordijk, WPNR 5489 s 503. – Justitieministern har i en av lagförslagets otaliga remissvändor ställt sig på Schoordijks sida i debatten, *Parlementaire Geschiedenis* 6 s 894.

¹³ *Bakels*, WPNR 5695 (1984) s 257 ff.

¹⁴ *Ibid* s 259.

¹⁵ *Ibid* s 260 f.

¹⁶ *Ibid* s 261 f.

¹⁷ Se ovan vid not 8.

¹⁸ *Wessels & Jongeneel*, *Algemene voorwarden* (1987), s 14, med påpekande att enkla skyddsklausuler inte heller fyller kraven på reklamation enligt art 6.5.2.8 lid 3 NBW.

påpekar, att företagen sinsemellan löser "the battle of the forms", kanske med hjälp av rena råstyrkan.¹⁹ I rakt motsatt riktning talar *Clausing*, som vill vara kvar i den klassiska avtalsmekanismens värld. Avtalsfrihet och viljeöverensstämmelse är fortfarande de viktigaste hörnpelarna, och part måste skyddas mot att påtvingas motsidans villkor.²⁰

3.6.3 Sammanfattning – Nederländerna

Både lagförarbeten och flertalet företrädare för doktrinen i Nederländerna ansluter sig till en öppen och flexibel normtillämpning. I det sammanhanget bör inskjutas, att enighet råder om att i huvudsak likalydande klausuler skall gälla; klausulupplösningen har också stöd i art 6.5.2.8 lid 2 NBW.²¹ Däremot har jag inte funnit någon uttalad entusiasm att hänvisa till dispositiv rätt i de fall villkoren skiljer sig från varandra. Visserligen ges ett tydligt företräde åt de först översända villkoren. Men den regeln modifieras av flera författare genom allehanda hänsynstaganden, både till vad som faktiskt förevarit mellan parterna och till mera systematiska grunder. Dessutom förekommer en realistisk syn på vad som verkligen skall betraktas som den första handlingen.

Den i sig tillitspräglade norm, som ligger bakom lagregeln om det första skottets företräde, får vika för tydliga viljeyttringar men inte för slentrianmässiga skyddsklausuler. Däri tycks i det närmaste fullständig enighet råda. Jämför vi inställningen till skyddsklausuler, avviker den i realiteten inte från den *amerikanska*. Tillämpningen av UCC har ju lett till att bara skyddsklausul i de *första* handlingen får betydelse. Sådana "första-förbehåll" är ju obehövliga i Nederländerna, eftersom redan lagregeln ger den först agerande företräde. Slutresultatet överensstämmer också med senare tids *tyska* praxis. Vägen till en "first shot"-lösning är dock där helt annorlunda. Det starka betonandet i Västtyskland av partsviljan har lett till att skyddsklausuler getts väsentlig betydelse.

¹⁹ Van Erp, Art 6.5.2.8. "Battle of forms", veldslag der formulieren, WPNR 5794 (1986) s 515–517. – Van Erp trycker vidare starkt på klausulupplösning och fri tolkning av divergerande bestämmelser.

²⁰ Clausing, P, [Anm av] Gras, De sociale werkelijkheid, WPNR 5767 (1986) s 11–14, särsk s 13 f. – Clausing's tankegångar om kontraktsparts valmöjlighet gör på mig ett ganska naivt intryck.

²¹ Se not 2 ovan.

3.7 Några övriga rättsområden

För att ytterligare öka exempelsamlingen av lagstiftningsprojekt, fånga upp ett antal värdefulla synpunkter men också visa att nordisk rätt inte helt ensam låter "the battle of the forms" utkämpas i gårdsgårdsserien, tar jag kortfattat upp två rättssystem inom *common law* och två inom *civil law*.

3.7.1 Kanada

I den *kanadensiska* common law-delstaten Ontario presenterades 1979 ett köplagsförslag, som även innehåller avtalsrättsliga regler.²² Kommittén hade ambitiöst nog låtit företa sociologiska undersökningar, som dock utmynnade i mycket skiftande omdömen. Vissa tillfrågade ansåg standardvillkor vara av godo och en förutsättning för praktiskt handlande. Andra däremot menade, att parterna egentligen bara var överens om de individuellt förhandlade villkoren. Baksidan med standardklausulerna lästes inte av någon efter en sedan länge ingången "conspiracy" mellan företagets inköps- och försäljningsavdelningar. Om det inte varit för denna sammansvärjning, hade Ontarios ekonomi varit undergrävd.²³

Kommittén granskade ingående UCC:s reglering. Jämförelsen mellan den och common laws regler visade, enligt kommittén, inget behov av att göra några ingripande förändringar mer än på en viktig punkt. Vid motstridiga klausuler skall varken den första eller sista handlingen vinna. I stället hänvisas till en tolkning på sätt föreskrivs i section 2-207(3) UCC. Finner man inget tydligt bevis på att parts realhandlande innebär accept av motpartens villkor, får avtalet fyllas ut av dispositiv rätt. Motivet för detta vägval anges vara det olämpliga i att låta ena parten få företräde. Det är slumpartat vem som sänder den första eller sista handlingen; ibland kan de rentav korsa varandra.²⁴

Såvitt jag kunnat finna, har det kanadensiska förslaget inte föranlett lagstiftning. Jag nöjer mig med kommentaren, att lösningen har den nackdelen att även obetydliga avvikelser mellan partsvillkoren kan kräva ett omständligt tolkningsförfarande.

²² Ontario Law Reform Commission. Report on Sale of Goods, 1979, s 81 ff.

²³ Ibid s 81 not 25. – Tyvärr är dessa undersökningar inte publicerade.

²⁴ Ibid s 84 ff.

3.7.2 Australien

En mycket värdefull analys av kollisionfrågorna görs i en nyutkommen *australiensisk* kontraktsrättskommentar av Greig och Davis.²⁵ Frånvaron av australiensiska prejudikat ställer frågan, om vägledning bör sökas i engelsk common law eller i amerikansk rätt enligt UCC.²⁶ Efter genomgång av dessa källor och med visst rättsekonomiskt resonemang till hands, koncentrerar Greig och Davis lösningsmöjligheterna till två huvudlinjer, kallade den *syntetiska modellen* och *konfliktmodellen*.

Med *syntetisk* metod menar de en öppen tolkning av divergerande klausuler, ett avståndstagande från "shot"-modellerna, där ena parten vinner konflikten.²⁷ Syntesen sker genom att sammanjämka likartade klausuler, låta ena partens bestämmelse gälla, om den andres standardvillkor saknar reglering av saken, samt lösa divergerande frågor med hjälp av skälighetsnormer. De konstaterar, att ett sådant förfaringssätt går utöver vad som hittills förekommit i likartad riktning inom engelsk och amerikansk rätt. Samtidigt påpekas, att australiensisk common law står fri att gå en egen väg, eftersom den inte är bunden av engelska prejudikat eller av någon motsvarighet till UCC:s svårtillämpade lagreglering.²⁸ De underbygger också sitt resonemang med rättsekonomiska och sociologiska argument. Dessa går ut på att en part inte nödvändigtvis har lika starkt intresse av *alla* klausulers genomslagskraft, som hans fullmatade villkorssida kan ge intryck av. Visserligen kunde det vara rimligt, att den som sett om sitt hus med tydliga och förutseende regler för olika situationer borde vinna över den mindre företagsamme. Men om handlingssättet inte motsvarar den verkliga viljan hos kontraktsparten, är det föga rimligt att rättstillämpningen skall ta större hänsyn till skenet än till de reella förhållandena.²⁹

²⁵ Greig & Davis, *The law of contract* (1987) s 283–292.

²⁶ En mera kortfattad men färsk blick på kolliderande standardavtal återfinns hos Allan & Hiscock, *Law of contract in Australia* (1987). De föreslår en lösning i anslutning till Lord Denning i *Butler*-målet för fall, då prestation skett men upprätthåller i övrigt en striktare, mera avtalsmekanisk syn, s 199, 465 ff. Intressant är deras påpekande om behov av nytänkande beträffande moderna tiders avtalsslut genom elektronisk överföring av uppdrag och andra meddelanden, s 480.

²⁷ Det är just ena partens vinst med följd att den andre påtvingas dennes standardavtal, som utgör *konfliktmodellen*; jag går inte här in på den.

²⁸ Greig & Davis s 284 f, 291 f.

²⁹ *Ibid* s 287 f.

Greigs och Davis' inställning sätter fingret på en öm punkt. Skall rättstillämpningen styras av partsbruk eller skall rättsordningen styra parterna i en viss riktning? Det kan, som jag ser det, inte finnas något rimligt allmänpolitiskt behov av att dirigera näringslivets kontraktsteckningsformer i en eller annan riktning. Men en så öppen tolkning, att man skall försöka mäta "intensionsdjupet" hos varje enskild klausul, ger naturligtvis önskade effekter på processidan. Är det den enskildes faktiska vilja eller är det branschvana, som skall vara utslagsgivande? I de fall det leder till öppen konflikt mellan parterna, kan man gott tänka sig att de övervärderar behovet av sina ursprungligen på ganska vaga bevekelsegrunder tillkomna villkor. Och vem skall bära bevisbördan, parten själv för villkorets vikt eller motparten för dess betydelselöshet?

3.7.3 Skottland

Den *skotska* avtalsrätten är inte lagfäst. Den har som i England utformats av domstolarna, men dess bas är *romerskrättslig*. Stora likheter föreligger dock med *common law*. Avtalsmekanismen med anbud, accept och verkan av oren accept är, som redan understrukits, västerländskt allmängods. Praxis synes emellertid inte vara lika frikostig i Skottland som i åtminstone äldre *common law* att tillägga parts realhandlande verkan av accept. Som tidigare uppmärksamats,³⁰ finns i engelsk rätt ett inte obetydligt utrymme att ålägga part ersättningsskyldighet på grund av kvasikontraktuellt ansvar för den andres prestation, om det på grund av dissens måste konstateras att inget avtal råder. Sådana möjligheter finns också i Skottland, men ersättningsskyldigheten bygger på läran om obehörig vinst, vilket kan innebära en väsentlig skillnad gentemot den engelska principen om skälig ersättning.³¹

Den *skotska lagkommissionen* sammanställde 1982 en sedermera remissbehandlad preliminär rapport rörande "the battle of the forms". I de därefter följande årsrapporterna från kommissionen har det emellertid inte stått att finna något om remissutfallet, och ämnet tycks ha avförts från dagordningen. Några synpunkter kan ändå vara av värde att redovisa. Målsättningen med en lagreglering bör vara att komma så nära som

³⁰ Se *avsn* 3.3.2 in fine.

³¹ Scottish Law Commission, Consulting Paper (1982). Contract law – Exchange of standard term forms in contract formation. Part 2 (stencil), s 2 ff.

möjligt affärslivets krav.³² Den bör inte favorisera någon av parterna, så att den ena påtvingas den andres villkor. Kommissionen hämtar sitt lösningsförslag ur både section 2–207(3) UCC, dvs öppen tolkning vid dissens, och ur regeln i Article 19 FN-konventionen CISG, som säger att sist översända villkor skall gälla i de delar de inte väsentligt ändrar motpartens.³³

Det skotska förslaget förefaller ganska harmlöst. Som strax skall påpekas i anslutning till 1980 års FN-konvention, är det föga långtgående att låta en bestämd företrädesrätt gälla endast oväsentligt förändrande klausuler. Lagförslagets samband med det avtalsmekaniska synsättet är dock uppenbart, även om den förordade klausulupplösningen innebär en nyordning liksom grundinställningen att det så långt möjligt bör konstateras, att parterna verkligen står i någon form av avtalsrelation till varandra.

3.7.4 Frankrike

Om jag i inledningen beskärmat mig något över att den nordiska diskussionen om "the battle of the forms" varit matt, så tycks den i *Frankrike* ha varit helt nollställd. Jag vidgår, att jag inte företagit någon egen forskning i franskt källmaterial, främst för att *Vergnes* redovisning i ett mera allmänt sammanhang gett så dystra besked.³⁴

Att Code civil saknar regler om avtalsslutande genom anbud och accept samt därmed också om verkan av oren accept, betyder mindre i sammanhanget. Rättspraxis har organiserat avtalsmekanismen enligt sedvanligt mönster. Kraven på acceptens överensstämmelse med anbudet är högt ställda, om än vissa klausulupplösande tendenser kan spåras i modernare praxis. Partsbindning genom passivitet förefaller vara ett outvecklat tema, och lösningen har ofta blivit ett konstaterande av dissens, i synnerhet då inte blott obetydliga klausuler skiljer sig åt.³⁵ Inte heller har

³² Ibid s 20.

³³ Ibid s 21 f. Om FN-konventionen nedan i avsn 3.8.

³⁴ Vergne, 33 AJCL (1985) s 247 ff. – Även om Vergnes redovisning av utländskt material inte imponerar – praxis och doktrin kring UCC åldrig och ensidig, tysk diskussion i stort försummad – får man väl utgå från att han känner sitt eget rättsområde.

³⁵ Att domstol stannat för att "bara" fastställa dissens, hör dock nära samman med tvistefrågan och partsyrkandena. Det förekommer tydligen ingen vägledande praxis i frågor, där båda parter fordrat ett av domstol bestämt avtalsinnehåll.

de ledande kontraktsättskommentarerna tillfört frågan något av värde för lösning av standardavtalskonflikten.³⁶

Mot den tecknade bakgrunden ter det sig kanske inte så märkligt, att *Vergne*, vars framställning gör anspråk på komparativa utblickar, allmänt ser en strängt normerande rättsregel som förebildlig. Han vill den vägen åstadkomma att parterna verkligen genomförhandlar sina villkor i avsikt att undvika kollision mellan motstridiga klausuler.³⁷ – Jag lämnar fransk rätt med den snusförnuftiga kommentaren, att där ännu inte tycks ha förekommit något framåtsyftande.

3.8 1980 års FN-konvention, CISG

Med den stora mängd erfarenhet av "battle of forms"-frågor, som finns internationellt, skulle man tänka sig att konventionsarbetet kring mellanstatliga avtal och köp hade resulterat i en ideallösning. Så är emellertid, tyvärr, inte fallet. Partikulära skyddsintressen har tvingat fram en ganska intetsägende kompromiss.

1964 års Haag-konferens antog två konventionstexter på området: Uniform Law on the Formation of Contracts for the International Sale of Goods, ULFIS, och Uniform Law on the International Sale of Goods, ULIS, båda med utgångspunkt i ett sedan länge pågående arbete i UNIDROIT:s regi. Entusiasmen i världssamfundet över dessa produkter visade sig emellertid liten, varför Förenta Nationerna i försöken att skapa enhetliga handelsregler tillsatte kommissionen UNCITRAL, som bl a fick till uppgift att se över de båda Haag-konventionerna. UNCITRAL:s arbete resulterade i 1980 års i Wien antagna Convention on Contracts for the International Sale of Goods, förkortad CISG.³⁸

³⁶ Vergne 33 AJCL s 251 med not 65.

³⁷ Vergne 33 AJCL s 257 f.

³⁸ Inte ens om de här använda förkortningarna råder allmän enighet. – Om konventionsarbetet i stort och om CISG i synnerhet finns en omfattande litteratur. Bland standardverken kan nämnas Honnold, Uniform law for international sale under the 1980 United Nations Convention (1982), där hänvisningar finns till bl a konventionernas förarbetsmaterial, och Schlechtriem, Einheitliches UN-Kaufrecht (1981). Från svensk utgångspunkt har här aktuella delar av CISG uppmärksamats i handbokslitteraturen av bl a Adlercreutz, Avtalsrätt I s 247 ff; Grönfors, Avtalslagen s 13 ff, 216 ff; Hellner, Speciell avtalsrätt I, s 19 ff; Ramberg, Allmän avtalsrätt I s 135 f, samt av Hellner, The Vienna Convention and standard form contracts. I: International sale of goods. Dubrovnik lectures (1986) s 335–

Konventionen har numera trätt i kraft. Av intresse i detta sammanhang är

Article 19 CISC

(1) A reply to an offer which purports to be an acceptance but contains additions, limitations or other modifications is a rejection of the offer and constitutes a counteroffer.

(2) However, a reply to an offer which purports to be an acceptance but contains additional or different terms which do not materially alter the terms of the offer constitutes an acceptance, unless the offeror, without undue delay, objects orally to the discrepancy or dispatches a notice to that effect. If he does not so object, the terms of the contract are the terms of the offer with the modifications contained in the acceptance.

(3) Additional or different terms relating, among other things, to the price, payment, quality and quantity of the goods, place and time of delivery, extent of one party's liability to the other or the settlement of disputes are considered to alter the terms of the offer materially.³⁹

Första stycket kan vi lämna därhän som okontroversiellt och av föga intresse för standardavtalsrätten. Det är i andra stycket konventionen sökt lösa "the battle of the forms".⁴⁰ Den ger, kort sagt, uttryck för en föråldrad syn på konflikten. Med UCC har konventionen den likheten, att den vid sin tillkomst i första hand skapades för att hindra en ångerköpt part att dra sig ur sina förpliktelser med hänvisning till obetydliga skillnader i de egna och motpartens standardavtal.⁴¹ För att lösa det

363. Se även Lando, UfR 1988, B, s 5 f. – De nordiska lagstiftarna har haft konventionen för ögonen i samband med den pågående köplagsreformen, NU 1984:5, men reserverat sig mot konventionens *avtalsrättsliga* del. Riksdagen har ratificerat konventionens köprättsliga avsnitt att gälla för utomnordisk handel (SFS 1987:822; prop 1986/87:128). Som främsta och av remissinstanserna oemotsagda skäl till att de nordiska staterna inte antagit avtalsrättsdelen anges dels den för oss främmande möjligheten att återkalla avgivna anbud, dels common law-staternas avvaktande hållning till konventionen, prop s 88 f, 169, 171 f. Trots reservationen finns i propositionens specialmotivering en intetsägande kommentar till Article 19, s 106.

³⁹ Hela konventionens text jämte inofficiell översättning till svenska i prop 1986/87:128 s 5–79.

⁴⁰ 1980 års text är i stort en oförändrad kopia av Article 7 ULFIS från 1964.

⁴¹ Det kan vara av visst intresse att utformningen 1964 av Article 7 ULFIS styrdes av de nordiska delegaterna, som här lanserade 6 § 2 st AvtL i en mindre drakonisk form. Jfr *Honnold*, § 167, som på ett givet exempel försöker tillämpa det nordiska stadgandet men enligt min uppfattning hamnar helt snett. Det är knappast ägnat för export till common law-jurister med deras sätt att tolka lagtext.

dilemma, som uppkommer sedan parterna redan presterat, är stadgandet föga upplysande. Särskilt uttunnat har det blivit genom tredje styckets legaldefinition, att snart sagt alla villkor innebär en väsentlig förändring, "materially alter".⁴²

Ett vällovligt försök att tolka CISG har gjorts av *van der Velden*. Inte utan viss möda har han funnit två grundläggande principer bakom konventionen, *good faith in international sales* och *promotion of uniform application of the law*.⁴³ "Good faith"-rekvisitet, konkluderar han, medför en inriktning på själva standardavtalet i stället för på frågan om vad som är anbud och offert enligt klassisk avtalsmekanik. Den bästa lösningen finner han vara att efter klausulupplösning utfylla och tolka avtalet fritt. De angivna förebilderna är Lord Denning i *Butler*-målet och section 2-207(3) UCC, självständigt betraktad.⁴⁴ Den linjen, erkänner han, är emellertid inte helt förenlig med kravet på enhetlighet. Ty varje stat, som kommer att tillämpa konventionstexten på internationella kontrakt, har sin egen uppfattning om vad "tro och heder bjuder".⁴⁵ – Likartade slutsatser drar *Vergne*,⁴⁶ när han beklagar att konventionsluckan medför hänvisning till nationell lag. Hans recept häremot är drastiskt: Parterna bör undvika klausulkollisionen genom stränga skyddsklausuler och således uppfordras till att genomförhandla sina mellanhavanden. – *Honnold* är ännu vagare men förordar också han klausulupplösning och fri tolkning av divergerande klausuler.⁴⁷ – En radikalare inställning företräds av *Rohwer och Coe*, som söker eliminera Article 19 genom att hänvisa till konventionens Article 9 om verkan av branschsedvana och ömsesidigt partsbruk. Om rättstillämpningen gör extensivt bruk av det stadgandet, minskar betydelsen av väsentligt ändrande klausuler i 19(3). Risken att

⁴² Om öststatsdelegaternas krav på denna uppräknig, se *Vergne*, 33 AJCL s 236 ff, med kommentarer till polariseringens betydelse; jfr *Lando*, UfR 1988, B, s 6.

⁴³ *Van der Velden*, Fskr *Sauveplanne* s 244 ff.

⁴⁴ *Van der Velden* s 246 f, sedan han avvisat en annan tänkbar modell såsom oförenlig med "good faith"-rekvisitet: säljarens villkor har företräde om det råder en säljarens marknad, eljest köparens.

⁴⁵ *Van der Velden* s 247 ff, med en besvikelsens suck, att konventionen i rättsenhetlighetens intresse inte skapade en mera precis reglering.

⁴⁶ *Vergne*, 33 AJCL s 256 ff.

⁴⁷ *Honnold* § 170 med uppskattning av den kanadensiska inställningen; jfr ovan *avsn* 3.7.1.

stanna i ett dissensslut skulle bli mindre.⁴⁸ – *Hellner* å sin sida anser, att artikeln inte alls tar sikte på just kolliderandestandardavtal.⁴⁹

1980 års FN-konvention för oss således inte närmare en ideallösning av "the battle of the forms". Den indikerar dock tydligare än mycket annat, att det saknas en sådan, av alla berörda godtagbar, modell. Till de refererade kommentatorernas uppfattning vill jag bara säga, att Honnolds och van der Veldens fria tolkningsprogram tveklöst ligger närmare de kommersiella parternas egna önskemål än Vergnes handlingsdirigerande och verklighetsfrämmande krav på intensivare förhandlingar.

⁴⁸ Rohwer & Coe, The 1980 Vienna Convention on the International Sale of Goods and the UCC – A peaceful coexistence. I: Legal aspects on international business transactions, ed D Campbell & C Rohwer (1984) s 254 ff.

⁴⁹ Hellner, Dubrovnik lectures s 342, utan angivande av eget lösningsförslag.

4. Komparativ utvärdering

Ser vi till den internationella utvecklingen i stort, föreligger två i sig skilda inställningar till "the battle of the forms". Den ena söker anpassa regleringen i lagstiftning och praxis till vad som anses vara den för de agerande kommersiella parterna bästa lösningen. Den andra söker en handlingsdirigerande norm, som får parterna att anpassa sig till regelsystemet. De australiensiska forskarna *Greig och Davies* har i mitt tycke väl fångat andan i dessa riktningar.¹

Den handlingsdirigerande inställningen är entydigare och lättare gripbar än den som söker tillgodose föregivna partsintressen. Den förra ser kollisionen mellan skilda standardavtal som en kamp, där det gäller att utkora en segrare, vars villkor skall gälla fullt ut. Den äldsta och redan på flera håll övergivna metoden bygger framför allt på tanken att låta ena sidans passivitet eller konkludenta handlande ge den andre ett omedelbart försteg. Den som sist översänder sina villkor utan att därefter ta emot en klar reklamation vinner. "The last shot" träffar.

"Last shot"-metoden har inte frigjort sig från grunderna för den avtalsmekanism, som är gemensam i alla västerländska rättsordningar. Den utgår helt naturligt från att ett ömsesidigt förpliktande avtal föreligger, endast om det kan konstateras två sammanstående viljeförklaringar. Helst skall dessa ta sig uttryck i anbud och accept, entydigt utformade. Avviker accepten från anbudet, betecknas den som oren och utgör avslag i förening med nytt anbud. Det är detta nya anbud, som mottagaren anses konkludent acceptera om han inte protesterar.

Nackdelarna med den lösningen är uppenbara. Det kan vara avhängigt av slumpen, vem som sänder de sista standardvillkoren. I åtskilliga branscher är det naturligt, att säljaren/producenten skickar den sista handlingen i form av orderbekräftelse omedelbart före eller rent av i samband med leverans. I sådana fall ges ett kanske inte alltid försvarbart försteg åt säljarsidan till förfång för köparna. Den teoretiska grundvalen bakom tankegången bygger på ett mer eller mindre klart profilerat

¹ Se ovan avsn 3.7.2.

viljeresonemang. Det förutsätts, att den som tiger också samtycker, låt vara att vidden av den tesen måste ha sina begränsningar för att skydda mottagaren mot något han inte alls beställt eller mot avtalsklausuler av oskäligt slag.²

"Last shot"-lösningen kan med viss generalisering sägas utgöra den första utvecklingsfasen på standardavtalskollisionens område. Den är tydligt företrädd i den tidiga tyska rättstillämpningen och doktrinen. Det finns också starka spår av den inom common law. I äldre amerikansk rätt och alltså som en given grundnorm i engelsk rätt fordras, att accepten exakt överensstämmer med anbudet. Samtidigt ställs kraven på konkludent accept inte särskilt högt. Både i tysk och i engelsk rätt har emellertid utvecklingen gått vidare utan direkt lagstiftning, även om rättsläget inte har stabiliserats i helt nya lösningsmönster. I England utgör ett berömt votum av Lord Denning en öppning mot ett friare synsätt, som jag strax återkommer till. I Tyskland märks en tydlig splittring mellan doktrinens krav på öppnare normer och rättspraxis' striktare mönster. Men även i tysk rättstillämpning har det förekommit klara brott mot "last shot"-modellen. Vägen där ligger knappast öppen för en fri tolkning och utfyllnad av avtalet. Det är i stället en betoning av partsviljan, som lett till ett resultat som avviker från äldre preferens för den sist agerande.

Entydigt kvar på "last shot"-stadiet är bland här närmare undersökta länder bara DDR i en särskild lag för utrikeshandelskontrakt. Till samma kategori måste också räknas 1980 års FN-konvention om internationella köp, vars kompromisslösning utsatts för skarp kritik.

I USA föreligger sedan 1960-talet en omfattande rättsbildning på området med distinkta avvikelser från äldre common law. Lagtekniskt visade sig snart section 2-207 Uniform Commercial Code oklar, och den har inte utan skäl blivit mycket kritiserad i litteraturen. Praxis har inom ramen för stadgandet stabiliserats och lagt grunden till en "first shot"-lösning genom att upprätthålla skyddsklausuler i de först avsända villkoren. På det sättet har en ursprunglig common law-lösning med företräde

² Kontroll av avtals- och klausulkvalitet med hjälp av tvingande lagregler eller generalklausuler har i stort lämnats utanför framställningen. Oskäliga bestämmelser kan elimineras utan att de för "the battle of the forms" karakteristiska frågeställningarna aktualiseras. Den öppna kontroll, som de senaste årtiondena slagit igenom i åtskilliga länders rättsordningar och ersatt äldre rättstillämpnings brottande med infogandefrågor torde numera av de flesta hälsas med tillfredsställelse.

för det sist levererade standardformuläret ersatts av en laganknuten modell av egentligen samma struktur men med annan vinnare.

Likheten är stor mellan amerikansk rättstillämpning och nyare väst-tysk praxis. Det viljeteoretiska inslaget har visserligen, föga förvånande, betonats mera i Tyskland. Men resultatet blir ändå detsamma i båda systemen. Än har dock dessa senaste signaler från Bundesgerichtshof inte mötts med allmänt bifall i tysk doktrin, varför stabiliteten i tysk rätt inte är lika stark som i amerikansk. Nederländerna har för sin kommande civillag gått ett steg längre och klart deklarerat att de först avgivna villkoren skall gälla, om de inte möts av tydlig reklamations. Lagförarbetenas motivering till vägvalet är tunna. Från doktrin och annat håll har det kritiserats med rekommendationer att välja antingen "last shot" eller – numera vanligare – en fri tolkning av divergerande klausuler.

En stötesten i behandlingen av dessa båda konfliktrinriktade lösningsmodeller har varit värdet och verkan av vad jag kallat *skyddsklausuler*. Skall part generellt kunna värja sig mot medkontrahentens standardavtal med en deklaration om att han endast handlar på egna villkor? I litteraturen har inställningen överlag varit negativ. Det har ansetts vara ett alltför lättvindigt sätt att segra över den andra parten. Vilken inställning man än må ha, visar dock praxis i både USA och Västtyskland, att klara sådana förbehåll från den först agerandes sida tillagts avgörande betydelse.

Både vilje- och tillitsresonemang kan användas till försvar för skyddsklausul. I den mån parts vilja skall tilläggas betydelse framför motpartens tillit, har ju den som använt skyddsklausulen faktiskt gett uttryck för en bestämd viljeinriktning. Ses frågan från en tillitsutgångspunkt, kan det sägas att skyddsklausulen väcker tillit till att den efterföljs av medkontrahenten, så länge denne inte reklamerar tydligt. Som jag ser det, är särskilt den senare tankegången anledningen till att skyddsklausulen fått spela verklig roll endast i de *först* översända villkoren. Om mottagaren av andra partens standardvillkor själv skulle översända egna med en skyddsklausul i, kan han knappast ha skäl att lita på att den utan vidare accepteras. Redan det förhållandet att han mottagit ett annat standardformulär än det han själv använder kan tyckas utesluta befogad tillit till de egna villkorens genomslagskraft. Resonemanget är dock inte invändningsfritt, och jag återkommer till det i de egna övervägandena, *kapitel 6*.

Om de nu redovisade "konfliktmodellerna" har sagts, att de i vart fall underlättar rättstillämpningen. De är på det sättet kompromisslösa att deras användande inte fordrar någon individuell tolkning eller utfyllnad. Så är däremot fallet med den motsatta metoden, som tillämpar en *öppnare norm* för tvistlösningen. När parternas standardklausuler inte överensstämmer, skulle det stå domstolen fritt att beakta allt tillgängligt material och därur fastställa ett avtalsinnehåll.³ Den tankegången finns företrädd men inte till fullo utförd av Lord Denning i ett ofta citerat votum. Den har väckt större sympati i doktrinen än i rättstillämpningen. Det finns väl knappast någon rättsordning, som tagit steget fullt ut och börjat använda ett så fritt synsätt. Ansatser på vägen dit är emellertid klart synbara.

En föga kontroversiell inställning, som bäddar för en framtida fri tolkningsmetod, ligger i att lämna den äldre synen på standardvillkoren som ett oupplösligt paket. I stället finns det tydliga spår av en *klausulupplösande* inställning i alla här refererade rättsordningar. Den varierar dock, och engelsk rätt kan inte sägas ha helt släppt den paketsyn, som är typisk för common laws ursprungliga "mirror-image"-regel. Här som eljest är dock domstolarna starkt bundna av parternas yrkanden och grunder. I doktrinen tycks det föreligga en nästan fullständig enighet om att klausulerna i ett standardavtal måste ses som enskilda komponenter. Olikheterna i sig får inte hindra att parterna skall anses stå i ett avtalsförhållande till varandra, sedan de utan klar reklamation växlat standardformulär.⁴

Skulle man sedan gå vidare och överlämna åt domstolen att fastställa avtalsinnehållet, blir en första väg att söka sammanjämka likartade men inte exakt överensstämmande klausuler. En sådan möjlighet måste för att vara praktisk gå långt vidare än vad exempelvis 1980 års FN-konvention, CISG, gjort. Den uppräknig, som i kompromissens tecken där infördes i Article 19(3), medför ett onödigt starkt betonde av skiljelinjerna, när

³ Detta synsätt måste skiljas från den rena dissenslösningen. I det fallet anses avvikelserna mellan parternas viljeförklaring innebära att inget egentligt avtal föreligger dem emellan. Skall det utfyllas, eftersom parterna inte yrkar ogiltighet, sker en hänvisning till dispositiv rätt. Så långt är dissensstänkandet en möjlig väg att gå, och så tillämpas under vissa förutsättningar åtminstone reglerna i den amerikanska UCC. Men faran med dissensstänkandet ligger i att ena parten i efterhand ändrar inställning och inte längre vill vidgå avtalsbindning. Strikt tillämpad ger den därför en möjlighet till önskad spekulation.

⁴ Annorlunda enligt min mening vid *öppen dissens*, vilket inte alltid klart understrukits eller kanske ens ansetts önskvärt av här redovisade författare.

det rätteligen borde vara likheten i klausulerna som skulle understrykas. Även UCC:s svårångade uppdelning mellan "different" och "additional terms" bör undvikas. Inte blott definitionerna har medfört svårigheter. Även praktiskt sett kan det vara slumpartat, om en klausul utgör en annorlunda reglering eller ett stadgande, som saknar motsvarigheter i den andra partens villkor.

Går det inte att sammanjämka divergerande klausuler, faller blickarna i första hand på en utfyllnad med hjälp av dispositiv rätt. I åtskilliga fall kan en sådan metod vara lämplig, men inte alltid. Redan det förhållandet, att båda parterna utnyttjar standardvillkor, säger oss att de förmodligen önskar en annan reglering av sina mellanhavanden än vad dispositiv rätt ger. I andra fall kan den tillämpliga rättsregeln vara föråldrad eller oklart utformad i rättskällorna. Är förhållandena sådana, saknas anledning att låta dispositiv rätt a priori verka utfyllande. Kring det ställningstagandet förefaller det också finnas en stor uppslutning.

I tolknings- och utfyllnadsdelen kan en möjlig väg vara att förkasta eller särbehandla villkor, som förefaller överraskande eller tyngande för motsidan. Sådana tankegångar har framförts i viss doktrin, men förkastats från andra håll. Vi får hålla i minnet, att det vid "battle of forms" rör sig om kommersiella parter, även om de inte alltid är likvärdiga. Rena inkorporeringsresonemang hör knappast till ämnesområdet, inte heller den öppna kontrollen av oskäligen avtalsvillkor. Möjligen kan sådana förhållanden användas som tolkningsdata. Mitt intryck är dock, att domstolarna har lättare att ta fasta på sådana förhållanden och mer eller mindre medvetet gynna en svagare part. Skyddsresonemang från rättstillämpning på konsumentområdet och angränsande fält tenderar att förvandlas till allmänna rättsgrundsatser.⁵ Det saknas emellertid majoritet för en sådan ståndpunkt i den litteratur jag tagit del av.

Tolkningsregler av det slag vi känner från svensk doktrin och praxis, exempelvis Vahléns och Adlercreutz' culparesonemang eller komplicerade modeller för avtalsbindning genom passivitet,⁶ har jag inte mött i den utländska litteraturen. Vårt litet udda sätt att söka laganalogier är för övrigt främmande på de flesta håll. Trots att tolkningsverksamheten i sig oftast går ut på att efterforska en gemensam partsvilja och trots det

⁵ Den tyska rätten intar härvidlag en särställning, som förutom de sedan länge vidsträckt tillämpade generalklausulerna i BGB numera också har en särskild AGB-Gesetz med delvis tvingande skyddsregler även utanför rena konsumentförhållanden.

⁶ Se vidare avsn 5.4.1 nedan.

starka betonandet på många håll av partsviljans betydelse, har det i skilda förslag till öppnare tolkningsnormer inte framförts krav på den inriktning mot subjektiva rekvisit, som vi är vana vid.

Den skandinaviska realismen och teleologin har, som bekant, inte gått segrande över världen. Men visst finner man inflätade i åtskilliga doktrinresonemang prövningar av ändamålsskäl. Som påpekats inledningsvis i detta kapitel, finns det en avgörande skillnad mellan förespråkare för en handlingsdirigerande normbildning och anhängare av en anpasslighet till marknadens villkor. Mycket av det handlingsdirigerande tänkandet faller emellertid på att verkligheten inte ser ut som denna läras företrädare anser att den borde göra. Jag har heller inte utförligt uppehållit mig vid nedslag i litteraturen, där det påfordras ett intensivt förhandlande mellan kommersiella parter för att i förväg undanröja oklarheter i mellanhandet. Den inställningen är orimlig för den som vill befordra ett ökat varu- och tjänsteutbyte. Jag återkommer i *avsnitt 6.2* till en närmare presentation av ändamålsskäl i skilda riktningar. I denna komparativa sammanfattning vare nog sagt, att ett uteslutande teleologiskt resonemang inte mött mig i den utländska diskussionen kring "the battle of the forms".

Vad återstår då för tolkningsdata för den som vill förespråka en öppen norm för avgörande av avtalsinnehållet, när klausulerna är oförenliga? Ta allt i beaktande, menar Lord Denning. Och det är nog en förnuftig inställning. Lämna åt domstolen att utfylla avtalet. Efter fritt skön? Nej, kanske inte helt. Handelsbruk och partssedvänja förefaller vara en allmänt omfattad vägledning. Som upptas under 5.4.2 nedan är vi vana vid en rigid inställning härvidlag. Jag tycker mig ha funnit ett mindre strikt förhållningssätt i både nederländsk och anglo-amerikansk rätt. I Västtyskland har sedan länge grundnormen om "Treu und Glauben" i kontraktsförhållanden bäddat för öppnare domstolsresonemang.

En näraliggande tankegång, som fått flera system att fastna i en "shot"-modell, är också viktig i sammanhanget. Det måste vara en rimlig utgångspunkt, att spekulanten inte alltför lättvindigt kan slinka ur sina förpliktelser med hänvisning till dissens. Även om man inte stannar i det handlingsdirigerande tänkandet, kan motverkandet av sådana tendenser utgöra ett viktigt tolkningsdatum. Som en utvidgning av den föreställningen kan man se det i engelsk rätt noterade bruket att tillerkänna ersättning inom ramen för kvasikontrakt, om dissensen mellan parterna visar sig svårbotad.

Slutligen förekommer tolkningsdata av en ny och för många främmande art i form av sociologiska och ekonomiska aspekter på avtalsslut. Jag har presenterat visst material därom ovan under 2.2 och återkommer dit i *avsnitt 6.3*. För den inrotade juristen kan en sådan vinkling tyckas osäker. Jag vill kalla den realistisk. Dess hållbarhet som instrument i sedvanlig tvistlösning har dock ifrågasatts från många håll, även om det inte saknas praxisbelägg på att realekonomiska resultat har påverkat utgången. För en svensk publik vore nog en användning av dessa metoder inte så avlägsen, som det först kan tyckas. Det är nämligen fråga om en sorts teleologi. Den har dock den i mitt tycke överlägsna styrkan att kunna beläggas med vetenskapligt godtagbara argument i form av sociologiska undersökningar och ekonomiska teorier, som kan provas. Det är inte bara fråga om den kammarlärdes tyckande.

Efter att i varje avsnitt ovan ha strött kommentarer till presenterade praxis- och doktrinlösningar har jag i detta kapitel sökt plocka russinen ur de utländska kakorna. Som framgått av länderöversikterna, är bilden av de utländska erfarenheterna mera splittrad än vad denna komparativa utvärdering ger vid handen. Det saknas en övergripande enighet om hur man skall behandla de kolliderande standardavtalen. Mera misslyckad än mycket annat förefaller 1980 års FN-konvention ha blivit i sina avtalsrättsliga delar. Kanske den inte heller kommer att få så många anhängare, i synnerhet som den valda lösningen redan förefaller övergiven på de flesta håll, där en mera ingående diskussion förts om "the battle of the forms". Skulle man avslutningsvis ändå utpeka en förhärskande mening, finns det enligt min mening ett visst försteg för den lösning som kallas "the first shot". Den som först översänder sina villkor har visst befogat anspråk på att dessa blir gällande på avtalsförhållandet.

En idealisk lösning, om det finns en sådan, kräver nog en djärvare frigörelse från invanda, i dag ganska orealistiska, mönster på avtalsrättens område. I litteraturen har den mesta sympatin kommit de idéer till del, som fordrar en anpassning till den kommersiella verkligheten. När vi nu övergår till att betrakta svensk och övrig nordisk rätt, skall vi finna att även hos oss höjts röster i den riktningen.

5. Sverige och övriga Norden

5.1 Inledning

I jämförelse med den uppmärksamhet som ägnats "the battle of the forms" utomlands, måste temat sägas vara ganska styvmoderligt behandlat i Norden. Fyra författare, *Adlercreutz*, *Hellner*, *Lando* och *Ramberg* har dock berört frågan med viss utförlighet.¹ Härutöver synes standardavtalskollisionen endast flyktigt omnämnd i nordisk litteratur.²

I avsaknad av vägledande *praxis*³ görs i det följande först en prövning av möjligheten att inrymma kollisionsfrågan under lagregleringen i av-

¹ Adlercreutz, *Avtalsrätt II* (1978) s 60 f; Hellner, *Kommersiell avtalsrätt* (1987) s 49 f, och dessförinnan i *JFT* 1979 s 296 f och *SvJT* 1984 s 758 f samt i ett bidrag om 1980 års FN-konvention i *International sale of goods, Dubrovnik lectures* (1986) s 341 f; Lando, *Udenrigshandelns kontrakter* (1981) s 90 ff, och utförligt i en helt färsk artikel i *UfR* 1988, B, s 1 ff; Ramberg, *Allmän avtalsrätt I* (1986) s 82 ff; till deras ståndpunkter återkommer jag nedan, *avsn 5.3*.

² Tidigast av *Olsson*, 21 *NJM* 1957, Bil VI s 21 f (hänvisning till tysk diskussion), och senare av bl a *Rodhe*, *SvJT* 1971 s 182 f (svarslös, när tillfrågad av ingenjör, men med angivande av olika möjligheter i anslutning till "the last shot"); *Bernitz*, *SvJT* 1972 s 420 n 18 (noterat problemet) och i *Standardavtalsrätt* (1987) s 33 f (inget klart lösningsförslag men möjligen "last shot" i anslutning till *NJA* 1980 s 46); *Grönfors*, *Avtalslagen* (1984) s 53 ff (tangerar frågan och talar för en klausulupplösande tillämpning; jfr även intressanta synpunkter på stegvis bindning i samband med letters of intent, *ibid* s 37 ff); *Håstad*, *Standardvillkor* (1987) s 11 (förordar "last shot" vid protestlös fullgörelse, när dissenslösning ej är möjlig, och anser skyddsklausul utan verkan). Från grannländerna bör nämnas *Huser*, *Avtale-tolkning* (1983) s 146 not 379 ("en særegen form for avtaleslutning"); *Wilhelmsson*, *Standardavtal* (1984) s 57 (likartade klausuler bör sammanjämkas och divergerande får stryka på foten till förmån för dispositiv rätt).

³ Hit räknar jag inte *NJA* 1916 s 583, som med hänsyn till både ålder – AvtL ej ens tillämplig – och lösningssätt måste anses överspelat. Målet rörde den situationen, att ena parten under återopande av dissens önskade dra sig ur ett avtal, som sedermera visade sig ofördelaktigt. HD:s majoritet, liksom underdomstolarnas, fann att de växlade villkoren inte överensstämde och att därför avtal aldrig kommit till stånd. Ett fördyrat täckningsköp var därför inte ersättningsgillt. Jfr i avsnittet om amerikansk rätt ovan just om de ursprungliga bevekelsegrunderna för § 2–207 UCC. – Till ett antal rättsfall, som i viss mån tangerar standardavtalskollision, återkommer jag i *avsnitt 5.4.1* om passivitet strax nedan. Genom godhetsfull förmedling av advokaten Robert Wikholm har jag fått tillgång till ett opublicerat hovrättsavgörande om kolliderande standardavtal, som också kommer att tas upp där.

talslagen, *avsnitt 5.2*. Därefter refereras litteratordiskussionen, *avsnitt 5.3*. Slutligen skall i *avsnitt 5.4* prövas, om "the battle of the forms" kan lösas inom ramen för regler om bl a passivitet eller andra läror inom den allmänna avtalsrätten, sådana de utvecklats främst i svensk rätt.

5.2 Avtalslagen och dess förarbeten

Redan en hastig blick på *avtalslagen* och dess förarbeten ger vid handen, att här knappast bjuds ett instrument för en direkt lösning av "the battle of the forms".⁴ Det enda tänkbara tillämpningsstadgandet är 6 § *AvtL*. Lagen är som bekant uppbyggd enligt ett enkelt och konkret mönster av anbud och accept. Det är emellertid oftast svårt att ge ett av flera växlande standardavtal etiketten anbud och ett annat accept. Redan detta förhållande är ägnat att väcka tvivel om lämpligheten att utnyttja paragrafen som utgångspunkt för en lösning.⁵ Av det tidigare redovisade utländska materialet har också framgått en successiv strävan att fjärma sig från en *mekanisk* syn på sättet att sluta avtal med hjälp av standardvillkor. Prövningen av den inhemska lagfästa grundvalen kan därför bli kortfattad.⁶

5.2.1 6 § 1 st avtalslagen

Jag utgår som tidigare från att parterna i den uppkomna tvisten inte eftersträvar ett avgörande, som blott konstaterar att den bristande överensstämelsen i deras viljeförklaringar utgör dissens och således avsaknad av bindande avtal. Vad de eftersträvar är i stället ett besked om det riktiga innehållet i fullgjorda prestationer. Bristande avtalsbindning på grund av dissens kan däremot vara en inte lika oönskad lösning för det fall *ingen* av parterna ännu presterat. Om den situationen handlar emellertid inte denna studie.

⁴ Att lagstiftaren 1915 knappast hade standardavtal för ögonen är föga förvånande, se härom Hellners översikt i JFT 1979 s 283 ff. Se vidare ang *AvtL*, Lando, UfR 1988, B, s 2 f.

⁵ Av samma uppfattning är *Hellner* redan i det fallet att det förekommer endast ett standardavtal i partsrelationen, JFT 1979 s 295 f; mera anbud/accept-orienterad förefaller *Adlercreutz*, *Avtalsrätt II* s 52 f. Se även *Vahléns* allmänt kritiska inställning till avtalslagens brukbarhet i nutida kommersiella förhållanden, Fskr Karlgren s 358 ff.

⁶ Utförligt om 6 § *AvtL*:s eventuella tillämpning på standardavtalssituationer hos *Hellner*, JFT 1979 s 286 ff.

I 6 § första stycket AvtL talas om den avvikande acceptens ställning som avslag i förening med nytt anbud. För att den vägen få till stånd ett bindande avtal mellan parterna krävs, att den ursprunglige anbudsgivaren konkret eller konkludent accepterar detta nya anbud. Den vägen har visserligen varit utgångspunkten för den metod, som i det föregående har beskrivits som "the last shot". Men för en tillämpning, där grunderna för 6 § 1 st AvtL ges *avtalsverkan*, krävs en mindre rigorös inställning till *realhandlandet* som fullgod accept, än vad som kan utläsas ur hittillsvarande svensk rättspraxis.⁷

Det må vara riktigt, att den som utan protest tar emot och förfogar över egendom, som med bifogad faktura översänts av en säljare i god tro om träffat avtal, är betalningsskyldig för det mottagna.⁸ Lösningen är emellertid inte lika självklar, när det gäller en standardavtalskollision, eftersom den passiva parten i ett sådant fall verkligen har avgivit en viljeförklaring, som på vissa punkter strider mot den presterande partens. Det finns då inget som direkt talar för att den som först avgav en i sig tydlig viljeförklaring skulle ha fränfallit den däri uttryckta uppfattningen.

5.2.2 6 § 2 st avtalslagen

Att försöka sig på en tillämpning av 6 § andra stycket AvtL – med dess dubbla subjektiva rekvisit⁹ – i ett fall av kolliderande standardvillkor är förmodligen ännu svårare än att lösa konflikten med hjälp av första stycket.¹⁰ Applicera stadgandet på en normalsituation vid "battle of forms":

⁷ I en rad rättsfall, som kommer att beröras i det följande, har – vid sidan av det faktiska handlandet – betydelse i skiftande omfattning tillagts parts subjektiva uppfattning om motparts inställning. Det har alltså rört sig om analogisk tillämpning av 6 § 2 st AvtL eller andra passivitetsstadganden. Se exvis *NJA 1980 s 46, 49*, där HD påpekar att prestation börjat utföras utan protest mot medkontrahentens stadardvillkor.

⁸ Det mest typiska fallet i svensk praxis är *NJA 1946 s 122* om statens betalningsskyldighet för levererade byggnadstillbehör. Det målet saknar emellertid varje anknytning till frågan om kolliderande standardavtal. – Jfr Adlercreutz, *Avtalsrätt I* (1984) s 56 f, med ytterligare hänvisningar samt därefter bl a Håstad, *Passivitet vid avtalsslut* (stencil 1985) s 1 f, och Ramberg, *Allmän avtalsrätt* s 134 f.

⁹ Jfr Hellners kritik, *JFT 1979 s 295 f, 300* med vidare hänvisningar.

¹⁰ Det må vara riktigt att stadgandet som lagteknisk krumelur är en nordisk uppfinning, se Almén, *Lagen om avtal* (1916) s 33 med not 14, understruket även av Hellner i *An introduction to Swedish law*, ed Strömholm (1981) s 203, och av Grönfors s 53. Dess syfte var dock i första hand att möjliggöra partsbindning för den som under åberopande av dissens sökte slingra sig ur ett oförmånligt avtal. Rättstillämpningen i Tyskland och i common law

Köparen har som anbud sänt en order med sina ordervillkor, varpå säljaren därefter accepterar genom ett erkännande med vidhäftade leveransbestämmelser. Det ställer sig svårt redan att antaga, att säljaren som anbudstagare har handlat i god tro om att han avger en ren accept, när han översänder sina leveransbestämmelser. Och det förefaller mig nästan omöjligt att påstå, att köparen, när han får denna orena accept, "måste ha insett" att säljaren trodde sina leveransvillkor överensstämma med köparens ordervillkor, dvs anbudet.

Det är visserligen en fiktion att utgå från att båda parter läser igenom standardvillkoren; färre tvister skulle uppstå om så vore fallet. Men man får väl utgå från att den, som tar emot det som i exemplet nyss kallades säljarens orena accept, i vart fall är medveten om att han i inledningsskedet har översänt ett eget standardformulär. Blotta förhållandet att parterna använder olika standardvillkor måste, enligt min uppfattning, för envar utgöra en signal om att dessa innehåller klausuler, som åtminstone på några punkter skiljer sig från varandra. Det finns då ingen anledning att ens antaga, att den, som själv översänder ett standardavtal och därefter erhåller ett annat från motsidan, "måste inse" att den som skickar det senare avtalet gör det i förvissningen om att det överensstämmer med det första standardavtalets reglering.

Den ursprunglige anbudsgivaren kan således endast i undantagsfall vara i kvalificerad ond tro om att motparten trott sig ha avgivit en ren accept. Det är endast då tillämpningen av 6 § 2 st AvtL medför, att den ursprunglige anbudsgivaren måste reklamera för att undgå bundenhet av motpartens villkor.¹¹ Föreligger inte den situationen, är alltså köparen i det behandlade exemplet inte reklamationskyldig. Det medför i sin tur, att olikheterna i parternas viljeförklaring endast leder till dissens. En ren

har dock låtit passiviteten få långt vidsträcktare betydelse än vad 6 § 2 st AvtL kan erbjuda och andra institut, bl a culpa in contrahendo, har utvecklats för att under vissa förutsättningar skydda den ekonomiskt förfördelade parten. – Jfr i detta sammanhang verkan av "letters of intent" och andra avtalspreliminärer, senast behandlade av *Adlercreutz*, Rättsverkan av brutna avtalsförhandlingar och andra fall av ofullständiga avtal, SvJT 1987 s 493–514 med åtskilliga hänvisningar.

¹¹ Möjligen kunde 6 § 2 st tilläpas, då parterna *samtidigt* sänder sina formulär och alltså i det ögonblicket inte vet att det kommer standardvillkor från motsidan. Jfr dock om ett slags "efterställd" ond tro i *NJA* 1970 s 478 och 1980 s 46, avsn 5.4.1 nedan vid not 27 f samt hovrättsavgörandet ibid vid not 31.

tillämpning av 6 § 2 st AvtL kan därför inte ge ett avtalsinnehåll vid normala standardavtalskollisioner.¹²

5.3 Doktrinen

I den nordiska litteraturen är det endast *Adlercreutz* som tagit 6 § AvtL till utgångspunkt för en lösning av standardavtalskollisionen.¹³ Han menar visserligen, att "omständigheterna i det särskilda fallet" och "individuella tolkningsdata" ofta blir vägledande. Det nu berörda lagstadgandet "ger dock en viktig utgångspunkt". Utvecklingen av resonemanget är emellertid trevande, och *Adlercreutz* finner svårigheter att anpassa de subjektiva rekvisiten i stadgandets andra stycke till realiteterna i standardavtalssituationen. Han berör även möjligheten att leverans respektive mottagande från den ursprunglige anbudsgivarens sida kan betraktas som konkludent accept av de senast översända villkoren. Slutligen nämner *Adlercreutz* också möjligheten att låta de divergerande villkoren ta ut varandra och lösa parternas mellanhavande enligt dispositiv rätt eller enligt det standardavtal, som ligger närmast lagregleringen.¹⁴

Ingen av de övriga inledningsvis nämnda författarna har förespråkat en direkt tillämpning av reglerna i 6 § AvtL. Med särskild och enligt min mening välgrundad kraft har *Hellner* påpekat, att paragrafens regler inte alls lämpar sig för standardavtalsrättens behov utan till nöds passar för enskilda moment i ett konkret avtalssammanhang.¹⁵ Han har i stället fört ett friare resonemang i ganska nära anslutning till Lord Dennings votum i *Butler*-målet.¹⁶

Hellner presenterar fem olika lösningsförslag av "the battle of the forms".¹⁷ Han avvisar dissensmodellen, som i brist på avtal låter parternas mellanhavande lösas av dispositiv rätt. Han är också kallsinnig till att

¹² När 6 § 2 st AvtL utövade inflytande över regler inom den uniforma köprätten, fick det särpräglade kravet på dubbla subjektiva rekvisit inget gehör. Jfr utländska missuppfattningar om stadgandets förträfflighet ovan *avsn 3.8*, bl a *Honnold* i anslutning till CISG.

¹³ *Adlercreutz*, *Avtalsrätt II* s 60 f.

¹⁴ *Adlercreutz*, *Avtalsrätt II* s 61.

¹⁵ *Hellner*, *Kommersiell avtalsrätt* s 45 ff och FJT 1979 s 296 ff. Lika uppgiven *Lando*, UfR 1988, B, s 2 f.

¹⁶ Se ovan *avsn 3.3.1*.

¹⁷ *Hellner*, *Kommersiell avtalsrätt* s 49 f.

ge ett allmänt försteg åt säljaren enbart på den grund att köparen passivt mottagit säljarens prestation. Utan att direkt ansluta sig till något av de tre andra lösningsförslagen – "first" eller "last shot" samt en fri domstolsprövning – tycks han av förutsebarhetsskäl luta något åt att förorda "last shot"-modellen. Hellner ställer sig slutligen avvisande till att en skyddsklausul skulle ha självständig betydelse som rättsfaktum men förefaller positiv till ett klausulupplösande synsätt.¹⁸

Lando har i en nypublicerad artikel mera ingående än någon annan nordisk författare behandlat "the battle of the forms". Förhållandevis detaljerat diskuterar han sex olika lösningsvarianter mot en komparativ bakgrund. Slutsatserna är balanserade och nyansrika men därigenom nödtvunget ganska vaga. *Lando* vill inte i första hand gynna varken den som först eller den som sist avlät sina villkor. Inte heller parts ställning som köpare eller säljare bör vara av särskild vikt. Kontrahentens agerande i övrigt tilläggs viss betydelse, bl a då han med kraft understryker sin vilja att endast handla på egna villkor, medan realhandlandet generellt inte blir utslagsgivande. Skälighetshänsyn ges enligt god dansk tradition ett inte obetydligt utrymme liksom handelsbruk och parternas tidigare gemensamma handlande. *Lando* understryker, att dispositiv rätt bör ges betydande vikt, särskilt när ena partens villkor är tyngande eller ovanliga. Stundom medför dock även lagen olämpliga lösningar, inte minst om båda parter villkor avviker därifrån. Sammanfattningsvis fordrar *Lando*, att "the battle of the forms" skall avgöras "ud fra en konkret vurdering af sagens omstændigheder". Han liknar situationen vid tolkning av oklara avtal, därvid fasta regler inte kan uppställas, "kun retningslinjer for dommerens skøn".¹⁹

Ramberg ger inga konkreta försteg åt en av flera diskuterade lösningsmodeller. Man kan skönja en försiktig anslutning till "last shot"-metoden men även ett understrykande av att gängse villkor och "agreed documents" bör gå före mera udda. Han är vidare inte främmande för att i likhet med *Lando* premiera den som visat fasthet i påpekande av de egna villkorens företrädare. Fastnar man på dissensstadiet, förordas närmast att låta dispositiv rätt gälla. *Ramberg* påpekar dock, att det kan

¹⁸ Ang just klausulupplösning ganska vaga formuleringar hos Hellner i JFT 1979 s 299 f.

¹⁹ *Lando*, UfR 1988, B, s 8 ff, särsk s 12, och dessförinnan mera kortfattat i Kontrakter s 91.

finnas fall, då en friare tolkning är möjlig. Inte minst skulle det gälla, när båda parter klausuler avviker från dispositiv rätt.²⁰

I den glada förvissningen att det saknas en *herrschende Meinung* i Norden kan vi alltså gå vidare och något närmare pröva, om passivitet eller andra institut inom den allmänna avtalsrätten kan bli tillämpliga på "the battle of the forms". Framställningen tar huvudsakligen sikte på enbart svenska förhållanden.

5.4 Passivitet, handelsbruk och kvasikontrakt – en praxisgenomgång

De senaste decenniernas svenska rättspraxis i centrala avtalsrättsliga frågor om partsbindning och avtalsinnehåll har, som tidigare understrukits, inte direkt behandlat ett rent fall av kolliderande standardavtal.²¹ Går det ändå att ur rättstillämpningen vaska fram lösningsmodeller för den konflikten? Rättskällan som sådan kan självfallet inte negligeras vid en belysning av "the battle of the forms". Hur vittgående slutsatser man vågar dra ur praxismaterialet i detta sammanhang hänger däremot samman med hur djärv man vill vara i tolkningshänseende. Jag skall strax lämna en kort programförklaring. I det följande behandlas alltså ett antal centrala, yngre inhemska rättsfall i avsikt att ställa dem i relation till de olika lösningar av standardavtalskollisionen, som förekommit i utländsk rätt och som från olika utgångspunkter föreslagits även i nordisk litteratur. Först behandlas i skilda avsnitt passivitetsverkningar och handelsbruk. Därefter berörs frågor om obehörig vinst, culpa in contrahendo och andra former av kvasikontraktuell ersättningsskyldighet.

5.4.1 Passivitet

5.4.1.1 Allmänt. Metodfrågor

I det föregående har jag behandlat möjligheterna att lösa frågan med de kolliderande standardavtalen genom en direkt tillämpning av 6 § AvtL,

²⁰ Ramberg s 82 ff; jfr även s 135 i anslutning till Article 19 CISG.

²¹ Till vägledande praxis kan knappast räknas ett opublicerat hovrättsavgörande, upptaget nedan vid not 31.

avsnitt 5.2. Min slutsats var i huvudsak avvisande. Blotta mottagandet eller avsändandet av visst gods är i detta sammanhang inte tillräckligt för att utgöra konkludent accept av motpartens villkor, 6 § 1 st; det uppstår sällan en situation, som är så ren att ondtrosrekvisiten kan appliceras på fallet, 6 § 2 st. Däremot har reklamationskyldigheten enligt andra styc- ket varit en av grunderna för mera allmänna resonemang kring möjlig- heten att binda part vid ett visst avtalsinnehåll på grund av hans *passivitet* mot en viljeförklaring från motpartens sida. Till samma kategori av lag- fästa utgångspunkter hör även 4 § 2 st och 9 § AvtL. Det förekommer också andra passivitetsstadganden, främst 82 § kommissionslagen (KomML), som i mer eller mindre vidsträckt analogisk tolkning ger upp- hov till presumtionen, att parternas avtal skall ha ett visst innehåll.

Här är inte utrymme för en mera vidlyftig kommentar till den omfat- tande diskussionen om passivitet i avtalssammanhang.²² Även om bun- denhet vid motpartens klausuler i en standardavtalskollision kanske kunde betraktas som ett passivitetsspörsmål i klassisk mening och även om flera av de teorier, som behandlats i de föregående avsnitten om utländsk rätt, från svensk utgångspunkt kunde klassificeras så, är mitt huvudsyfte att söka nya vägar för lösningen av just "the battle of the forms". Det är anledningen till att jag heller inte berör förutsättnings- lärans möjligheter att lösa konflikten eller söker kasta ljus över proble- met genom att betrakta anbudstagarens svarsskrift, bekräftelsen, ur olika synvinklar.²³

Svensk rätts rigida inställning till att låta passivitet medföra avtals- verkan ger i sig vid handen, att den vägen inte synes den lämpligaste i sökandet efter segraren i "the battle of the forms". I nästan alla refere- rade passivitetsfall har domstolarna sett sig nödsakade att hänvisa till *subjektiva* rekvisit, som ligger nära de i 6 § 2 st AvtL upptagna. Inte heller den situationen, då en part kommit dithän att hans uppfattning om avtalsinnehållet presumeras gälla, lägger enligt min uppfattning något väsentligt till diskussionen om kolliderande standardavtal. I det typiska

²² Jag går alltså inte in på den diskussion som förts av Karlgren i den magnifika passivitets- monografin 1965 samt av Cervin i avhandlingen 1960 och i en senare monografi 1972. För en sammanfattning, se Adlercreutz, Avtalsrätt I s 61 ff, 66 ff och Avtalsrätt II s 63 ff. En genomträngande analys kan väntas i Håstads kommande bok om kommersiella avtal, varav jag haft förmånen att ta del av ett utkast, "Passivitet vid avtalsslut".

²³ Med dessa två sistnämnda frågor är, som angivits under 1.3 ovan, andra sysselsatta vid Uppsala-fakulteten.

läget saknas nämligen bevisfakta om ett individuellt bestämt innehåll i parternas mellanhavande. De har alltså inte uttryckt sig tydligare om enskildheter i avtalet än vad deras respektive standardvillkor utvisar.

Till undvikande av missförstånd bör påpekas, att det i vissa fall är möjligt att med bestämdhet fastslå en gemsam partsavsikt. Särskilt gäller det om det faktiskt kan påvisas, att bindande avtasslut har ägt rum i ett skede, vilket sedermera av ena parten betecknas som endast preliminära förhandlingar. Självfallet bör i ett sådant läge den uppkomna konsensen vara avgörande för bestämmandet av avtalsinnehåll och korrekt avtalsuppfyllelse. Det är inte min avsikt att rubba denna grundläggande föreställning i avtalsrätten.

Den subjektiva karaktären hos en viljeförklaring i form av standardklausuler kan sägas vara uttunnad med avseende på den avsedda partsbindningen mellan avsändaren av standardavtalet och dess mottagare. Huruvida den yttre formen kan eller bör betecknas som anbud, accept eller bekräftelse, synes mig inte kunna bli avgörande för konflikten lösning. Spelet med växlande av standardiserade villkor kan nämligen inte sägas vara avslutat i ett givet ögonblick, särskilt som ett strikt avtalsmekaniskt synsätt medför, att varje nytt avgivande av en sådan viljeförklaring innebär avslag i förening med nytt anbud.

Praxisgenomgången i det följande är alltså inte avsedd att bekräfta eller avvisa förekomsten av generella passivitetsregler i svensk rätt. I stället skall jag undersöka ett antal rättsfall för att se, om därur kan utvinnas synpunkter av intresse för i nästa kapitel upptagna egna överväganden om lösningsmöjligheter för "the battle of the forms".

Jag har i ett tidigare arbete använt rättsfallsmaterial på likartat sätt, dvs gjort försök att ur praxis dra slutsatser i frågor, som inte alltid varit huvudföremålet för avgörandet.²⁴ Metoden är självfallet inte invändningsfri, och jag har hittills inte sett den omfattad med någon större entusiasm bland svenska förmögenhetsrättare. Jag vidhåller emellertid, att detta sätt att dra slutsatser ur praxis – oavsett att de träffar något vid sidan av avgörandenas formella lösningssätt – är en försvarlig metod, om en nyordning eller ett annorlunda synsätt eftersträvas. Erfarenheter från studier av främmande rättsordningar styrker mig i denna uppfattning, antingen man ser till tysk användning av generalklausuler eller till

²⁴ Göranson, Traditionsprincipen, kap 15 och 16 om besittning och individualisering i sakrättsliga sammanhang.

nederländsk pragmatism för att få till stånd en mindre bunden rättstillämpning eller till common laws sätt att handskas med ett vidlyftigt praxismaterial. Denna friare inställning till rättskällorna har nyligen också fått en nordisk företrädare genom *Wilhelmssons* inspirerande behandling av civilrätten i ett behovsorienterat perspektiv.²⁵

Min metoden hänger även samman med en allmän strävan att pröva möjligheter till ett försiktigt fjärmande från gängse svenskt legalistiskt synsätt. Inom förmögenhetsrätten har denna grundsyn lett till att forskaren och rättstillämparen ständigt strävar efter att hänga upp sitt resonemang på en given lagregel eller en absolut princip, dekreterad i praxis. Den frihet, som därefter står till buds, är en sällan kritiserad rätt till analogier av stundom ganska utdraget slag. När sålunda passivitetsfrågor diskuterats, har det varit naturligt att bygga resonemangen på antingen absolut avtalsbindning enligt 6 § 2 st AvtL eller på en presumptionsregel efter mönster av 82 § KommL. Det ligger en fara för stagnation i den strikta anknytningen till givna rättsregler. Hur genomlysande och snillrik analysen än må vara, står forskningen lätt och stampar på samma fläck i stället för att stimulera till nytänkande. I fråga om standardavtal saknas dock inte exempel i svensk doktrin på efterlysta nyhetsinslag. Jag vill särskilt peka på *Hellners* ovan redovisade kritik och på *Bernitz'* allmänna strävan efter en särpräglad standardavtalsrätt.²⁶

Den nyss redovisade skeptiska inställningen till laganalogier skall inte ses som en anslutning till någon total frirättslig skola. Jag vill i stället pröva, om inte en allmännare avtalsrättslig princip, *motpartens befogade tillit*, kan utläsas ur sentida passivitetspraxis. Först skall emellertid undersökas, om någon av de inledningsvis och i utlandsavsnitten redovisade modellerna för lösning av standardavtalskollisionen satt mer eller mindre medvetna spår i refererade domstolsavgöranden.

5.4.1.2 "Last shot"-modellen

Lösningssmodellen innebär att avtalet skall ha det innehåll, som framgår av den sist avsända villkorsuppsättningen, om denna mottagits utan reklamation av medkontrahenten och prestation därefter skett. Först berörs ett fall, som har drag av denna situation men som stupade redan

²⁵ Wilhelmsson, Social civilrätt (1987).

²⁶ Se Hellner i *avsn 5.3* ovan och Bernitz' i not 2 angivna verk. I ett mera allmängiltigt civilrättsligt sammanhang bör framför andra exempel på nytänkande pekas på Wilhelmssons i föregående not nämnda verk.

på det stadiet, att avtal ansågs definitivt slutet, innan det sista skottet avfyrades, *NJA 1970 s 478*:

Målet rörde en klausul om friskrivning från dröjsmålsansvar vid försäljning av det tropiska träslaget abachi. De två ledamöter av HD, som dikterade utgången, fann att köpeavtalet slutits redan i samband med ett telefonsamtal och ett samma dag avlåtet säljartelegram. Däri stod, att "slutlig bekräftelse" skulle följa, och efter en tid mottog köparen ett ordererkännande med i marginalen tryckt friskrivningsklausul. HD utgick från en för köparen förmånlig bedömning av hur denne uppfattat avtalsslutet. Han ansågs nämligen ha goda skäl för sin ståndpunkt, att telegramtexten endast var en "rutinmässigt gjord erinran". Säljarens standardvillkor blev därför utan verkan i avtals-situationen.²⁷ – En dissident var av likartad uppfattning men spaltade tydligare upp telefonsamtalet och svarstelegrammet i anbud och accept. – Två dissidenter tillämpade däremot en "last shot"-modell genom att ålägga köparen reklamationsplikt gentemot ordererkännandet med den däri intagna friskrivningen. Det intressanta i skiljak-tigheten ligger i att de uppsköt avtalsverkan till den tidpunkt, då köparen mottog säljarens sista viljeförklaring. Dissidenterna erkände, att köparen visserligen kunde ha varit i god tro om avtalsslut redan vid telefonsamtalet och telegrammottagandet. Vid läsningen av ordererkännandet måste emellertid, enligt deras mening, "en sådan uppfattning ha rubbats". Friskrivningen var således enligt minoriteten gällande.

NJA 1970 s 478 ger en mycket belysande bild av brytningen mellan ett avtalsmekaniskt synsätt hos majoriteten och en – som jag uppfattar det – öppna inställning till kommersiella realiteter hos minoriteten. Först tio år senare förenade sig hela Högsta domstolen, låt vara försiktigt, om en sådan inställning, *NJA 1980 s 46*. I både 1970 och 1980 års mål finns starka inslag av subjektiva rekvisit,²⁸ som knappast har sin plats i en

²⁷ *NJA 1970 s 478*, 484. – HD fortsätter sedan med ytterligare synpunkter på friskrivningens otydlighet i bekräftelseskraften. Målets utgång synes därför vara dikterat även av ett infoganderesonemang, en dold kontroll av från dispositiv rätt avvikande kontraktsbestämmelser; bl a lades vikt vid att friskrivningen inte diskuterats muntligt mellan parterna. Av formuleringarna (s 484) framgår, att HD nog hade fallit tillbaka på dispositiv rätt, även om situationen uppfattats som ett dissensfall. – I sammanhanget bör noteras, att tvisten avgjordes före tillkomsten av generalklausulen i 36 § AvtL, ett stadgande som enligt min uppfattning inte kan spela en avgörande roll vid "the battle of the forms".

²⁸ Se *NJA 1980 s 46*, 49, om att mottagaren av hänvisningen till standardvillkoret har "måst förstå" att avsändaren ansåg sig slutligt bunden först i och med avsändandet. I målet finns

normal standardavtalskollision. Utgångspunkten synes ha varit, att den som avlät den sista viljeförklaringen var i god tro om att avtal ännu inte slutits. Om det förhåller sig så som rättssociologiska undersökningar antagit,²⁹ att parter regelmässigt skickar sina standardkontrakt utan närmare eftertanke och utan att ha tagit faktisk del av motpartens, kan det dock sägas att de agerar i en sorts uttunnad god tro. Jag vill emellertid här som min grunduppfattning deklarera, att den subjektiva prövningen bör inta en relativt undanskymd plats. Den ståndpunkten måste läsas fristående från avgörandet i *NJA 1970 s 478*, ty där var inte alls fråga om en standardavtalskollision.³⁰

Tydlig inspiration från de nyss nämnda fallen har hämtats i ett opublicerat hovrättsavgörande, där tvisten faktiskt gällde just kollision mellan två standardavtals skiljedomsklausuler:³¹

Efter muntliga förhandlingar sände säljaren som bekräftelse på träffat avtal ett telexmeddelande, som innehöll åtskilliga kontraktsbestämmelser. Samma dag skickade han brevledes fullständiga standardvillkor, innehållande skiljedomsklausul. Dagen därpå och före mottagandet av detta brev sände köparen sina standardvillkor med annorlunda utformad skiljedomsklausul. – *HovRn* fann, att köparen måste ha insett att säljaren ansåg avtalets slutliga utformning beroende av de med brevet följande villkoren, alltså ett passivitetsresonemang efter mönster av 6 § 2 st AvtL. Köparens uteblivna reklamation band honom likväl inte vid säljarvillkoren, eftersom han skickat sina egna villkor, *innan* han mottog säljarens.³²

Tydligen ansåg hovrätten, att köparens egna standardvillkor, som sändes innan han sett säljarens, utgjorde någon form av reklamation, trots uttalandena i skälen att utebliven reklamation inte ledde till bundenhet vid säljarklausulen. En annan tolkning vore, att det svårtydda resone-

också företrätt tanken att det protestlösa presterandet hjälper till att binda mottagaren till den andres villkor; jfr ovan not 7.

²⁹ Närmare härom i *avsn 2.2.1 och 6.3*.

³⁰ Före telegrammet och det därpå följande ordererkännandet synes av referatet endast ha förekommit muntliga överläggningar mellan parterna, ett förhållande som i sig gör det naturligare att åberopa subjektiva förhållanden än i en regelmässig standardavtalsväxling. – Förhållandena var likartade i *NJA 1980 s 46* om tillämpligheten av AB 72 i ett entreprenadåtagande.

³¹ *HovR VS, avd 6, 7 mars 1985* i mål Ö 765/84. Såsom opublicerat har avgörandet fått inta en undanskymd plats i denna framställning.

³² *HovRn* försökte heller inte sammanjämka de båda skiljeklausulerna; de skilde sig nämligen, som det heter i skälen, från varandra i "väsentliga avseenden".

manget innebär anslutning till en "knock out"-modell i förening med en "last shot"-metod. Utan att det sist översända formuläret segrade, fick det effekten att upphäva motsidans skiljedoms klausul. Det simultana i parternas agerande har också tillagts betydelse på ett inte lättbegripligt sätt.

Med förbigående av två äldre *refererade* hovrättsfall, som frikostigt band den passive mottagaren av bekräftelseliknande handlingar men som endast i ringa mån är av standardavtalskaraktär,³³ övergår jag till ett nytt hovrättsavgörande, som har ingredienser både av "last shot"-modellen och av ett avtalsmekaniskt synsätt, *RH 1986:65*:

En marknadsföringsbyrå värvade klienter genom massbrev, som av HovRn karakteriserades, inte som anbud utan som uppfordran att avge anbud. Bl a ett verkstadsföretag nappade på erbjudandet att förmedla avtal med forskningscentret CERN. Marknadsföringsbyrån "accepterade" i brev, vari tillagts vissa tidigare inte berörda provisionsvillkor. Sedan byrån en tid verkat i enlighet med sitt erbjudande, förklarade verkstadsföretaget, som faktiskt erhållit ett kontrakt med CERN genom byråns förmedling, att det inte längre var intresserat av samarbete med byrån. – *HovRn* fann, att marknadsföringsbyråns "accept" var oren men att verkstadsföretagets faktiska agerande utgjorde accept av detta nya anbud. Det subjektiva rekvisitet från 6 § 2 st AvtL finns på plats: Marknadsföringsbyrån var i god tro om att ett avtal förelåg, och verkstadsbolaget måste ha insett det.

Hovrättsavgörandet utgör vad man kunde kalla urtypen för tankegången bakom "last shot"-modellen och för den delen också bakom 6 § 2 st AvtL. En ondtröende part skall inte under åberopande av den avtalsmekaniska dissensen kunna fritt dra sig ur vad parten sedermera finner vara en oförmånlig förpliktelse. Skillnaden mellan "last shot" och avtalslagens modell är just de stränga subjektiva rekvisiten, att den agerande skall

³³ *SvJT 1961 rf s 38*, köpare i tro att fixköp avtalats protesterade ej mot orderbekräftelse med klausul "leverans snarast", och *SvJT 1974 rf s 54*, passivitet mot korrektur och faktura rörande tidningsannons. Skälen i det sistnämnda fallet talar för att HovRn tillämpat presumtionsstadgandet i 82 § KommL trots att slutet blev fastslagen avtalsverkan. Av intresse i sammanhanget är också påpekandet att den passive var "köpman". Jfr den oförbindande verkan av passivitet i *NJA 1962 s 270*, där den icke reklamerande var lantbrukare och köpet därför enligt KöpL blott civilt; se diskussion hos Adlercreutz, *Avtalsrätt II s 64 ff* och Håstad, *Passivitet vid avtalsslut s 11 ff*. Enligt min mening är i dag en sådan fingradering mellan handels- och civilköp föråldrad när det inte rör sig om konsumentförhållanden; den nedtonas också i förslaget till ny köplag.

vara i god tro om ingånget avtal och att den passive skall vara i kvalificerad ond tro därom.

Längre än så har väl svensk HD-praxis om passivitet gått bara i *NJA* 1962 s 276, där HD nöjde sig med den passives onda tro om ett *framtida* avtalsslut. Den som avfyrade det sista skottet vann, trots att han inte trodde sig därigenom omedelbart ha fått till stånd ett bindande avtal. Åtgärden – översändande av ett kontraktsformulär för musikerengagemang – betraktades visserligen av HD som blott ett anbud, men det hade framkallats av den passives tidigare agerande i förhållande till musikerförmedlingen, och förfarandet stod i överensstämmelse med branschpraxis. Mottagaren var passiv under en längre tidsperiod, och den "anbudsgivande" hade i vart fall anledning att utgå från att motparten skulle reklamera inom skälig tid för att undgå bundenhet. När den passive slutligen avböjde, tilläts han inte dra sig ur musikerengagemanget.

Det sistnämnda rättsfallet intar en särställning och har därför blivit ganska omdiskuterat.³⁴ *Karlgrén* har hävdat,³⁵ att avgörandet utgör gränsen för vad passivitet kan medföra. Jag kan inte föreställa mig, att han därvid haft en kollision mellan standardavtal för ögonen. Det må vara tillrådligt att laborera med avtalslagens dubbla subjektiva rekvisit i mera individuella kontraktssituationer. Jag går inte närmare in på den bedömningen. Som de utländska erfarenheterna visar och som påpekats hos oss främst av *Hellner*, är det avtalsmekaniska synsättet förlegat i dagens kommersiella värld. Tankegången utvecklas närmare i följande kapitel.

Sammanfattningsvis ger praxisgenomgången anledning till några väsentliga slutsatser. Det saknas hittills avgöranden, som talar för en renodlad "last shot"-modell. De subjektiva rekvisit, som hämtats från lagbundna passivitetsstadganden, har fått svenska domstolar att lägga stor vikt vid parternas uppfattning om avtalsrelationens innebörd. Även om en frigörelse från den legalistiska utgångspunkten kunde förordas, måste ånyo understrykas, att inget av de nu berörda målen – utom ett orefererat hovrättsavgörande – varit typiskt för "the battle of the forms". De har en

³⁴ Se *Karlgrén*, *Passivitet* (1965) s 211 f och därefter *Adlercreutz*, *Avtalsrätt* I s 60, 69 med vidare hänvisningar till bl a *Vahlén* samt senast *Håstad*, *Passivitet* vid avtalsslut s 16 ff.

³⁵ *Karlgrén*, *Passivitet* s 212.

mera individualiserad prägel, varför det i sig varit naturligt att närmare komma in på parts subjektiva inställning.³⁶

Som anmärkts åtskilliga gånger, förefaller från reella utgångspunkter resonemanget om hur part uppfattat motpartens subjektiva vilja en aning förfelat, när det gäller kolliderande standardavtal. Det har emellertid mycket stark anknytning till den verkan som en *skyddsklausul* tillagts i amerikansk och tysk rättstillämpning. I de svenska målen har det varit av stor betydelse att ena parten inte själv ansett sig bunden, förrän han förtydligat sig på visst sätt. Om medkontrahenten "måste ha insett" det, kan passiviteten att inte reklamera binda honom. Oaktat vad som på sina ställen framförts i nordisk doktrin, förefaller det alltså finnas visst stöd för tanken, att part inte ostraffat kan negligera medkontrahentens viljeförklaring att agera endast på egna villkor. Från nu angivna utgångspunkter kan praxis alltså inte sägas ha entydigt förkastat verkan av skyddsklausuler. Någon preciserad inställning till dem är emellertid inte möjlig att utläsa ur de behandlade avgörandena.

Längre fram skall jag, trots de nu gjorda invändningarna mot betydelsen av subjektiva rekvisit, pröva möjligheterna att lägga allmänna tillitsresonemang till grund för en alternativ lösning. En sådan inställning kan synas dubbeltydig, men det är snarast fråga om rangordning av alternativ med helt skilda förutsättningar. Annorlunda förhåller det sig i klara fall av försök att i efterhand inkorporera nya villkor i ett redan slutet avtal. Den som i ond tro gör ett "bondförsök" att förbättra sin avtalssituation, skall naturligtvis inte belönas med framgång.³⁷ Dessutom bör det erinras om att praxis i många utländska rättssystem alltjämt lägger större vikt vid den subjektiva bakgrunden än vad som vore motiverat, om det blott togs hänsyn till hur parterna faktiskt tycks agera.

³⁶ *NJA 1977 s 25* om ett landstings bundenhet av beställning av en patientvårdanordning hade kunnat tjäna som exempel på icke subjektivt inslag, eftersom landstinget befanns ovetande om beställningen. Säljaren fick ingen framgång i sitt krav, vilket kunde tyda på ett avvisande av "last shot"-modellen. Saken rörde emellertid snarast frågan om beställarens behörighet att företräda sjukvårdshuvudmannen än verkan av anordningens leverans till patienten. En tids bruk av patientvårdaren tillades inte landstinget som konkludent accept; förhållandet berörs dock endast perifert och kanske inte ens kan uppfattas som en av leverantören åberopad grund för ersättningsyrkandet. Målet är således mycket orent, betraktat ur här aktuell synvinkel.

³⁷ En möjlighet att beivra sådana förfaranden med hänvisning till allmänna ogiltighetsgrunder, framförd av fakultetskollegan Ingemar Persson, förefaller ha goda skäl för sig. Jfr Almén, *Avtalslagen* (1916) 33 § not 2; Adlercreutz, *Avtalsrätt* I s 180 f.

5.4.1.3 Klausulupplösning

Ett ursprungligt synsätt på "the battle of the forms" var, att det förelåg dissens mellan parterna redan om deras villkor på någon enda punkt innehöll motstridiga klausuler. Denna *mirror-image-rule* utgör ett centralt element i alla de avtalsrättsliga regelsystem, som behandlas i denna studie. Förekomsten av standardavtal har satt inställningen på svåra prov. En genomgående trend i det utländska materialet har därför varit att tolka regeln inskränkande och anse parterna stå i avtalsförhållande till varandra, trots att deras standardvillkor även på avgörande punkter är olika.³⁸ En sådan *klausulupplösande* inställning har domstolarna hos oss som i andra länder varit tvungna att intaga i de fall ingen av parterna åberopat dissensen som grund för ogiltighet och därmed sammanhängande befrielse från eller återgång av prestationer. Civilprocessens dispositivitet stakar ut gränserna.³⁹ Finns det därutöver också hos oss fall, där domstolen mot ena partens yrkande på ogiltighet, grundad i dissens, bundit honom vid avtal i enlighet med motpartens påstående? Och om så är fallet, har domstolen själv utfyllt avtalet?

Något entydigt fall av klausulupplösning mot ena partens yrkande har jag inte funnit. Däremot kan en likartad inställning utvinnas ur meningsbrytningarna mellan olika HD-ledamöter i *NJA 1970 s 478*.⁴⁰ Den minoritet, som ansåg köparen bunden av säljarens standardvillkor, kan med en frikostig tolkning sägas ha företrätt meningen att varje moment i ett samlat avtal skall betraktas för sig. Likaledes vaga slutsatser kan dras ur *NJA 1980 s 46*, där domstolen först bedömde, huruvida standardavtalet AB 72 var tillämpligt på en entreprenörs åtagande, och sedan utförde en ytterligare prövning av den däri ingående skiljeklausulen. Omnämmande i domskälen av parts "slutliga" bundenhet för tankarna till successivt avtalsslut. Inte heller i det målet yrkade dock någon av parterna avtalets ogiltighet på grund av dissens. Möjligen kunde *NJA 1977 s 92* tyda på en klausulupplösande inställning. Fråga var där, huruvida ett svenskt bolag träffat agentavtal med en syrisk medborgare. Otydligheter i skriftväxling samt konkludent handlande ledde Högsta domstolen till ett jakande svar,

³⁸ Jag bortser här från situationen, att rättsordningen velat skydda en godtroende part mot att medkontrahenten i efterhand söker dra sig ur avtalsrelationen. Redan 1915 skapades hos oss en sådan skyddsregel i 6 § 2 st AvtL.

³⁹ Typiska exempel härpå är en rad avgöranden, där frågan om skiljeklausul prövats enligt

36 § AvtL, exvis *NJA 1979 s 666*, *1981 s 711*, *1982 s 800* och *1983 s 510*.

⁴⁰ Se ovan vid not 27.

samtidigt som vissa av agenten påstådda provisionsbestämmelser ansågs inte tillämpliga på parternas mellanhavande.

Ett klart fall, då klausulupplösning *inte* skett är det i föregående avsnitt omnämnda *RH 1986:65* om verkstadsbolags bundenhet vid ett marknadsföringsprojekt. Här vann emellertid marknadsföringsbyrån målet fullt ut på grund av konstaterad avtalsbindning, och hovrätten saknade anledning att pröva enskilda klausuler. Än tydligare återfinns synen på parts standardformulär som ett enhetligt paket i det strax före behandlade, orefererade hovrättsavgörandet.⁴¹ I domskälen sågs uttryckligen, att "villkoren" inte blivit del av parternas avtal, trots att fråga endast var om giltighet av en skiljedomsklausul.

Praxisgenomgången har alltså givit ett magert och ganska intetsägende besked. Kanske finns det förutsättningar för att gällande svensk rätt skulle tillämpa klausulupplösning. I vart fall talar ingen entydig yngre praxis mot att så skulle ske.⁴² Redan det förhållandet att avtalslagen innehåller vissa passivitetsstadganden kan tyckas vara tillräckligt för att åtminstone konstatera, att en sträng *mirror-image-rule* inte varit oryggligt förenad med grundläggande svenska avtalsrättsliga tankegångar.⁴³

5.4.1.4 Dispositiv lag som utfyllnad

I litteraturen har redovisats olika mer eller mindre genomtänkta uppfattningar i frågan, huruvida dispositiv lag borde verka som utfyllnad i de fall parternas standardvillkor är motstridiga. En sådan regel kan i förstörone synas mycket naturlig. I exempelvis diskussionen kring tolkningen av generalklausulen i 36 § AvtL har anförts, att redan avvikelse från dispositiv lag kan indikera oskälighet. Åtminstone i ett fall har stadgandet vid tillämpning i en näringsidkarrelation givit den "svagare" parten rätt att undgå skiljeförfarande.⁴⁴ Av större intresse från prejudikatsynpunkt är *NJA 1979 s 483*:

⁴¹ *HovRn VS, avd 6, 7 mars 1985*, ovan vid not 31.

⁴² Jag fäster inte heller här avgörande vikt vid det i föregående not nämnda hovrättsavgörandet.

⁴³ Ur äldre praxis kan anföras en försiktig klausulupplösning i *NJA 1930 s 131* ang innehållet i en provisionsklausul, även om ogiltighet av hela förmedlingsavtalet inte aktualiserades på grund av parternas skilda åsikter om sättet för provisionsberäkningen.

⁴⁴ *NJA 1979 s 666* med understrykande av en enskild näringsidkares utsatta position i jämförelse med ett större bolag, som synes ha dikterat villkoren. Inte heller detta mål rörde dock en kollision mellan olika standardavtal. – Jfr även *NJA 1985 s 397 II*, varom ytterligare något nedan under 5.4.2; i valet mellan avtalsreglerande sedvänja och dispositiv rätt

Målet rörde funktionsdugligheten hos priskalkylatorer, avsedda att användas i bensinpumpar. Parternas mellanhavande reglerades dels av standardiserade säljarvillkor (IM 72), dels av individuell avtalstext. Det förelåg emellertid inte tvist om att standardvillkoren i sig var tillämpliga, endast om hur de skulle tolkas i förhållande till de individuella klausulerna och till dispositiv rätt. I sistnämnda hänseende åberopade köparen, sedan han förklarat sig missnöjd med kalkylatorernas kvalitet, både vissa köplagsstadganden och den förmögenhetsrättsliga generalklausulen. – HD förde ett ingående resonemang om bl a förhållandet mellan standardvillkorsreglering och dispositiv köprätt; i den delen gällde tvisten verkan av en friskrivning från indirekt skada. Slutsatsen blev, att avvikelserna från dispositiv rätt i standardavtalet inte var oskälig. Fastmer konstaterade HD, att ”köplagen är i många avseenden otidsenlig i moderna industrisammanhang”. Ett visst rättsekonomiskt tänkande skymtar också fram, genom att köparens möjligheter att skydda sig med försäkringar berördes som ett slags alternativ till ett vidsträckt säljaransvar.⁴⁵ Från HD:s jämförelser även med konsumentköplagen kan bortses i detta sammanhang.

Det anförda målet innebar visserligen ingen prövning av två motstående standardavtal. Måhända hade lösningen då blivit en annan.⁴⁶ Det öppna sättet att resonera leder mig emellertid till den slutsatsen, att det i vart fall inte finns uttryckligt inhemskt praxisstöd för att låta kolliderande klausuler slå ut varandra och automatiskt ersättas av dispositiv rätt. I det aktuella målet resonerade nämligen Högsta domstolen på just samma sätt som en sådan lösnings kritiker. Genom bruket av standardavtal har parterna sagt åtminstone så mycket, att de inte önskar tillämpning av dispositiv rätt.

5.4.1.5 En allmän tillitsgrundsats

De skandinaviska avtalslagarna innehåller, som bekant, en teoretisk konstruktion om att medkontrahents befogade tillit i vissa sammanhang skall ha försteg framför den verkliga viljan bakom andra partens rättshandling. Tydligast har detta medvetna brott mot viljeteorin i både kontinen-

ansågs AB 72 inte tillhöra den förra kategorin i tvist efter muntlig överenskommelse om småhusentreprenad.

⁴⁵ NJA 1979 s 483, 514.

⁴⁶ Jfr också HD:s resonemang kring frågan om ensidigt uppsatta standardavtal i förhållande till s k agreed documents, ibid s 513 f.

tal rätt och common law uttryckts i 32 § 1 st AvtL om förklaringsmisstag, låt vara att stadgandets största betydelse synes vara dess motsatsvisa tolkning.⁴⁷

Det är ingen tvekan om att flera av de i det föregående berörda rättsfallen är uttryck för en tillitsteoretisk grundsyn, även om det inte alltid funnits anledning att klart uttrycka den i domskälen. Part har haft skäl att förlita sig på sin uppfattning om motpartens inställning, även om vad motparten uttryckt inte överensstämmer med dennes verkliga vilja. Den inställningen kommer klart fram i *NJA 1977 s 92* om förekomsten av agentavtal, där huvudmannens realhandlande i förening med utebliven reklamation ansågs ha givit representanten intryck av att ett avtalstillstånd rådde; tilliten gavs härvidlag positiv relevans. Till den kategorin hör även två inte tidigare behandlade mål, dels om behörig betalningsmottagare i ett koncernförhållande, *NJA 1982 s 244*, dels om betalningsskyldighet för levererade elvaror, *NJA 1961 s 658*, därvid mottagarens faktiska och protestlösa tillägnelse särskilt poängterades. Hovrättsavgörandet om bundenhet av marknadsföringsavtal, *RH 1986:65*, förmedlar likartade intryck. Också *NJA 1980 s 46* om tillämpligheten av AB 72 på ett entreprenadåtagande kan läsas i tillitsteoretisk riktning. Måhända har sådana resonemang vagt präglat majoriteten i *NJA 1970 s 478*, när den fastslog avtalsbindning på ett tidigt stadium av parternas förhandlingar och nekade säljaren tillgång till en friskrivningsklausul.

Däremot lämnar *NJA 1977 s 25* – landsting befriat från betalningsskyldighet för apparat som beställts av obehörig företrädare – knappast utrymme för att leverantörens tillit till avtalsbindning skulle ha haft betydelse för utgången. Men obehörighetsförhållanden kan svårigen förenas med tillitsgrundsatsen, eftersom ogiltigheten i det sammanhanget över huvud taget inte kan botas av medkontrahents goda tro.

Finns det utrymme för att anlägga tillitsteoretiska resonemang på ett rent fall av "the battle of the forms"? *Ramberg* har med viss enfaset besvarat frågan nekande.⁴⁸ Med rätta påpekar han, att part inte närmare studerar motparts standardavtal och att det därför, om jag tolkar honom rätt, inte kan finnas vare sig en uttalad vilja eller en befogad tillit. Jag delar fullt ut *Ramberg*s grundinställning. Men i detta avsnitt av studien

⁴⁷ Grundläggande om tillitsteorin hos Almén, *Avtalslagen* s 172–190, särsk s 180 ff. Därefter sammanfattningsvis med hänvisningar hos bl a Adlercreutz, *Avtalsrätt* I s 28 f, 205 ff.

⁴⁸ *Ramberg* s 37.

söker jag, hart när med ljus och lykta, efter någon eller några principer, som kunde tänkas utläsbara ur hittillsvarande rättstillämpning och som kan appliceras på standardavtalskollisionen. Det går därvid att betrakta tillitsgrundsatsen ur en något annorlunda synvinkel än Rambergs.

Man skulle kunna säga, att part som inte mötts av *uttrycklig reklamation* har en befogad tillit till att hans villkor skall gälla. Inställningen är i sig förenlig med den tidigare behandlade "last shot"-modellen. Om den som sänt den sista skriften tillåts prestera utan invändning, litat han på att hans standardvillkor reglerar avtalsförhållandet. En skarp gräns går självfallet inte att dra mellan passivitets- och tillitsgrundsatser. Inte minst i tysk doktrin möter tanken på att tillit eller lojalitet i affärsförhållanden bör utgöra en övergripande norm. Där synes den vara en kombination av ett betonande av partsviljan och av den allmänna regeln om att rätts-handlande skall ske i överensstämmelse med vad tro och heder bjuder. Common law fordrar likaledes i många situationer, att part agerar "in good faith", ett begrepp som har stora likheter med "Treu und Glauben". Även i Danmark finner vi ett generellt lojalitetskrav.⁴⁹

I svensk rätt är detta lojalitetskrav inte lika pregnant uttryckt, även om det finns nedslag av det i praxis.⁵⁰ Ett så vagt, närmast generalklausul-liknande stadgande, bygger på en mera uttunnad god tro hos den rätts-handlande än vad som regelmässigt favoriserats i svensk rätt. Att tillämpa grunderna för 33 § AvtL i sådan riktning har aldrig blivit någon verklig succé hos oss. Det är säkert ingen överdrift att säga, att skillnaden mellan åtminstone dansk och svensk rätt härvidlag har sin upprinnelse i vårt behov av närmast full bevisning för åberopade rättsfakta. Det materiella beviskravet bör ligga på "styrkt".⁵¹ Att grunda sin talan på ett i mera allmänna ordalag framställt godtroskrav har därför uppenbara svårigheter att hos oss leda till framgång.

Även andra skäl kan framföras mot en möjlighet att lösa "the battle of the forms" med en generellt utformad tillitsgrundsats och den vägen ge företräde för "the last shot". Det skulle nämligen lika gärna kunna hävdas, att den som *först* översänder ett avtalsformulär borde kunna förlita sig på att det skall gälla, om motpartens viljeyttring endast innebär ett rutinmässigt avfyrande av en egen villkorsuppsättning. Studerar inte

⁴⁹ Kort notering om dansk inställning härvidlag nedan i *avsn 5.4.3.3*.

⁵⁰ Se inte minst *NJA 1978 s 147* nedan i *avsn 5.4.3.2*.

⁵¹ Ytterligare om viktiga skillnader mellan dansk och svensk rätt beträffande det materiella beviskravet, se Göranson, Traditionsprincipen s 368 f.

den ena parten motsidans avtal, finns det ingen anledning att tro att motparten skulle agera annorlunda. Slutsatsen blir då, att *båda* parter kan hävda lika stor tillit till just de egna villkorens avtalsverkan. Vid sådant förhållande synes tillitsgrundsatsen förlora i värde som tolkningshjälpmedel.

Ytterligare kan invändas, att part inte alltid har fog för tillit i någon bestämd riktning. Med hänsyn till att kontrahent inte sällan översänder sina villkor rent rutinmässigt, finns det goda skäl till antagande, att han därvid inte har en klar inställning till enskilda klausulers juridiska verkan. I synnerhet gäller detta då han redan mottagit ett standardformulär från motparten. Vad skäl har han i det läget att lita till de egna villkorens förmåga att överflygla medkontrahentens?

Frågan om kontraktsparts förlitande på att motpartens rena passivitet eller endast vagt deklarerade vilja innebär ett accepterande av de egna villkoren skulle med det hittills sagda inte kunna utgöra en generell framkomlig väg att lösa hela komplexet kring "the battle of the forms". Jag vill emellertid inte helt släppa denna, låt vara halmstråliknande, förbindelse med en grundläggande skandinavisk avtalsrättslig teori. Den skulle nämligen kunna få viss betydelse, när det gäller att bedöma värdet av medkontrahentens reklamation.

Någonstans måste gränsen dras mellan å ena sidan en opreciserad viljeförklaring i form av rutinmässigt översända standardvillkor samt å den andra protester av så entydigt slag, att det måste konstateras öppen dissens mellan parterna. Den som levererar en maskin, trots att köparen på ett otvetydigt sätt deklarerat: "Vi accepterar under inga omständigheter Edra i dag mottagna leveransbestämmelser", kan inte rimligen behandlas lika med den säljare, som sänder varan utan att ha mottagit någon form av individuellt utformad viljeyttring. Jag återkommer till denna möjliga användning av tillitsgrundsatsen i nästa kapitel med egna lösningsförslag. Den kommer där att jämföras med krav på lojalitetsplikt i avtalssammanhang och med allmänna regler i common law om "good faith".⁵²

5.4.1.6 Sammanfattning

I det föregående har jag sökt jämföra ett antal allmängiltiga lösningsmodeller med inhemsk yngre rättspraxis på avtalsrättens område. Utan

⁵² Se nedan avsn 6.4.

avgöranden med siktet direkt inställt på "the battle of the forms" har tolkningen av tillgängliga avgöranden stundom blivit hårdragen. Entydiga slutsatser är omöjliga att dra. Försiktigtvis kan sägas, att det i vart fall inte skulle strida mot klara praxisgrundsatser att tillämpa en "last shot"-modell och ett klausulupplösande synsätt på standardvillkor. Något som liknar en "first shot"-prövning synes inte ha gjorts i svensk rätt.

Själva konstruktionen hos våra passivitetsgrundsatser ger, enligt min mening, utrymme för att tillägga skyddsklausuler viss verkan. Om part gjort klart för medkontrahenten att han är villig att handla endast på egna villkor, står han i samma läge som om part genom översändande av standardvillkor anses ha uttryckt en avsikt att bli bunden först genom dessa och på de däri stadgade förutsättningarna. Härmed sammanhänger dock inställningen till hur god och ond tro skall värderas i en standardavtalskonflikt. Om rättstillämpningen helt bör ställas in efter parternas faktiska handlande, skulle det subjektiva inslaget elimineras i alla de fall avtalet inte befinns slutet redan genom muntliga överläggningar. Utrymme skulle med en sådan utgångspunkt saknas för både "shot"-modeller och skyddsklausuler. Men så långt har ännu ingen utländsk rättsordning gått.

Vidare saknas i svensk praxis uttryckligt stöd för att dispositiv rätt borde inträda som ersättning för motstridande klausuler, även om en sådan inställning knappast kan sägas vara oförenlig med redovisade avgöranden. Ett försök att applicera en mera allmän tillitsteoretisk grundsats på standardavtalskollisionen har inte lett till bestämda slutsatser i någon riktning. I den delen är det dock inte praxis som är oklar. I stället visar det sig svårt att påstå, att ena partens tillit är mera befogad än den andras. Och ofta nog kan det helt saknas fog för en part att över huvud taget förlita sig på ett visst avtalsinnehåll bara för att han bifogar sina standardvillkor.

Svensk rättspraxis på passivetsområdet, taget i vid bemärkelse, är således enligt min mening för tunn att ensam ligga till grund för en lösning av "the battle of the forms". Samtidigt kan sägas, att hittillsvarande rättstillämpning inte för framtiden bundit sig för vissa typiserade lösningar. Innan jag kommer till de mera fristående egna resonemangen i *kapitel 6*, skall prövas om vissa standardavtal kan ha ställning som handelsbruk och om helt andra avtalsrättsliga konstruktioner kan ge part åtminstone någon form av skadestånd i de fall olikheterna i villkors-

uppsättningarna med en strikt avtalsmekanisk inställning skulle medföra dissens och ogiltighet.

5.4.2 Handelsbruk

Konfliktsituationen vid kolliderande standardavtal skulle enkelt lösas, om endera partens villkor vore så allmänt tillämpade, att de kunde anses vara sådant *handelsbruk*, som skall gälla framför dispositiv lag.⁵³ Det förekommer på svensk botten ett antal mycket ofta använda standardavtal, det kanske mest kända *AB 72* för entreprenader. Men trots att det rättsområdet saknar lagstiftning, har domstolarna ställt sig avvisande till att ge *AB 72* ställning av handelsbruk. Det kan dock konstateras, att HD i *NJA 1985 s 397 II*, 413, inte formulerat ett generellt avståndstagande till tankegången utan endast slagit fast, att *AB 72* inte hade en tillräcklig "utbredning och stadga" vid småhusentreprenad.⁵⁴

Bland andra ofta brukade standardavtal bör nämnas Mekanförbundets leveransbestämmelser, *NL 85*, använda i den nordiska verkstadsindustrins försäljning och i sin tur hämtade från det allmänneuropeiska *ECE 188*.⁵⁵ – I doktrinen har *Bernitz* uttryckt sig avvisande till att betrakta standardavtal som handelsbruk, särskilt om tvisten rör riskfördelningen mellan parterna.⁵⁶ Inte heller *Grönfors* vill lämna fältet fritt för en sådan utveckling men påpekar, att vissa speditivsvillkor närmast är att betrakta som handelsbruk.⁵⁷ *Ramberg* har försiktigt ifrågasatt om den avoghet, som visats i äldre doktrin och praxis mot att se allmänt bru-

⁵³ Se 1 § 2 st AvtL, 1 § 1 st KöpL och 1 § Komml.

⁵⁴ Målet rörde entreprenörens ansvar efter sådan garantitid, som stadgas i *AB 72*. Det mellan parterna träffade avtalet gav ingen uttrycklig ansvarsbefrielse efter den däri stipulerade ettårsgarantin, varför HD fann vanlig tioårspreskription gälla. – Jfr även *NJA 1980 s 46*, i synnerhet JustR Höglund s 52, men även majoriteten s 49 f. Stor del av diskussionen i skälen upptas dock av frågan, huruvida inkorporering av skiljeklausul ställer sig annorlunda efter tillkomsten av nya 36 § AvtL.

⁵⁵ Båda dessa har en variant för montage av anläggningar och maskiner, *NLM 84* och *ECE 188 A*; se *Bernitz* s 9 ff och *Håstad*, Standardavtal s 7 ff, med ytterligare exempel.

⁵⁶ *Bernitz* s 20 f med hänvisning till *Karlgrens* monografi 1960, Kutym och rättsregel, och till responsa från handelskamrarna. På sina ställen förefaller mig *Karlgrens* inställning till standardavtalsrätten med förlov sagt urmodig; se *exvis* s 70 f med hänvisning till *Almén* och en tysk 1920-talsförfattare.

⁵⁷ *Grönfors* s 41 f med hänvisning till *ND 1980 s 1*.

kade standardavtal som sedvana, alltså är motiverad. Med särskild välvilja betraktar han "agreed documents".⁵⁸

Jag känner inte till att det skulle finnas några statistiska undersökningar om den exakta utbredningen av enskilda standardvillkor. Jag har heller inte i den utländska litteraturen mött det hos oss ofta gjorda påpekandet, att vissa kontrakt är helt dominerande. Det vore i sig en intressant upplysning, om det visar sig att i ett visst land mera än i andra används totalt dominerande branschkontrakt av nu berört slag. Antag att det i Sverige funnes ett kontrakt, som behärskar hela den aktuella marknaden. I ett sådant läge blir det mycket litet utrymme för motparten att ens försöka åberopa sina egna standardvillkor, eftersom han vet att nästan alla presumtiva säljare är fast bundna till ett och samma formulär. Ställd inför ett sådant "avtalsmonopol" viker sig nog inom viss tidsrymd åtminstone inhemska köpare för detta faktum och godtar utan gensaga säljarkontraktet. En villkorskollision skulle då bara inträffa, när en ny eller utländsk köpare söker sig in på marknaden. I det läget blir det därför av mindre betydelse att formellt ta ställning till om säljarkontraktet är handelsbruk eller ej. Åberopar köparen inga egna villkor, torde mottagandet av en maskin eller annat gods alltid anses innebära en konkludent accept av det monopolartade standardavtalet, hur man än i övrigt ställer sig till verkan av realhandlande. Skulle villkoren på enskilda punkter visa sig oskäligt stränga mot köparen, rättas det förhållandet genom den kontroll, som avtalsvillkorslagarna eller generalklausulen erbjuder.⁵⁹

För alla de fall, då ett standardavtal inte har den dominerande ställning som nyss diskuterats, saknas det anledning att enligt gällande svensk rätt betrakta vissa villkor som handelsbruk. Däremot kan det i många sammanhang vara så, att parterna sedan länge står i affärsförbindelse med varandra och att en viss uppsättning villkor därvid alltid brukas. Legotillverkning för sammansättningsindustrin är ett gott exempel. Det förefaller naturligt, att ett sådant standardavtal alltid skall gälla,

⁵⁸ Ramberg s 72 f, 83. I likartad riktning *Lando*, UfR 1988, B, s 8 f. – Jfr vidare *NJA* 1979 s 483, 513 f, där HD ingående diskuterar en friskrivningsklausul i ett på en föregångare till NL 85 byggande standardavtal. Det var i målet inte visat, att detta avtal tillkommit efter förhandlingar mellan säljar- och köparorganisationer, men däremot upplyst, att samma formulär användes lika ofta av säljare som av köpare.

⁵⁹ Jfr *NJA* 1980 s 46, 50. Se även Adlercreutz, *Avtalsrätt* II s 59; Ramberg s 73; Håstad, *Standardvillkor* s 12.

även om det inte finns en uttrycklig överenskommelse därom vid varje enskilt avtalsslut mellan kontrahenterna.¹ Om den part, som tidigare inte åberopat några egna villkor, plötsligt översänder en uppsättning standardklausuler, bör det ställas stora krav på tydlighet för att ge åtgärden någon som helst verkan. Enligt min uppfattning bör dessa nya klausuler beaktas, endast om situationen kan liknas vid uttryckliga krav på omförhandling av det tidigare gällande avtalsförhållandet.

5.4.3 Obehörig vinst och kvasikontrakt

Det är egentligen endast i det engelska materialet jag hittat förslag att godta den genom avtalsmekanismen uppkomna dissensen vid standardavtalskollision och i stället reglera parternas förpliktelser med hjälp av kvasikontraktuella regler.² Tankegången kan dock vara värd att pröva även på det inhemska materialet.

Trots lärdomsprov av sådana mått som *Hellners Om obehörig vinst* (1950) och *Håstads Tjänster utan uppdrag* (1973)³ har kvasikontraktuellt ersättningsansvar inte riktigt förmått fånga det intresse hos partsföreträdare, som skulle bilda utgångspunkten för en rikare svensk rättsbildning. Åtminstone för anhängare av en skälighetsinriktad rättstillämpning borde det här ha funnits goda möjligheter att söka sig väg till önskad flexibilitet, som fallet varit på många håll utomlands. Men jag erkänner samtidigt, att mina insikter i denna del av kontinental och engelsk rätt är något begränsade. Skälen till den svenska återhållsamheten är säkert många, och här är inte platsen för en djuplodning. Den juridiska utbildningen är en orsak. Förmögenhetsrättsliga konstruktioner som där endast flyktigt berörts, framstår lätt i det praktiska rättslivet som omöjliga. Den positivistiska och legalistiska grundstrukturen hos oss är en annan. Vi saknar de stora civillagarnas generella stadganden på dessa områden. Det är ett av många förhållanden, som påvisar viktiga skillnader mellan den nordiska rätten och de "genomkodifierade" rättsordningarna.

¹ Jfr Bernitz s 21, 26, 37 f. – Den tyska AGB-Gesetz har en uttrycklig regel i sådan riktning.

² Se ovan avsn 3.3.2 vid not 21 ff.

³ I fortsättningen upptas inte en diskussion om möjligheterna att använda institutet *negotiorum gestio* i standardavtalssammanhang. Håstad menar, att skilda konfliktsituationer bör studeras för sig och att det således inte går att ställa upp generella ersättningsnormer på området, se sammanfattningsvis s 289 ff.

5.4.3.1 Obehörig vinst

Den kritik, som riktats mot läran om *obehörig vinst* i svensk doktrin, har bl a sin upprinnelse i oviljan att snärjas i ett hierarkiskt system av tyskt – och för den delen också nederländskt – slag.⁴ Normerna för ersättningsberäkningen ger dessutom en inte alltid önskvärd begränsning till uppkommen nytta för den berättigade. *Hellner* är således redan i sin doktorsavhandling öppen för att låta domstolarna bestämma ersättningens storlek med hänsynstagande till alla relevanta faktorer, då det gäller att skydda den som utfört något för annans räkning utan att det föreligger en faktisk avtalssituation. Redan då avisade han det avtalsmekaniska synsätt, som ger till slutresultat, att ingen förpliktelse kan utkrävas om parterna stannat i dissens. Genom att lägga ansvaret för den ovisshet, som uppstått i kontraktsrelationen, på den part som drar nytta därav, vann han också en lämplig bevisbördefördelning.⁵

Hellners här relaterade diskussion rör visserligen den något begränsade frågan, huruvida lön för utförd arbetsprestation avtalats eller icke. Skulle man våga sig på en generalisering, kan man först konstatera, att Hellners åsikter klart talar för en klausulupplösande inställning. Även om standardavtalen avviker från varandra i väsentliga delar, föreligger en åtminstone avtalsliknande situation mellan parterna. Den ger i sin tur upphov till ersättningsskyldighet för utförda prestationer. Men så långt kanske de flesta i dag är böjda att sträcka sig. Mera komplicerat blir det, om frågan rör exempelvis en friskrivningsklausuls tillämplighet. Antag att friskrivningen varit del av den sist översända villkorsuppsättningen. Det skulle då kunna hävdas – men här är försiktighet påkallad om man vill påstå Hellner vara upphovsman till läran – att den som åberopat dessa villkor är skuld till en uppkommen ovisshet om avtalets innehåll. Han skulle därför inte kunna förlita sig på medkontrahentens passivitet mot friskrivningsklausulen. Alltså skulle den andra partens villkor utan fri-

⁴ Se, efter Hellner, Karlgren, *Obehörig vinst och värdeersättning* (1982). *Karlgren* är inte främmande för att i vissa situationer erbjuda kvasikontraktets ersättningsnorm framför obehörig vinst-läran, s 55 ff; jfr även s 11 ff.

⁵ Hellner, *Om obehörig vinst* s 319 ff.

skrivning gälla.⁶ Synsättet kunde därigenom tala för ett slags "first shot"-modell.

Jag sade nyss, att försiktighet är påkallad, när man som skett plockar en enskild detalj ur ett större verks tankegods. Att den som orsakat ovissheten också skall bära de ekonomiska följderna kan med visst fog sägas drabba även den passive. Hans bristande reklamation mot den som exempel tagna friskrivningen har invagat medkontrahenten i en förlitan på att godset är sålt utan garantiåtagande. På så sätt kan därför en sådan regel sägas lika gärna tala för att det sista skottet träffar och att således friskrivningen står sig. Enligt min uppfattning är det dock en viss skillnad mellan utebliven reklamation och ett försök att inkorporera förmånliga villkor i ett avtal. I en situation av avtalsförhandlingar med starkt individuella inslag blir det naturligt att söka karakterisera muntliga och skriftliga moment som allt från avtalspreliminärer till efter träffat avtal gjorda tillägg i form av bekräftelsehandlingar.⁷ Till leda upprepar jag, att så inte är fallet i typiska "battle of forms". Där korsar sig standardbestämmelserna mer eller mindre slentrianmässigt.

Således är det kanske omöjligt att i gällande rätt finna en generell regel om att prestationer inom ramen för ett ofullgånget avtal alltid skall ersättas av den som drar fördel av prestationen. Att överföra något liknande på avtalsklausuler, som inte direkt riktar in sig på betalning, synes svårare. Hur en skiljedoms klausul skulle behandlas enligt det nyss angivna mönstret är inte lätt att bedöma. Vem drar fördel av oklarhet beträffande frågan om skiljemän eller allmän domstol? Enbart dyrbarheten i skiljeförfarandet kan knappast vara utslagsgivande. Håller man sig strikt till ersättningsberäkningen enligt läran om obehörig vinst, är det dessutom svårt att finna en norm för konflikter, som inte är direkt materiellt mätbara.

5.4.3.2 *Culpa in contrahendo*

Så omhuldat institutet *culpa in contrahendo* än är i tysk rätt, har jag där inte sett det sättas i samband med kolliderande standardavtal. Det är en

⁶ Av skäl, som närmare kommer att utvecklas i avsn 6.3 nedan vill jag bortse från att en friskrivningsklausul allmänt sett kan framstå som tyngande. Det är nämligen inte omöjligt, att den i stället är ekonomiskt motiverad, om motsidan kan skydda sig med andra medel, exvis försäkring. Jfr HD redan i *NJA 1979 s 483, 514*.

⁷ Det är just sådana inslag, som utgör typiska drag i de ovan berörda målen om passivitet, där också subjektiva rekvisit, som jag ser det, spelat en avgörande roll för utgången.

varningssignal så god som någon, att denna ersättningsgrund inte är ett verksamt medel i fall av dissens på grund av bristande överensstämmelse i parternas viljeförklaringar. Ser vi ändå till svensk rätt, kan konstateras, att institutet behandlats restriktivt i modern praxis.⁸ Likväl förefaller det mig värt att pröva, om ena partens vårdslösa beteende under avtalsförhandlingar är en framkomlig väg i "battle of forms"-sammanhang.

Två upplösningar är tänkbara vid en prövning med utgångspunkt i regler om culpa in contrahendo. Båda är i stort sett beroende av vilken rättsföljd part eftersträvar. För det första kan påstås, att inget avtal alls föreligger på grund av dissensen. Den förfördelade kan då yrka, att den culpöse åläggs ersättningsskyldighet. I första hand bör det negativa kontraktsintresset tillgodoses,⁹ men det är inte otänkbart att skadeståndet skall prövas med hänsynstagande även till förlorad vinst eller indirekta skador. För det andra kan konflikten gälla en enskild klausul i parternas mellanhavande, t ex fråga om skiljedom, begränsad hävningsrätt eller någon form av friskrivning. Med hänsyn till den klausulupplösning, som tidigare förordats, torde den senare tvisteställningen vara den vanligaste, i synnerhet som det endast sällan förekommer att båda parter hävdar ett i grunden avtalslöst tillstånd. Det är således en fokusering på enskilda klausuler som präglar fortsättningen i detta avsnitt.¹⁰ Rättsföljden blir i det läget inte alltid en ren ersättningsskyldighet utan snarare en utfyllnad, eftersom avtalet enligt denna lösningsmetod skall anses sakna en bestämmelse i den fråga, om vilken parternas standardavtal innehåller motstridiga klausuler.¹¹

Vid en prövning av culpa in contrahendo är den väsentligaste frågan, vad som skall betecknas som *vårdslöst* vid en utväxling av standardvillkor.

⁸ Se särskilt *NJA* 1978 s 147, strax nedan. För litteratur hänvisas till Karlgren, *Avtalsrättsliga spørsmål* (1954) s 111 ff, särsk s 114; Rodhe, *Obligationsrätt* (1956) § 48 vid not 20 ff, även § 29 efter not 63 och § 45 vid not 49 ff; Adlercreutz, *Avtalsrätt* I s 81 ff och SvJT 1987 s 501 ff, 511 ff; Ramberg s 233 f.

⁹ Så skedde i *NJA* 1963 s 105, som dock fördunklas något av att det samtidigt var fråga om ett behörighetsöverskridande. Jfr Adlercreutz, SvJT 1987 nyss a st. Ang ersättningsberäkning, se Rodhe, *Obligationsrätt* § 44.

¹⁰ Det i föregående not angivna rättsfallet rörde däremot fråga om avtal över huvud kommit till stånd; det saknar för övrigt varje drag av en standardavtalskollision.

¹¹ Här befinner man sig måhända alltför nära en mera allmän form av tolkning och utfyllnad av avtal. Med den inledningsvis gjorda begränsningen, *avsn* 1.3, faller de generella spörsmålen utanför denna studies ramar. Här blir i stället snarast fråga om prövning av en "knock-out"-regel utan direkt utfyllnad med dispositiv rätt. Men prövningen kan också, som strax skall framgå, leda till att endera partens klausuler skall gälla framför den andres.

Är redan det förhållandet att mottagaren inte noggrant sätter sig in i den andres standardavtal tillräckligt? Som närmare skall utvecklas i samband med den friare diskussionen i nästa kapitel,¹² är den utgångspunkten så främmande för kommersiell praktik, att den måste avskrivas. Nästa steg blir att fråga, om total ignorans gentemot den andra kontraktspartens villkor skall anses som culpöst beteende. Antag att så vore fallet i en normalsituation av följande slag. Efter vissa avtalspreliminärer skickar köparen en order till säljaren. I ordern finns en beskrivning av godsets prestanda och ett krav på två års garanti. Säljaren tar inte del av dokumentet utan bekräftar beställningen med sedvanligt formulär, som innehåller en sex månaders garanti. Vilken garantitid skall gälla?¹³

Tas culpa in contrahendo till utgångspunkt för en lösning, bör först konstateras, att inget kan anses avtalat om garanti. Frågan blir i stället, om säljaren kan åläggas ersättningsskyldighet för fel, som uppstår efter den av honom erbjudna sexmånadersfristen. Det skulle då kunna påstås, att han får stå sitt kast när han av vårdslöshet inte läste igenom köparens villkor utan förlitade sig på att hans egna gäller. I vart fall skulle han vara närmare att bära förlusten än den köpare, som underlåter att reklamera mot säljarens avtalsformulär.

Situationen kan också beskrivas i termer av skyldighet att undanröja oklarheter. Det vore rimligt, att säljaren före verkställd leverans förvisar sig om att hans kortare garantitid godtas av köparen. Häremot kan dock invändas, att det kanske är lika skäligt att köparen skyddar sig med en protest, innan han tar emot eller rent av betalar för godset. Även passiviteten mot säljarens ordererkännande kan karakteriseras som ett culpöst handlande. Man hamnar således i ett mycket öppet läge. Ser vi till det culpösa förhållningssättet, kan både "first shot"- och "last shot"-metoden försvaras. Så kan också en mera fri utfyllnad av parternas avtal, på den grund att det saknar bestämmelse om garantitiden och att det därför står domstolen fritt att fylla denna lucka med en regel, som ingen av parterna haft i sina standardavtal. I det läget behöver utfyllnaden inte ske med hjälp av dispositiv lag. Snarare skulle man falla tillbaka på en mera allmän regel om ansvar för visad vårdslöshet.

¹² Se avsn 6.3.2 nedan.

¹³ Att avtalet rent av skulle vara ogiltigt på grund av dissensen lämnar jag åt sidan med hänvisning till den tidigare diskuterade regeln om klausulupplösning.

Som synes möter vi än en gång ett resonemang, där det inte kan utpekas en part, som framför den andre bör stå risken i ett fall av kolliderande standardavtal. Endast om det stadfästes en regel om stor påpasslighet och om genomlysande undersökning av motpartens standardvillkor, kan ett ansvar grundat på culpa in contrahendo enligt min mening få avgörande betydelse. En sådan princip saknar förankring i den kommersiella verkligheten. Härtill kan vidare läggas de komplikationer, som uppstår då tre eller ännu flera villkorsuppsättningar växlar. Rent allmänt bör också i detta sammanhang påpekas, att det inte alltid är köpare respektive säljare, som skickar det första eller det andra standardvillkoret. Det kan vara en slump, vem som avfyrrar det första skottet.

Inledningsvis påpekades, att nyare svensk *rättspraxis* varit återhållsam, då det gäller ersättningsskyldighet för culpa in contrahendo. Jag skall här endast gå in på ett rättsfall, i sig inte helt rent men likväl med intressanta påpekanden om ansvarsfördelning och risktagande i kommersiella avtalsförhållanden, *NJA 1978 s 147*.¹⁴

Ett "projekteringsavtal" mellan en butikskedja och en fastighetsägare ledde till att fastighetsägaren ådrog sig onyttiga projekterings- och installationskostnader, sedan butikskedjan slutligen bestämt sig för att inte träffa avtal om nyttjanderätt till lokalen. – *HD* avlog fastighetsägarens yrkande om ersättning för de nedlagda kostnaderna. Parternas samverkan grundade visserligen en lojalitetsplikt men utgjorde inte ett bindande föravtal med ens en villkorad skyldighet att framtida träffa nyttjanderättsavtal. Fastighetsägaren måste fastmer ha varit medveten om att det framtida "upplåtelseavtalet berodde på vissa osäkra faktorer", och samarbetet med butikskedjan utgjorde ett "risktagande". Trots skyldigheten att "ta skälig hänsyn till medkontrahentens intressen" befanns butikskedjans dröjsmål med att definitivt bestämma sig inte grunda skadeståndsskyldighet. Dess företrädare hade snarare "i ett affärsförhållande av detta slag" rätt att utgå från att fastighetsägaren "själv kunde tillvarata sina intressen".

Målets utgång och motivering i Högsta domstolen sätter stränga gränser för ett åläggande av ersättningsskyldighet på kvasikontraktuell grund. Det finns i detta sammanhang ingen anledning att gå in i detalj på parternas mellanhavanden; likheten med en standardavtalssituation är inte

¹⁴ För äldre praxis, se Karlgrens omfattande redovisning i *Avtalsrättsliga spørsmål* s 144–196. Några nyare fall finns hos Adlercreutz, *Avtalsrätt* I s 83 f.

stor nog. Däremot säger oss avgörandet med en generaliserande tolkning, att det saknas ett allmänt upplysnings- och informationsansvar i kommersiella sammanhang. Visserligen får part inte vilseleda motsidan men det saknas skyldighet att utföra egna positiva insatser för att undanröja oklarheter. Sätillvida ser man spår av Karlsgrens ovan berörda resonemang.¹⁵ Ersättningsskyldighet föreligger inte utanför eller före det fullbordade avtalet. Snarare talar utgången för att kräva någon form av partsaktivitet från den som skulle dra nytta av motsidans kvasikontraktuella bindning vid en ofullgången viljeförklaring. En sådan tolkning är direkt stridande mot tankegången att tilliten till medkontrahentens passivitet kunde ge positiv utdelning.¹⁶ Däremot talar utläggningen av en aktivitetsplikt för den eljest gynnade i samma riktning som Hellners tidigare redovisade teser kring obehörig vinst.¹⁷

Kanske är det inte rättvisande att dra så allmängiltiga slutsatser av det enstaka avgörandet *NJA 1978 s 147*. Med sin öppenhet för kommersiella realiteter är det emellertid intressant i ett praxisläge, då det övervägande antalet tvister av sådant slag döljs i skiljeförfarandets anonymitet. Vilken vikt man än må lägga vid målet, framstår det som avvärjande för den som vill pröva *culpa in contrahendo* som ett lösningsalternativ för "the battle of the forms". Sådan talan skulle knappast leda till framgång för den som åberopar, att motparten varit vårdslös genom att inte tydligare reagera mot erhållna standardavtals bristande överensstämmelse med de egna.

5.4.3.3 Sammanfattning

Det saknas i svensk rätt en allmängiltig lära om ersättning på kvasikontraktuell grund. Inte ens själva begreppet kvasikontrakt, dvs en avtalsliknande situation, har hos oss givits en allmängiltig betydelse.¹⁸ Att inom ramen för denna studie gå längre och forma en teoribyggnad kring ett så generellt spörsmål för den ensartade konflikt, som uppstår vid kollision mellan standardavtal, har synts mig varken möjligt eller lämpligt. Inte heller i kontinental rätt kan man finna allmänt stöd för ett sådant vägval.

Varken beträffande obehörig vinst eller *culpa in contrahendo* – eller för den delen *negotiorum gestio* – finns utrymme i gällande rätt för en enkel ersättningsregel, som förpliktar den som dragit nytta av en viss

¹⁵ Se ovan not 3.

¹⁶ Se *avsn 5.4.1.5* ovan.

¹⁷ *Avsn 5.4.3.1* första stycket ovan.

¹⁸ Se senast hos Ramberg s 227 ff.

rättshandling att också lämna ersättning, trots att ett avtalstillstånd inte kan påvisas. I stället har vi mött en starkt inskränkande reglering, där ett ansvar möjligen kan åläggas på subjektiv grund. Endast den kan bli ersättningsskyldig, som betett sig culpöst i förhållande till sin motpart, så att han framför denne bör bära ansvaret för, kort uttryckt, uppkommen ovisshet om det rätta avtalsinnehållet. En vidare hållen norm, exempelvis utgående från en allmän lojalitetsplikt, saknar hittills stöd i svensk rättspraxis. I Danmark har den däremot sedan länge vunnit visst gillande.¹⁹ Likartade tendenser i tysk rätt har tidigare redovisats. Och som en grundnorm i common law finns kravet på agerande i "good faith".

Allmänt sett är det emellertid svårt att utpeka den ena parten i "the battle of the forms" som mera vårdslös eller klandervärd än den andra. En motsvarande generell regel om ersättningsplikt vid bristande lojalitet torde därför vara svårgenomförbar. Vi får också hålla i minnet, att den i sammanhanget förordade klausulupplösningen koncentrerar tvisten till en eller ett par divergerande klausuler. Det är endast sällan fråga om hela avtalsrelationens bestånd, som fallet var exempelvis i det nyss refererade målet om onyttiga projekteringskostnader.²⁰

I enskilda situationer kunde det emellertid stundom sägas, att en av kontrahenterna visat ett större mått av brister i sitt hänsynstagande till motsidans befogade intresse av klarhet om det rådande avtalsläget. Då är det mera tänkbart än eljest att ålägga åtminstone en ersättningsskyldighet redan på det kvasikontraktuella stadiet. Men det är inte i alla kollisionerfall en ren ersättningsfråga, som är tvistig. Det ställer sig inte så enkelt att besvara, hur en skiljeklausul eller begränsning i hävningsrätten skall bedömas på kvasikontraktuella grunder. Ibland går det emellertid att peka på otydligheter eller oväntade inslag i ena partens standardvillkor. Då är emellertid steget redan taget till domstolarnas allmänna klausulkontroll med hjälp av bl a 36 § AvtL. Och därom handlar denna studie inte.

¹⁹ Se härom *Madsen*, *Aftalefunktioner* (1983) s 72 ff, 77 ff, med hänvisning till färsk dansk rättspraxis, dock utan direkt inflytelse på kolliderande standardavtal, och med påpekandet om nödvändigheten att parterna tar "rimeligt hensyn til hinandens interesser", s 73. Samma tankegångar finns hos *Ussing*, *Dansk Obligationsret. Almindelig Del*, § 4 III, redan i första upplagan 1937 men alltmer pregnant i senare utgåvor.

²⁰ *NJA* 1978 s 147 i föregående avsnitt.

5.5 Sammanfattning – svensk och övrig nordisk rätt

Inledningsvis har konstaterats, att "the battle of the forms" inte funnit direkt nedslag i nordisk praxis och att doktrinen ägnat frågan ringa intresse. Skiftande lösningsförslag har kortfattat lämnats i litteraturen,²¹ och någon "majoritetslinje" är inte synbar. Reglerna för avtalsbindning i avtalslagen är inte avsedda för standardiserade avtalsslut. De bygger på en mera entydig utväxling av anbud och accept, medan standardavtal är tänkta att fullständigt reglera avtalsförhållandet och således träda i stället för dispositiv rätt och individuellt överlagd reglering av parternas mellanhavande. En prövning har likväl gjorts av stadgandena i 6 § AvtL, men resultatet för enligt min mening inte frågan närmare en lösning. Särskilt andra styckets subjektiva rekvisit synes olämpliga som utgångspunkt för en prövning av klausuler, vilka inte alltid varit föremål för individuella överväganden.

För att pröva de skilda förslag till lösning av en standardavtalskollision, som mött i det utländska materialet, har jag översiktligt sökt ställa dem i relief mot senare års svenska rättspraxis på områden, som ligger nära här aktualiserade frågeställningar. I främsta rummet har jag betraktat ett antal centrala mål om verkan av passivitet vid avtalsslut. Inte heller den genomgången har gett entydiga resultat. Den enda säkra slutsatsen har synts mig vara, att svensk rätt inte står i uppenbar strid med dessa lösningsförslag. En stor svårighet ligger emellertid i att de fall, där passiviteten medfört avtalsverkan, alla har i större eller mindre omfattning byggt på verkan av ond respektive god tro hos de agerande parterna. Den subjektiva prövningen har, som skall visas i nästa kapitel, ganska litet med den kommersiella verkligheten att göra. Möjlighet att lösa "the battle of the forms" genom att betrakta standardavtal som handelsbruk eller med tillämpning av kvasikontraktuella synsätt har också prövats. Även resultatet av den undersökningen är nedslående. En smula uppgiven har jag därför avstått från en lika omfattande undersökning av motsvarande områden i de nordiska grannländerna.

Det har således synts mig omöjligt att ge lösningsförslag *de lege lata*, om detta uttryck tas i en snäv bemärkelse. Så länge det saknas bevisning för mera individuella drag i parternas agerande kring vad de själva eller

²¹ Ett undantag utgör *Landos* nypublicerade uppsats i UfR 1988, B, s 1 ff.

endera av dem uppfattar som avtalsbindning, finns det inget i rättskäl-
lorna, som kan tjäna som underlag för en säker prognos om utgången.
Det följande kapitlet skulle därför kunna betraktas som ett resonemang
de lege ferenda. Själv intar jag emellertid inte en så rigid inställning till
gränsdragningen mellan dessa båda sätt att argumentera juridiskt. Sär-
skilt när rättsläget är så ovisst som vid ett fall av normal standardavtals-
kollision, torde även vad som sägs i det fortsatta kunna ligga till grund
för en lösning redan enligt "gällande rätt".

6. Diskussion och lösningsförslag

6.1 Inledning

Diskussionen i detta kapitel blir friare än i det föregående. Där provade jag, huruvida gällande rätt – betraktad i ganska vid bemärkelse – gav någon lösning av "the battle of the forms". Strängt taget skulle alltså förevarande kapitel utgöra diskussion de lege ferenda. Eftersom de behandlade rättskällorna inte ger entydiga besked om sättet att behandla kolliderande standardvillkor, anser jag dock att vad som sägs nedan inte är oförenligt med svensk rätt, låt vara att vissa av förslagen säkert kommer att betraktas som mycket långtgående i sitt sätt att fjärma sig från gängse rättstillämpningsmetoder. Jag kommer nämligen att ägna stort utrymme åt rättsekonomiska överväganden. Dessförinnan upptas en mera hemtam väg att närma sig frågan, nämligen en undersökning av de ändamål som kan bära upp den lämpligaste lösningen. Som sista avsnitt, efter det rättsekonomiska, provar jag ett mindre radikalt sätt att fixera en lösningsmodell, som är mindre komplicerad.

6.2 Ändamålsskäl

De sedvanliga rättskällorna, lag, praxis och doktrin, gav för svensk del inga klart urskiljbara lösningar av "the battle of the forms". I vår inramning blir därnäst en naturlig prövning, vilka *ändamålsskäl*, som kan tänkas dirigera lösningen. Ju mera komplicerad situationen är, desto svårare blir det enligt min mening att försöka hitta ett förhärskande ändamål och desto mera motsägelsefullt blir ett telologiskt försök. Det är inte svårt att illustrera varför.

Låt oss betrakta *fem ändamål*, som bör uppfyllas vid ett bestämmande av vilka klausuler eller rättsregler, som skall dirigera parternas relation efter en standardavtalskollision. Det bör eftersträvas:

1. att parterna så snabbt och friktionsfritt som möjligt sluter avtal med varandra. Omsättningen bör gynnas;
2. att parterna i möjligaste mån får sina egna krav tillgodosedda och att ingen tillåts onödigtvis dominera över den andra;
3. att parterna kan förutse resultatet av förhandlingar, avtalsslut och kontraktsuppfyllelse;
4. att parterna inte svävar i villfarelse om vilka regler som gäller för mellanhavandet;
5. att parterna inte behöver lösa den slutliga uppfyllelsen genom rättegång, skiljeförfarande eller annan tidsödande och kostsam procedur.

De tre sistnämnda ändamålen är som synes ganska nära sammanhängande. De tänkbara lösningsmodeller, som bäst gynnar var och en av dem, är emellertid inte de samma. Ett *sjätte ändamål* – överensstämmelse med empiriska och ekonomiskt klarlagda realiteter – är av annat slag och behandlas separat i *avsnitt 6.3* nedan.

Jag har här inte anledning att återuppta en längre och grundläggande diskussion om den *teleologiska metodens* för- och nackdelar; i andra framställningar har jag intagit en förhållandevis kallsinning inställning.¹ Här skall bara tilläggas, att det rättsframma förhållningssätt, som är grunden för *Ekelöfs* lära, knappast är användbart. Skulle man nämligen först betrakta det ordinära fallets lösning, kommer man direkt in på dissensmodellen i 6 § 1 st AvtL. Att med utgångspunkt från de ändamål, som må bära upp det resultatet – väl främst av viljeteoretisk natur – söka lösa det mera säregna standardavtalsfallet, leder enligt min uppfattning inte till framåtsyftande resultat.

Bert Lehrberg har i seminariesammanhang riktat intresseväckande kritik mot de av mig framställda ändamålen som alltför lösligt utvalda och föga systemkonsistenta. Han har för egen del framställt sex principer, som i skilda kombinationer borde grunda lösningen av en standardavtalskollision: vilje- och tillitsprinciperna, vederlags- och billighetsgrundsatserna samt preventions- och rättssäkerhetsintressena. Jag har inte blivit övertygad av *Lehrbergs* kritik. Sökandet efter systemsammanhållande principer är visserligen prisvärt. Men blotta det förhållandet att dessa

¹ Jfr min inställning i sakrättsliga sammanhang, *Traditionsprincipen* s 423 ff, 619 ff samt SvJT 1987 s 486 ff. Se efter där redovisad litteratur även *Wilhelmssons* nyanserade ståndpunkter med betoning av svårigheten att finna övergripande ändamål, *Social civilrätt* s 26 f.

etiketteras på ett visst sätt – överensstämmande med i annat rättsmaterial använd terminologi – är snarast en väg att ge dem större tyngd än vad de realiter förtjänar. Jag återkommer kritiskt till denna i mitt tycke närmast naturrättsligt färgade metod i sammanfattningen, *avsnitt 6.2.6*. För övrigt torde detta förment konsistenta val av ändamål ligga mycket nära de av mig för det fortsatta resonerandet utpekade syftena. I vart fall kan den splittrade bilden knappast undvikas, hur man än organiserar eller systematiserar ändamålsdiskussionen.²

6.2.1 Snabbt och smidigt avtalsslut

Utan anspråk på att betraktas som en absolut kännare av näringslivets inre villkor och kommersiell konfliktlösning utgår jag dock från att ett primärt mål för näringslivets aktörer är att så snabbt och smidigt som möjligt komma till en för dem bindande överenskommelse. De vill undvika utdragna förhandlingar och ser förmodligen ett ideligt växlande av skrifter – med eller utan standardvillkor – som onödigt tidsutdräkt.³ Detta ändamål skulle befordras allra bäst av den modell som kallas "the first shot". Den som först bifogar sina standardvillkor vinner, om inte medkontrahenten uttryckligt protesterar mot dem. Den modellen har också valts i Nederländernas nya civillagbok. Genom bruket av skyddsklausuler kan en sådan lösning också sägas vara den vanligaste i amerikansk och västtysk rätt. En nästan likartad snabbhet och effektivitet vinnas emellertid om man i stället väljer en modell, som kan kallas "the second shot". Skillnaden blir att det i stället är medkontrahentens villkor som blir gällande. Denna lösning skiljer sig såtillvida från "the last shot", att den inte tillåter hänsynstagande till tredje, fjärde eller annan ytterligare skrift. Ty "last shot"-modellen står i strid med ändamålet om ett snabbt avtalsslut, eftersom den uppfordrar till en evinnerlig skriftväxling.

² För andra sätt att beskriva beaktansvärda ändamål vid en standardavtalskollision, se *exvis* Jacobs' "seven principles", 34 ICLQ (1985) s 314 ff, omnämnda ovan *avsn 3.3.2*.

³ Talande är ett yttrande av en tidigare chef för Royal Dutch Petroleum, citerat av Van der Velden i Fskr Sauveplanne, s 235: "I hate to see a lawyer in our office; if I want him I go to his office and limit the conversation to the shortest possible period. Allowing a lawyer to be practically in daily touch with me would certainly take 90 % of my time which ought to be devoted to money making and not to discussing legal squabbles or legal phraseologies." – En utomstående tillåter sig anta, att den skyndsamt beslutade fusionen våren 1987 mellan ASEA och Brown Boveri ingicks utan alltför detaljerad inblandning av bolagsjurister.

Båda här diskuterade lösningar lider dock starkt av den bristen att de ger *ensidiga företräden* åt endera parten, det må vara köpare eller säljare. Man vet nämligen inte på förhand vem som är den förste eller den andre att översända standardvillkor. Lösningarna överensstämmer visserligen väl med *förutsebarhetskravet*, sedan rättsregeln satts i sjön och bringats till näringslivets kännedom. Men den står inte väl samman med tanken att båda parter *vilja* i så stor utsträckning som möjligt bör avspeglas i reglerna för deras mellanhavande. Det ligger också en fara särskilt i "first shot"-modellen, att part känner sig tvingad att onödigt tidigt sända över sina standardvillkor. Detta kan av motparten uppfattas som påträngande och egensinnigt, vilket knappast befordrar kravet på att kontrahenterna så smidigt som möjligt bör komma till avtalsslut.

6.2.2. Partsönskemålets genomslag

Det är rimligt, att *vardera partens önskemål* tillgodoses i så högsta möjliga grad, när det i en tvist avgörs hur deras mellanhavanden skall regleras. För den skull är det dock inte nödvändigt att falla tillbaka på ett så entydigt viljeteoretiskt resonemang som det vilket präglat tysk och i någon mån även amerikansk rättstillämpning. Härvidlag är det lämpligt att i första hand utnyttja en *klausulupplösande* modell, vilket nästan enhälligt förespråkats i utländsk doktrin och som också kommit till uttryck i åtskilliga länders praxis. I de fall det förekommer överensstämmelse mellan vissa av villkorsbestämmelserna bör dessa tillämpas framför dispositiv rätt. Domstolen skall också ha viss frihet att sammanjämka näraliggande bestämmelser i partsavtalen.

Som emellertid många påvisat, är tydligt divergerande klausuler ofta flera än överensstämmande, åtminstone i centrala frågor. Modellen med klausulupplösning skulle alltså vara en alltför smal bas för en generell lösning, eftersom den i de mera kontroversiella fallen inte skulle leda till något resultat. Det går ju knappast att hitta gemensamma drag hos en regel om obegränsat ansvar för följdskador och hos en med friskrivning från skadeståndsskyldighet för alla fall som inte utgör grov culpa. Men klausulupplösningen kan vara ett första steg mot den modell, som överlåter åt domstol, skiljemän och andra konfliktlösare att utfylla eller tolka avtalet i de delar som efter sådan procedur blir olösta. De metoder domaren därvid bör tillämpa behandlas i ett kommande avsnitt.

Mot klausulupplösning och ett mer eller mindre fritt domarskön, som fyller ut där konsensen brister, talar som främsta nackdel kravet på *förutsebarhet*. Parterna kan få stora svårigheter att bedöma möjligheterna till framgång i tvistlösningen. Inte heller tillfredsställer modellen önskemålet att i möjligaste mån undvika oklarhet om vilka regler som gäller på fullgörelsestadiet. Och tankegången kan knappast sägas vara annat än rättegångsbefrämjande.

6.2.3 Förutsebarhet

Förutsebarhet har alltid betraktats som ett honnörsord, när lag och rättstillämpning diskuteras. Så gäller naturligtvis också, när det är fråga om "battle of forms". Rättshandlande parter bör genom lagregler fås att agera i en viss, av lagstiftare eller upplysta domare, bestämd riktning.⁴ Lösningen av konflikten mellan de kolliderande standardavtalen skulle vara den som fick parterna att noggrant tänka igenom situationen innan de skrider till avtalsslut, den som bäst förmådde undvika chansartade lösningar.

Hur detta idealtillstånd skulle kunna uppnås, har jag inte riktigt förmåga att föreställa mig. I den refererade utländska doktrinen har den mycket få anhängare.⁵ Ett sätt är möjligen att skilja mellan fall, då part slentrianmässigt bifogar standardvillkor och då part med visst eftertryck understryker sin vilja att endast handla på egna villkor. Vi skulle alltså, som i tysk och amerikansk rättstillämpning, sätta *skyddsklausulen* i fokus. Förmodligen blir man då tvungen att ta det steg, som förespråkas av bl a Lando och Jacobs,⁶ nämligen att endast lägga vikt vid skyddsklausuler, som fått en särskilt pregnant utformning.⁷

⁴ Jag påpekar utan att just här närmare utveckla temat min allmänna skepsis mot föreställningen om rättsreglernas moraldirigerande förmåga, ifall tankegången inte konkretiseras närmare. Den enbart *ideologiskt* grundade sanktionsteorin är enligt min mening vetenskapligt svårbelagd; jfr *Roos*' hårda omdöme: "önsketänkande" i ett debattinlägg, SvJT 1987 s 418. Se även bland nyare kritik *Eckhoff*: "overdreven tro på reglenes motiverende evne", *Rationalitet och empiri* s 31, och *Lindell*, *Rättsfrågor och sakfrågor* s 284 ff, särskilt not 36. – Till en *sociologiskt* och *ekonomiskt* underbyggd handlingsdirigering återkommer jag utförligt i *avsn* 6.3.

⁵ Se dock exvis Vergne, ovan *avsn* 3.8.

⁶ Lando, UfR 1988, B, s 10, *Kontrakter* s 91; Jacobs, 34 ICLQ s 314 f.

⁷ Jacobs' tankegång, att endast på första sidan av handlingen avtryckta skyddsklausuler skulle gälla, framstår inte som helt realistisk i dagens datoriserade miljö. Lika väl som man har sina standardvillkor på en tryckt blankett, kan man ha dem i en databas, där det för

En annan väg att befordra förutsebarheten är naturligtvis att falla tillbaka på den klassiska avtalsmekanismen, som leder till dissens och ett helt avtalslöst tillstånd mellan parterna, om det förekommer ens den minsta skillnad i någon inte alldeles oväsentlig klausul. Eftersom tydligen detta nästan alltid är fallet, är dock modellen med ett "pakettänkande" orealistisk.

Förutsebarheten skulle vidare säkras genom tillämpning av en "shot"-modell. Från ren klarhetssynpunkt är det förmodligen utan betydelse vilken av dem man väljer: första, andra eller sista standardvillkoret. Så snart en bestämd rättsregel etablerats, är också slutresultatet väl förutsebart. Den kritik, som jag tidigare riktat mot den typen av lösning, upprepas inte nu. Mot hela ändamålet förutsebarhet vänder sig i första hand den förut uppställda önskan att i möjligaste mån tillvarata *båda* parter mer eller mindre klart uttryckta vilja. Än starkare förefaller mig dock följande argument. Det finns inget som entydigt skulle tala för att näringslivet självt i första hand önskar förutsebarhet. Argumentet som sådant är juridiskt och innebär en önskan att bringa ordning och systematik åt förhållanden, där denna målsättning kanske inte alls intar en förstarangsposition. För om det vore på det sättet, att klarhet och förutsebarhet sattes före snabbhet och smidighet, skulle väl parterna redan ha funnit en allmänt accepterad väg att undvika "the battle of the forms".

6.2.4 Minskad ovisshet om kontraktsuppfyllelse

Det som senast sagts om omständigheter, som talar mot ett krav på förutsebarhet, gäller i än högre grad, då man söker en lösning som vill *eliminera ovisshetsmomentet* hos parterna i själva uppfyllesestadiet. Om vi med förutsebarhet menar ett prognostänkande, dvs sannolikheten av en viss utgång i ett konfliktförfarande, rör vi oss i stället här med frågan hur en part faktiskt skall uppfylla avtalet och vilka sanktionsverkningar han har att vänta vid avtalsbrott. Den tänkta handlingsdirigerande normen skulle i så fall vara, att parterna tvingas till konkreta slutförhandlingar, som före definitivt avtalsslut undanröjer eventuella missförstånd. Dock är det just denna omständighet, att parterna måste inlåta sig i noggranna detaljöverläggningar, som man sökt eliminera genom bruket av

varje enskilt fall är möjligt att stuva om dem så att den ena eller andra klausulen kommer först. En rättsregel, som endast får till följd sådana "ordningsregler" för enskilda klausuler, är av föga värde.

standardvillkor. Det skulle alltså vara att vrida klockan tillbaka, om man reflekterade i riktning mot ett strängare krav på ökat meningsutbyte mellan kontrahenterna.

Oklarhet om tillämpliga regler kan också undanröjas, ifall ena parten ensidigt påtvingas den andras standardvillkor, dvs en "shot"-modell. Men det sker i så fall med uppoffrande av tanken på partsviljans genomslagskraft och leder dessutom till chansartade resultat, om man inte samtidigt vågar sig på att fastslå den ena avtalskategorins företrädare framför den andra. Det vore i och för sig möjligt, att låta antingen köparens/beställarens eller säljarens/tillverkarens villkor få företräde. Men vad säger att det ens är rimligt att diskutera i dessa termer, där aktivitetsgrad och fasthet i kontraherandet skall stå tillbaka för ett ensidigt gynnande av endera kategorin i varuomsättningen?

6.2.5 Färre rättstvister

Är ändamålet *undvikande av rättegång* eller annan konfliktlösning över huvud taget bärkraftigt? Ja, i så måtto som säkerligen de flesta vill se sina kontraktsförhållanden uppfylla i bästa samförstånd och utan grus i maskineriet.⁸ Med modeller, som antingen ensidigt påtvingar part den andres villkor eller som tvingar dem till undanröjande av oklarheter genom att höja kravet på ett grundligt förhandlande, undgår man naturligtvis rättegångar. Det är en föga uppseendeväckande slutsats. I sammanhanget måste för övrigt erinras om att de flesta tvister löses av parterna själva med hänsynstagande inte minst till framtida samarbete och allmän goodwill.

Om det däremot saknas anledning att framtvinga lösningsmodeller, som verkar ensidigt gynnande eller tidsödande, ligger det inget olämpligt i sig i att tvinga parterna till att söka någon form av konfliktlösning. Snarare borde det vara en sporre för det inhemska systemet att skapa nya domstolsorgan, som är snabba, billiga och bemannade med insiktsfull personal. Medan skiljeförfarandet är dyrbart, är den allmänna tvistemålsrättegången tidsödande; båda lider brist på vägledande publicerad praxis. Ett summariskt, auktoritativt förfarande vore enligt min mening att föredra, men för att bygga upp något som liknar exempelvis Neder-

⁸ Jag tycker mig kunna bortse från de kollusiva fall, då en starkare part lockar in en svagare i ett dyrköpt avtal med avsikt att konkurrera ut eller på annat sätt skada honom. Sådan verksamhet förtjänar inte, pompöst uttryckt, rättsordningens skydd.

ländernas "kort geding" fordras, vid sidan av lagstiftning, en lång tillväjningsperiod.

6.2.6 Sammanfattning – ändamålsskäl

Excuserandet med ändamålsskäl får enligt min bedömning inget positivt resultat, när det gäller att lösa "the battle of the forms". Det ger bara det negativa utfallet, att motstående intressen korsas i så hög grad att alla diskuterade lösningsmodeller framstår som olämpliga. Att gå vidare i fingeraderingen och utpeka vissa som mindre olämpliga än andra, för osökt tankarna till det kända Orwell-citatet: "Some are more equal than others."

Här som eljest visar sig den teleologiska metodens ofullkomligheter; de är särskilt tydliga när den skall tillämpas på andra än klart lagfästa rättsregler. Den forskare eller domare är lycklig, som tror sig besitta sådana insikter, att han kan utvälja ett övergripande ändamål. Jag anser mig inte tillhöra dessa "happy few". Det ligger nämligen i den föreställningen ett inte ringa drag av naturrättslig inspiration – eller intuition – även om ingen av teleologins förespråkare vill erkänna det. Själv är jag inte lika fientligt inställd som de flesta till alla drag hos naturrättsligt tänkande, men jag ogillar det, om det skall brukas som föregiven realism.

För att återgå till den avgränsade frågan om "the battle of the forms" bör i stället vägvalet avgöras av följande enkla ställningstagande. Skall rättstillämpningen anpassas efter partsförhållandena, eller skall partsagerandet styras av rättstillämpningens förutsättningar? Är det ett friare skön eller ett stelbent regelverk – "standards" eller "rules" – som skall dominera?⁹ Väljs det första alternativet uppkommer genast svårigheter för en rättsvetenskaplig prövning. Det är inte lätt att från skrivkammarens begränsade horisont uttala annat än grovt tillyxade synpunkter på hur man tror att de kommersiella aktörerna helst vill ha det. Instrument finns dock för en vidgning av perspektivet. Genom att föra in vetenskapligt underbyggda sociologiska och ekonomiska erfarenheter kan man nämligen med större säkerhet söka fånga den kommersiella verkligheten. Jag övergår nu till ett sådant försök.

⁹ Jfr Lando, UfR 1988, B, s 12.

6.3 Sociologiska och rättsekonomiska aspekter

I valet mellan "rules" och "standards", mellan en avtalsmekanisk konfliktlösning och en öppen tolkning som närmar sig de kommersiella parternas egna värderingar, måste de ovan i *avsnitt 2.2* redovisade *sociologiska* och *rättsekonomiska* övervägandena ha sin givna plats. Tyvärr talar de – liksom de utländska mera strikt juridiska erfarenheterna – inget entydigt språk. Det finns dock två generella slutsatser, som utgör en lämplig inledning. För det första har part ingen ekonomiskt försvarbar möjlighet att sätta sig in i motpartens standardavtalsmässiga reglering. För det andra är parts egna standardvillkor inte uttryck för en individuell och entydig viljeförklaring.

6.3.1 Viljeteori och skyddsklausul

Jag inleder med det viljeinriktade konstaterandet. Det finns alltså ovedersägliga bevis för att parterna i regel inte känner till eller begriper motpartens standardvillkor. Den första slutsatsen härav skulle då bli, att en *viljeteoretisk* grundsyn är förfelad.¹ Att part har åberopat sina standardvillkor säger inget bestämt om att han för den sakens skull inte är villig att lika gärna godta motpartens regler, åtminstone på vissa för honom mindre väsentliga punkter. Lika litet som det finns en absolut vilja att kräva efterföljd av alla de egna villkoren, finns det en manifesterad motvilja mot alla medkontrahentens klausuler. Det har talats om en fallande skala av väsentlighet.² Den stora svårigheten ligger i att hitta en balanspunkt.

Låt säga att säljaren lägger mycket stor vikt vid att undgå ansvar för indirekt skada, medan köparen, som smidigt kan försäkra sig, har goda möjligheter att vara utan ett sådant säljaråtagande. I det läget vore en lämplig lösning att låta säljaren slippa sådant utökat felansvar. Med omvända förutsättningar är det rimligt att låta säljaren bära ett följdskadeansvar, om det är billigare för honom att försäkra sig än för köpa-

¹ Jfr i samma riktning *Skogh*, Marknadens villkor, s 28 f, utifrån ett mera ensidigt transaktionskostnadsresonemang: Partsviljans genomslagskraft är en hämsko på omsättningsbefrämjande rättstillämpning.

² Den rent motsatta effekten av standardvillkor kan också uppmärksammas: I de fall det finns en faktisk klar viljeinriktning hos en part, riskerar hans önskemål att drunkna i den strida klausulströmmen.

ren.³ Men vad händer, om i det givna exemplet *ingen* av parterna har tillgång till ett sådant "externt" skydd? I det läget kan friskrivningen tyckas lika viktig för säljaren, som ansvarsåtagandet är för köparen. Då måste – sett med rättsekonomiska förtecken – mera sofistikerade metoder föras in i diskussionen. Jag återkommer strax till dem.

Det är alltså en väl försvarbar utgångspunkt, att part i standardvillkor har uttryckt en vilja, som stundom är mera allvarligt menad, stundom mindre. Det går alltså inte att dra några generella viljeinriktade slutsatser av en uppsättning standardklausuler. Den *faktiska* partsviljan är långt mera varierad än vad den synes vara av den förtryckta blanketten. Jag anser att det förhållandet ger en viktig fingervisning. *Skyddsklausuler bör tolkas restriktivt.*

Med det ställningstagandet har jag inte anslutit mig till dem som anser, att man inte bör lägga någon som helst vikt vid ett uttalande om att part endast handlar på egna villkor. En sådan viljeförklaring, om den presenteras tydligt, har i vart fall den betydelsen att den upplyser mottagaren om att ingen fullkomlig underkastelse av den andres villkor är att påräkna. Men att som i tysk rättstillämpning låta en skyddsklausul bli utgångspunkt för en viljeinriktad lösningsmodell är, enligt min mening, alltför vittgående. Samma resultat har också amerikansk praxis gett uttryck för. Skyddsklausuler har där fått verkan av ett slags förhandsreklamation mot alla motpartens villkor, oavsett betydelsen av enskilda klausuler. Den inställningen tål generellt sett inte en jämförelse med parternas verklighetsuppfattning.⁴

Min åsikt är således, att man skall anlägga en *nyanserad syn på skyddsklausuler*. Men de bör samtidigt inte utdömas som helt betydelselösa. Frånvaron av ett sådant vagt uttryck för partsviljan skulle nämligen, ehuru indirekt, kunna invagga motparten i en förstärkt föreställning, att den som åberopar villkor utan skyddsklausul lägger mindre vikt vid sina egna stadganden. Det vore därför fritt fram för mottagaren att överflygla avsändaren med sina egna villkor.

Värdet av skyddsklausuler förminskas dock ytterligare ju vanligare de blir. Ingår de i snart sagt varje standarduppsättning, har de enligt min

³ Jfr Werin s 223 ff och Schäfer & Off s 256 ff ang försäkringsaspekter.

⁴ Jfr Bakels, WPNR 5695 s 261 f, med vaga antydningar om viktberäkningar av enskilda klausuler. Bristen i hans resonemang tycks mig ligga främst i att han låter parts kunskap om hur motparten värdesätter sina egna villkor vara avgörande. Där närmar han sig de avskräckande dubbla subjektiva rekvisiten i 6 § 2 st AvtL.

mening förlorat varje verkan. Då får man i stället se till hur pass tydligt de framhävts, om de rentav individualiserats. Här närmar vi oss de verkliga *reklamationerna*, som leder till *öppen dissens*. En protest mot motpartsvillkoren måste enligt min mening inte bara vara individuellt och tydligt utformad. Den skall dessutom inrikta sig på en eller flera angivna klausuler. Den bör utvisa att den reklamerande verkligen tagit del av den andres villkor. Först om dessa kriterier är uppfyllda, kan en klar viljeförklaring utläsas för mottagaren.

6.3.2 Partsönskemålets betydelse för lösningsmodell

6.3.2.1 Partsviljan

I förra avsnittet konstaterades, att ett standardavtal endast ger vaga antydningar om den användande partens viljeinriktning. På grundval därav drog jag slutsatsen, att en skyddsklausul bör tilläggas ringa betydelse. Kan samma konstaterande om viljeyttringens oklara budskap läggas till grund för en generellare slutsats rörande valet av lösningsmodell?

En grundläggande fråga kan snabbt svepas över. Skall det förhållandet att det föreligger dissens på enskilda punkter leda till att inget avtal alls kommit till stånd? Nej, denna "paketsyn" förefaller numera på de flesta håll vara övergiven till förmån för en *klausulupplösande* metod. Såvida det inte råder öppen dissens i grundläggande frågor, skall det anses föreligga ett bindande avtal sedan parterna utväxlat standardavtal. I den mån en överensstämmelse i vissa delar kan utläsas, har parterna att följa den regleringen. Utländsk lagstiftning och rättspraxis har – med viss reservation för engelska förhållanden – medvetet slagit in på den vägen; doktrinen är i det närmaste enig.⁵ Emellertid ger den klausulupplösande inställningen inget svar på hur man avgör fall, där parternas klausuler är så särskiljande, att de inte rimligtvis kan sammanjämkas.

Kan konstaterandet om viljeförklaringarnas vaghet räcka för att slå bort även andra lösningar än den nakna dissensmodellen? Kanske inte helt av egen kraft men det är en tydlig vägvisare. Vi tror oss alltså veta, att det finns föga intresse hos kommersiella parter av att se kollision

⁵ Här kan dock ånyo påpekas, att frågeställningen om avtal föreligger eller ej är av störst betydelse *före* fullgörande. Det har funnits ett intresse i utländsk rättstillämpning att inte göra det lätt för en ångerköpt part att dra sig ur en oförmånlig förbindelse utan i stället "keep the welsher in the contract". Svensk rätt är mera vacklande, om man betraktar mål som *NJA 1977 s 92* och *1978 s 147*; vår passivitetspraxis i stort får anses ganska försiktig.

mellan standardavtal som försök att till varje pris pådyvla den andra de egna bestämmelserna. Skall i så fall rättstillämpningen eller lagstiftningen tvinga in det kommersiella avtalsslutandet och kontraktssuppfyllandet i en *mekanisk* konfliktlösning av typerna "first shot" eller "last shot". En *handlingsdirigerande* rättstillämpning av detta slag, tycks mig vara den minst lyckade lösningen utifrån de vagt formulerade partsönskemålen.

Utdömandet av de båda "shot"-modellerna har gjorts under den förutsättningen, att de inte är försvarbara så länge blicken är fästad endast på avtalsslut genom kolliderande standardvillkor. Man vet inget konkret om vilken vikt en part lägger vid enskilda, kanske slumpartat eller slentrianmässigt intagna klausuler. Inte heller säger realhandlandet något bestämt om deras önskemål. Att säljaren levererar kan ju tolkas som att han helst gör det på egna villkor. Men *mutatis mutandis* gäller det även för köparen. Mottagandet sker säkerligen helst på de egna villkoren. Som de båda "shot"-modellerna tillämpats i utländsk praxis, har man i stället lagt in en realaccept av motpartsvillkoren i de nu nämnda åtgärderna: Säljaren levererar på köparens villkor; köparen tar emot godset på säljarens. Till yttermera visso har man därvid fäst avgörande vikt vid vilket standardavtal som sänts först respektive sist. Det ibland rent reflexmässiga, ibland branschbetingade förfaringsättet har, som jag ser det, i vart fall inte det minsta att göra med den partsvilja, som metoden likväl påstår sig söka fånga, låt vara i dess kanske mest konkludenta form. Ty utgår vi samtidigt från att den agerande saknar klar kännedom om motpartsvillkoren, inses lätt hur i grunden fiktiv en sådan inställning är.

Sedan det i förra avsnittet lagts fast, att skyddsklausul inte bör göra mycket till eller från, kan det klart utsägas, att de båda "shot"-modellerna är förfelade, om rättstillämpningen önskar närma sig partsviljan vid avtalsslutet. Den viljeteoretiska vägen kan inte leda till att parterna mekaniskt binds vid den först eller sist översända handlingen.

6.3.2.2 Partstilliten

Inte heller en *tillitsteoretisk* inställning leder till den nyss från viljesynpunkt avvisade mekaniska lösningsmetoden, som påtvingar den ena parten den andres villkor. Enligt det förda resonemanget kan nämligen båda parter göra i stort sett lika befogade anspråk på att de litat till att motpartens uteblivna öppna protest inneburit ett godkännande.

Jag vill dock här pröva ett försiktigt förbehåll, som kunde vara ett *uns* i ena vågskålen. Även om parterna inte tar del av varandras standardavtal och upptäcker skyddsklausuler eller konkreta skillnader, bör de vara medvetna om vem som först skickar iväg sina villkor. Oavsett om första skottet kommer slumpartat eller är branschbetingat, är det likväl inledningen till ett avtalsslut. Det är avsett att föra fram till bindande förpliktelser på ömse sidor. Det finns enligt min mening aningen mera realism i att ge dessa första villkor ett ringa företräde framför därefter växlade formulär. Den först agerande har markerat något slags inställning, och mottagaren av dessa villkor kan inte fullt ut förlita sig på att den andre automatiskt viker undan, bara för att han får en annan uppsättning villkor på posten eller via telex. Tilliten till att det senare avfytrade skottet verkligen träffar, kan alltså knappast vara lika befogad.

Mot det nu förda resonemanget om de första villkorens övervikt kan emellertid genast göras invändningar. Inte heller den förste skytten kan hävda oinskränkt tillit till att hans villkor står sig. Det föreligger nämligen den viktiga omständigheten, att motparten faktiskt har skickat sitt standardavtal, vilket kan förmodas innehålla vissa olikheter mot de egna. Skillnaden är inte oväsentlig mellan en blank accept och en accept med bifogat material.⁶

Båda här relaterade förlopp – försöket att få igenom egna villkor, sedan man mottagit annans samt erhållande av annans villkor, sedan man översänt egna – ger repor i kontrahenternas tillitspansar. Att avgöra om den ena repen är djupare än den andra förefaller, till sist, vara en omöjlighet. Viktigt är dock att hålla fast vid, att rättstillämpningen bör anlägga en realistisk syn på det ekonomiskt och praktiskt försvarbara i att parterna *inte* kan sätta sig in i motpartsvillkoren. Då är det blott en öppen och klar reklamation som bryter igenom det tillitsskydd båda parter har visst fog att förskansa sig bakom.

Från en annan och minst lika realistisk utgångspunkt blir tillitsresonemangen också föga givande i sökandet efter lösningsmodell. Eftersom parterna förmodligen ofta saknar en klar uppfattning om villkorens och de enskilda klausulernas juridiska verkan, har de inget beaktansvärt fog för en viss bestämd tillit. Än tydligare framstår det, om vi ser till

⁶ Det fallet kan också inträffa, att parterna efter muntliga överläggningar *samtidigt* skickar standardavtal till varandra. Då saknas det kronologiska företräde, som här diskuterats.

resultatet av själva klausulkollisionen. Där svävar ju även den förfarne juristen på målet, då han tillfrågar om rättsföljden.

Sett från parternas *vilja* och *tillit* i samband med avtalsslut kan alltså endast en *fri tolkning och utfyllnad* av de divergerande klausulerna försvaras som lösningsmodell för "the battle of the forms".⁷ Det kan emellertid finnas partsönskemål i samband med *konfliktlösningen*, som talar i en annan riktning och kräver en mera mekanisk metod än den fria tolkningens kasuistiska och omständliga. Till den brytningen mellan skilda, i sig partsrelaterade, intressen återkommer jag. Först skall undersökas vilka redskap och tolkningsdata, som bör användas i den, på de hittills redovisade grunderna, förordade modellen med fri tolkning.

6.3.3 Fri tolkning och utfyllnad som lösningsmodell

6.3.3.1 Allmänt om tolkningsdata

Det har tidigare sagts, att den fria tolkningen av motstående klausuler skall söka komma parternas önskemål så nära som möjligt. Det är lättare sagt än gjort, om kontrahenterna gått så långt som till konfliktlösning inför domstol eller skiljemän. Då spetsar parterna till sina argument och överdriver säkert uppgifter om manifesterad vilja och befogad tillit. I hoppfulla fall kan bevismaterial som korrespondens eller vittnesutsagor ge ledning. Avtalspreliminärer, bekräftelsehandlingar och olika former av sedvänja kan spela in.

Tag som exempel den ofta tidigare använda friskrivningen från indirekt skada. Det är möjligt att en domstol med de nämnda medlen kan fastslå, att det förekommit någon form av partsöverensstämmelse även i denna fråga. Men vägen till sådan visshet är lång, omständlig och processekonomiskt föga tilltalande. Om den uppfordrar parterna att själva lösa sina mellanhavanden är ju allt gott och väl. Men det kan finnas en obalans mellan dem. Ett stort bolag, som förfogar över goda juristkapaciteter, drar sig kanske inte alltid för att sätta igång en process. Något skall ju bolagsjuristerna göra, när de enligt tidigare redovisade vittnesbörd inte får vara med i företagets kärnverksamhet. Men för ett litet bolag kan en process te sig skrämmande. Utgången är oviss; kost-

⁷ Jag har redan tidigare avisat möjligheten att låta dissensen ge upphov till ett avtalslöst tillstånd samtidigt som parterna åläggs förpliktelser på kvasikontraktuell grund. De redskapen är för outvecklade och svåröverskådliga för att i svensk miljö bli praktiskt lämpliga.

naderna kan bli skyhöga. – För att klargöra min inställning är dock säkrast att här göra ett påpekande. Önskar parterna driva en process med utgångspunkt i bevismaterial om en faktisk överensstämmande partsvilja, skall de självfallet ha frihet att göra det. Räcker bevisningen, skall avgörandet grundas på den styrkta konsensen.

En möjlighet att dämpa de antydda farhågorna om en oformlig process är att direkt hänvisa till *dispositiv rätt*. Låt köplagen gälla. Eller låt kanske ett *dominerande standardavtal* på marknaden vara utfyllande, exempelvis AB 72 för alla entreprenader.⁸ Gemensamt för båda dessa former av lösning är, att parterna endast sällan själva har önskat en sådan reglering av sitt mellanhavande. Att fylla ut med dispositiv rätt är enligt min uppfattning försvarbart bara om parterna inte åberopar bevisning om ett visst avtalsinnehåll, eller om det saknas andra vägar att närma sig problemet på. Jag övergår därför snabbt till de rättsekonomiska analysernas värde i tolkningsförfarandet.

6.3.3.2 Rättsekonomisk allmän analys

Om man som jag vill slå ett slag för åtminstone ett försiktigt bruk av ekonomiska analyser som tolkningsdata i förmögenhetsrätten, hade det varit argumentatoriskt effektivast att börja med den mest komplicerade av de i *avsnitt 2.2.2* ovan presenterade metoderna. Sedan den avisats och den där näst krångligaste modifierats, hade läsaren kanske i pur förtjusning accepterat det tredje, mera robust påtagliga angreppssättet. Jag gör mig emellertid inga illusioner om att de sedvanliga, ideologiskt grundade men vetenskapligt i stort sett oprövade, ändamålsskäl förloprat sitt grepp,⁹ att de strax skulle kastas överbord till förmån för de nyss på sociologisk grund dragna slutsatserna om otydliga partsavsikter och till förmån för de här kommande ekonomiska tänkesätten. Jag börjar alltså med de allmänna ekonomiska överväganden, som jag tror lättast kan vinna anslutning.

⁸ HD har i *NJA 1985 s 397 II*, 413, fastslagit, att vid småhusentreprenad AB 72 inte är jämfällbara med handelsbruk. Å andra sidan föreligger HovR-avgörandet *ND 1980 s 1*, där vissa speditionsvillkor gavs sådan ställning; se Grönfors s 41 f. – I sammanhanget kan nämnas att HD i ett generellt resonemang om balansen i ett avtalsförhållande lagt viss vikt vid frågan om standardvillkor räknades till typen "agreed documents" eller ej; *NJA 1979 s 483*, 513 f.

⁹ Se om dessa vaga och jämnt vägande argument, *avsn 6.2* ovan. – Jfr *Eckhoffs* påpekande, att rättsvetenskapsmän tyvärr inte sällan uttrycker förutfattade meningar om verkligheten, Rationalitet och empiri s 31, 33.

Denna vad vi kunde kalla *grundläggande rättsekonomiska teori* framstår som ganska okomplicerad. Dess syfte är att lägga ansvaret på den part som ekonomiskt sett är närmast att bära det.¹⁰ Svaret på frågan vilken det är, fås om man vet hur parterna hade gjort, ifall de kunnat sluta vad som kallas det *fullständiga avtalet* eller *metakontraktet*, dvs om de utan avseende på kostnader kunnat genomförhandla sitt mellanhavande med sikte på bästa möjliga resursallokering.¹¹

Fullkomlig lojalitet måste råda mellan parterna vid sökandet efter den rimligaste riskfördelningen. I den delen, påpekar *Schäfer och Ott*, finns det ingen skillnad mellan juridiskt skälighetstänkande och ekonomiskt synsätt.¹² Är det, något förenklat uttryckt, samhällsekonomiskt billigare, att säljaren står ansvaret för uppkommande skada, måste exempelvis en omtvistad friskrivningsklausul falla. Är det däremot förenat med mindre uppoffring för köparen, när han jämför priset med risken för skada, står sig friskrivningen. Köparens *ansvarskostnader* är lägre än den prishöjning, som skulle bli följden av ett utvidgat säljaransvar.¹³

Till detta "självriskresonemang" kan i åtskilliga fall läggas försäkringsaspekter. Har säljaren lättast att försäkra sig, faller friskrivningsklausulen. Den står sig däremot, om köparen kan erhålla det billigaste och bästa försäkringsskyddet.¹⁴ – Ett visst stöd för att resonemanget inte är främmande för svensk rättstillämpning ger HD:s öppna diskussion om friskrivningsklausul i *NJA 1979 s 483, 514*.¹⁵

Det är uppenbart att den nu relaterade metoden i första hand tar sikte på klausuler om fel i godset. Den får också en påtaglig konkretion, om

¹⁰ De fascinerande mål *Wilhelmsson* uppställer mot bakgrund av välfärdsstatens ideologi och den behovsorientering, som ligger i tryggheten av resurssvaga samhällsgruppers intressen, blir däremot knappast avgörande när det som i denna studie rör sig om rent kommersiella förhållanden; Social civilrätt s 32 ff, 46 ff, 65 ff.

¹¹ Om detta befrämjande av s k pareto-sanktionerade åtgärder, se bl a Werin s 233 ff; Skogh s 26 ff; Schäfer & Ott s 276 ff; Kötz, SvJT 1987 s 476 ff.

¹² Schäfer & Ott nyss a st med påpekande dock, att för ekonomernas strävan efter det fullständiga avtalet även ringa förändringar i bl a marknadsförutsättningarna tillåts inverka. Juridiken däremot kräver att någon form av offergräns överskridits för att de ändrade villkoren skall beaktas, ibid s 282 ff.

¹³ Se bl a Werin s 204 ff, 209 ff. – Jfr Kötz' upplysande sifferexempel, SvJT 1987 s 476 f: Kostnaden för en vara utan följdskadegaranti är 1 000. Säljaren måste ta ut 100 för att ikläda sig garantin, medan det bara skulle kosta köparen 80 att själv stå skaderisken. I det läget är friskrivningen rimlig; den medför den bästa resursallokeringen.

¹⁴ Jfr Werin s 223 ff med påpekande även om att indexklausuler fyller likartad funktion.

¹⁵ Målet rör ingen renodlad "battle of forms"-situation utan frågan om skäligheten i sig av klausulen; den upprätthölls.

utslaget är beroende av en så lätt konstaterbar faktor som försäkrings-skyddets omfattning och kostnad. Kommer man vid sidan av dessa fält, fruktar jag att bedömningarna blir svårare och att man i en processituation hamnar i ett läge, där det inte alltid är lätt att prestera lämplig bevisning. I nyssnämnda *NJA 1979 s 483* anfördes att ett och samma standardavtal användes av företag både som köpare och säljare. Slut-satsen blev, att den omtvistade friskrivningsklausulen var resultat av en medveten och ekonomiskt rimlig riskfördelning, där även försäkrings-aspekten antydde (ref s 514).

Som jag ser det, måste det vidare vara möjligt att anlägga ett ekono-miskt synsätt på exempelvis dröjsmålsansvar och prisvariationsklausuler. Vem gör minst uppoffring, när det är fråga om rättidig leverans? Sälja-ren kanske måste nyanställa, kompletteringsköpa på en hausseartad bristmarknad eller åsidosätta andra kunder, som lider större skada. Köparen däremot blir kanske inte alltid särskilt hårt drabbad, bara för att godset kommer en vecka för sent, medan han i andra sammanhang kan åläggas höga skadestånd då en för hans egna kunders produktions-kedja nödvändig komponent fördröjs.¹⁶ Beträffande prisvariations-klausuler kan motsvarande ekonomiska resonemang föras.¹⁷ Inflations-takten, råvaruprisfluktuationer och kreditvillkor kan tas som exempel på betydelsefulla faktorer i den ekonomiska resursvärderingen.

Det är nu hög tid att anknyta till avtalstolkningsfrågan. Vad har den rättseconomiska metoden för företräden framför den tolkning som på grundval av allehanda data söker fastställa en kanske aldrig klart uttalad partsvilja? Den stora fördelen ligger i att domstolen inte behöver bekymra sig om den subjektiva sidan. Vad parterna i realiteten tänkt och trott spelar ingen roll. I stort sett *objektivt* mätbara fakta skall i stället ligga till grund för bestämningen av hur deras kontrovers skall lösas. I den mån dessa fakta är något så när lätta att vaska fram, ligger denna grundläggande rättseconomiska metods företräden i öppen dag.

6.3.3.3 Tillitsansvar

I avsnitt 2.2.2.1 ovan diskuterades den analysmetod, som presenteras av *Schäfer och Ott* under beteckningen *tillitsansvar*. Jag sökte därvid appli-

¹⁶ När det som i dagens sammansättningsindustri anses särskilt vinstbringande att hålla så litet lager som möjligt, förefaller det senaste alternativet mest realistiskt.

¹⁷ Jfr Werin s 223 ff.

cera metoden på ett fall av ansvarsfriskrivning från följdskada. Det tycktes gå utmärkt, eftersom jag där inte berörde metodens svårigheter vid konfrontation med rättstillämpningens krav på relativt påtagliga bevisfakta.

I förra avsnittet konstaterades, att det stundom kan vara svårt att finna lämplig bevisning för vissa fakta, särskilt riskkostnaderna, om man saknar ett så konkret underlag som försäkringsmöjligheter. När det gäller tillitsansvarsmetoden blir komplikationerna än värre. Där rör det sig nämligen om inte mindre än *fyra* rättsfakta som skall bevisas: asymmetrisk informationskostnad, informationsproduktivitet, tillitsbelöning och chanstagningsfara. Det är också – som närmare presenterades i *avsnitt 2.2.2.1* – en blandning av objektiva och subjektiva förhållanden som måste undersökas. Tillitsansvarsmetoden ger säkerligen ett mera förfinat resultat i fråga om den gynnsammaste resursallokeringen än den nyss behandlade grundläggande metoden. Den har också den styrkan för en bedömning av den konkreta tvisten, att den mera reellt i visa delar anknyter till de agerande parterna och den tillit, som motpartens handlingssätt framkallar.

Som konkret rättstillämpningsmetod måste dock avvägningen av tillitsansvaret, enligt min uppfattning, anses som alltför komplicerad. Men de *fyra* rättsfakta den bygger på utgör ett värdefullt komplement till den grundläggande ekonomiska metoden. I den mån denna enklare modell inte ger något resultat, kanske man kan våga sig på en utslätad kompromiss. Man skulle kunna använda de *fyra* nyssnämnda faktorerna mera fritt än Schäfer och Ott gör, för att pröva om någon eller några av dem pekar i en bestämd riktning. I den mån det t ex kan sägas att säljaren är en "chanstagare", talar det för att han skall bära ansvaret för att motparten trott sig handla på de egna villkoren, vilka ålägger säljaren ett utvidgat ansvar.

I en rättslig process uppkommer dessutom frågan om åberops- och bevisbördornas placering. Vid dessa har jag inte ens snuddat. Om ekonomer inte utan skäl betraktar här förda resonemang som vådligt amatörmässiga, vågar jag returnera med att ekonomerna, såvitt jag sett, inte bekymrat sig om de processuella förutsättningarna för metodernas tillämpning. Detta omdöme gör sig med än större styrka gällande vid värderingen av den tredje rättsekonomiska teorin.

6.3.3.4 Kostnadsanalys

I avsnitt 2.2.2.2 ovan uppehöll jag mig ganska utförligt vid *Adams'* teorier om de mekanismer som styr säljarens val av villkor. Han ger, kort uttryckt, en nyanserad bild av att fri konkurrens inte automatiskt leder till bättre villkor för köparen. Därtill krävs att säljarens genom "generositet" minskade vinstmarginal kompenseras av en ökad omsättning. Och denna ökade marknadsandel på bekostnad av konkurrenten med de sämre villkoren vinns först, sedan köparen påtagligt konfronterats med villkoret. Jag valde där, som vanligt, exemplet att köparen led följdskada på grund av fel. Visade det sig då att säljaren friskrivit sig, väljer köparen vid *nästa* förvärv av samma produkt en annan säljare, som inte friskriver sig.

Adams är själv inte främmande för att även irrationella förklaringar kan ges till köparens val av säljare och att därigenom konkurrenssituationen och den för de goda villkorens bevarande nödvändiga omsättningshöjningen styrs av andra faktorer. Jag vill emellertid gå längre för att påpeka de svårforcerade problem rättstillämpningen skulle ställas inför, om analyser av detta slag skulle läggas till grund för att kora segraren i "the battle of the forms".

Låt oss utgå från att den partsbestämmelse skall ges företräde, som – utan att kräva ekonomiskt oförsvarligt höga kostnader för säljaren – ger köparen det bästa skyddet. En grundläggande uppdelning måste först göras mellan *olika produkter* å ena sidan samt *skilda branscher* å den andra.

På produktsidan inskränker sig Adams' resonemang till varor, vars egenskaper blir synbara först efter en tids användning.¹⁸ Köparen kan alltså inte i förväg göra en heltäckande bedömning av hur omfattande felansvar han bör kräva av säljaren, ens om han kunde bortse från sina transaktionskostnader och fullständigt analysera säljarens standardvillkor.

Betraktar vi i stället en annan typ av produkt, där kvaliteten är förutsebar, t ex genom en korrekt produktspecifikation, ställer sig situationen annorlunda. Antag att kontraktet rör elektriska komponenter, som skall tåla en viss strömstyrka. Redan en hastig genomläsning av standardvillkoren måste göra köparen ovillig att ingå avtal, om där finns

¹⁸ Den koncentrationen kan i sig inte kritiseras, när det gäller en framställning av begränsat omfång.

– för att ta ett drastiskt fall – friskrivning från ansvar för strömtålighet. Om köparen i sina villkor fordrar långtgående garantier, kanske även för följdskada, vem skall då gynnas vid tvist? Skall det utföras en ekonomisk analys, eller skall det krävas ett visst mått av uppmärksamhet från medkontrahtenten? Är det med andra ord rimligt, att han med hänvisning till transaktionskostnaderna alltid skall slippa att ens ögna igenom villkoren? Häremot ställs ett annat ekonomiskt argument av likartat slag. Även säljaren har transaktionskostnader, om det plötsligt skulle krävas individuella förhandlingar i syfte att få honom till ett vidare garantiåtagande. Produktpriset skulle höjas både av dessa kostnader och av det utvidgade ansvaret. Och då kanske köparen lika gärna tar den ogaranterade elekt-riska komponenten i ett första mindre provparti och testar den själv. Den kanske duger utmärkt.

Exemplet kan varieras. Antag att elektronikköparen har att välja mellan två säljare, varav den ena till samma pris erbjuder en produkt, som tål högre strömstyrka än vad köparen har behov av. Vi bortser från eventuella garantiåtaganden. I vissa fall väljer då köparen den strömtåligare produkten – mer eller mindre bortseende från tankar på garanti – därför att han vill vara beredd på en hastig produktionsomläggning. Det kan plötsligt finnas god avsättning för maskiner, som kräver högre strömstyrka. Här har vi således ett inköpsval, som inte alls styrs av tankar på kvaliteten hos produkten utan på vissa konkreta prestanda. Exemplet visar svårigheten att, som Adams gör, resonera med utgångspunkt från att marknaden endast erbjuder ett antal identiskt lika produkter.

Jag skall mera kortfattat beröra *branschaspekten*. Adams teori går ut på att säljaren får anledning att överväga en förbättring av sina villkor endast om han kan "riskera" att behöva sälja *flera gånger* till samma köpare. Vid engångsförsäljningar leder konkurrensförhållandena, enligt Adams, endast till alltmer snäva och för köparen oförmånliga villkor. Men hur skall man skaffa sig någorlunda korrekta uppfattningar i denna fråga, om den skall läggas till grund för ett rättsligt förfarande? I vissa fall blir det oproblematiskt. Råvaruleverantörer och tillverkare av komponenter för sammansättningsindustrin kan alltid sägas ha anledning att ånyo möta samma köpare. Så gäller också för säljare av förbrukningsartiklar som smörjoljor, syror för skinnberedning, papper och färg för tryckeriverksamhet. Mera svårbedömbara är exempelvis maskinköp. En mekanisk verkstad har knappast behov av en kontinuerlig ström av profilsvarvar. Men en expansion kan fortare än beräknat ge anledning till

nyinköp av samma slag, trots att produkten till sin typ är mera engångs-artad.

Om tvistlösningen i ett fall rörande säljaransvarets omfattning skall ställa sig följsam till de ekonomiska realiteterna, hur skall då dessa mätas? Skall det föras bevisning om att säljaren och köparen aldrig hade för avsikt att framdeles träffa avtal med varandra? Och även om så kan ådagaläggas, är det rimligt att i det fallet vara generösare mot friskrivningar, därför att ekonomiska teorier säger att utvidgade ansvarsåtaganden gör säljaren konkurrensoduglig? Är det oskäligt att straffa *en* friskrivnen säljare, när samtidigt på ekonomiskt försvarbar grund alla hans konkurrenter friskriver sig, och det med hänsyn till produktens generellt sett goda kvalitet nästan aldrig inträffar några följdskador?

Vid sidan av denna uppdelning i produkt- och branschfrågor, måste en rättsekonomisk analys i anslutning till Adams' teori enligt min mening också göra skillnad mellan de olika typer av regleringar, som förekommer i parternas villkorsarsenal. Ett standardavtal innehåller förvisso inte bara, som hittills berörts, ansvar för fel i godset. Där regleras allt från prisjustering till skiljedomsförfarande. Vilka ekonomiska kostnadsanalyser lämpar sig bäst för envar av dessa, när man som Adams utgår från att marknaden endast under vissa förutsättningar är självsanerande?

För att återvända till resonemanget om vinst- och konkurrensförutsättningarna vill jag kort påpeka, att köparens val av säljare förmodligen styrs av andra preferenser, ifall köparen i första hand är intresserad av att skydda sig mot följdskador för *dröjsmål* och inte känner samma behov av garantier mot fel. Även om det säkert förhåller sig så, att en köpare i många fall inte har möjlighet att bedöma produktens kvalitet fullt ut och därmed måste ta en chans att allt skall gå väl, blir väl detta osäkerhetsmoment än tydligare i fråga om rättidig leverans. Är dröjsmål särskilt allvarliga för köparen på grund av följdverkningar i den egna produktionen och ansvar mot egna kunder, dirigeras hans handlingssätt förmodligen av andra bevekelsegrunder än då kvaliteten är det primära. Väljer han ett stort företag kan han ändå inte vara säker på att dess ledning vid driftsstörningar kommer att prioritera just honom. Väljer han en småskalig säljare, kan han riskera att kortvarig sjukdom hos en nyckelperson medför oacceptabel tidsutdräkt.

Vilka rättsekonomiska aspekter man skall lägga på dröjsmålsfrågor har jag svårt att bedöma. Jag vill med exemplet bara påvisa ytterligare ett problem, när det gäller att konkret införa material av detta slag i en juri-

disk tvistlösning. Än mer komplicerad blir bilden, om köparen träffat sitt val av säljare på grund av att denne dittills alltid levererat i tid, samtidigt som tvisten rör felansvarets utsträckning, en fråga som köparen tidigare inte haft minsta anledning att fundera på trots upprepade transaktioner dem emellan.

Det är möjligt att jag varit överdrivet pessimistisk i min syn på den sist behandlade ekonomiska teorins möjlighet att vägleda vid tolkningen av kolliderande standardvillkor. Perspektivet blir så mångfasetterat att man gärna ropar efter den förenklade, grundläggande ekonomiska modellen, om nu rättsekonomin över huvud taget skall spela in. Men söker man förenklingar, medför det otvivelaktigt ett fjärmande från den mätbara ekonomiska verkligheten. Och det var just näringslivets realiteter vi ville fånga som mest värdefullt och försvarbart tolkningsdatum.

6.3.4 Sammanfattning

I det föregående har jag sökt värdera sociologiska och rättsekonomiska erfarenheter i standardavtalsrättsliga sammanhang. Vägledande har varit, att en anpassning till näringslivets realiteter måste utgå från att standardvillkor endast otydligt säger något om parts verkliga önskemål beträffande avtalsbindningen till medkontrahenten. Jag har alltså funnit det olämpligt att överdriva klausulers betydelse som uttryck för parts vilja. En viljeteoretisk grundsyn är alltså förfelad, om det inte går att få information om partsviljan på annat sätt, exempelvis genom innehållet i preliminära förhandlingar eller annan skriftväxling. Diskussionen får naturligtvis inte skymma den allmänt accepterade uppfattningen, att avtalet skall ha det innehåll, som kan utläsas ur en *faktiskt* överensstämmande partsvilja.

På den nu angivna grunden har jag ansett det möjligt att avvisa de s k "shot"-lösningarna och i viss utländsk rätt därmed sammanhängande uppvärdering av skyddsklausuler. Dessa lösningar, där ena partens standardvillkor överflyglar den andras, bygger nämligen på följande föreställningar. Antingen har part, som först sänder sitt avtalsformulär, på förhand värt sig mot medkontrahentens villkor genom en viljeförklaring att han endast rättshandlar utifrån de egna bestämmelserna; "first shot" vinner. Eller har part, som inte tydligt reklamerar, konkludent accepterat motsidans sist översända standardavtal genom att ta emot dennes pres-

tation; "last shot" vinner. Ingen av dessa tankegångar stämmer med den verklighet, som sociologiska undersökningar beskriver.

Under förutsättning att verklighetsanpassningen är önskvärd och att ett klausulupplösande synsätt är allmänt accepterat, återstår den lösningsmodell för "the battle of the forms", som jag rubricerat fri tolkning och utfyllnad. Domare och skiljemän avgör alltså hur parterna rätteligen skall utföra sina prestationer, eftersom ingen av de motstridiga standardklausulerna *a priori* kan ges företräde. Att i det läget falla tillbaka på dispositiv rätt har inte ansetts lämpligt. I stället har jag prövat tre skilda rättsekonomiska metoder, som skulle kunna utpeka den lämpligaste regeln för parternas mellanhavande.¹⁹ Oftast har jag som åskådningsexempel valt säljarens ansvar för indirekt skada.

Som icke fackman har jag i stort avstått från att värdera de rent ekonomiska teorierna. Den först upptagna, som jag kallat den allmänna eller grundläggande,²⁰ förefaller allmänt accepterad, medan de två övriga är mera profilerade och därigenom öppna för kritik och synpunkter.²¹ Med den grundläggande teorin till hands är det ingen omöjlighet att prestera bevisning om vilken klausul som bäst tillfredsställer kravet på optimal resursallokering och som rättvist fördelar ansvarskostnaderna i ett ömsesidigt kontrakt. Den som har lättast att bära den aktuella kostnaden skall också göra det. Vi måste här hålla i minnet att teorin och därmed också den rättsliga tvistens resultat måste avgöras på *objektiva* grunder. Konflikten skall betraktas med marknadens villkor i stort som utgångspunkt.

Ett sådant synsätt kan emellertid leda till orättvisa utgångar i enskilda fall. Bör det därför finnas en lindrande säkerhetsutgång för tappande part, om utgången efter en rättsekonomisk klausulbestämning skulle ge ett extremt missgynnande resultat? Den rättsekonomiska metoden skulle knappast förorda det. Hela teorin bygger ju på att lösningen skall sökas så, att resultatet på sikt blir det för båda parter bästa. Rättstillämpningens

¹⁹ Jfr *Eckhoffs* positiva inställning till juristers försök att ge sig i kast med och dra nytta av sociologiska och ekonomiska erfarenheter, *Rationalitet och empiri* s 35 f. Likartad inställning hos *Kötz*, SvJT 1987 s 473.

²⁰ *Avsn 6.3.3.2* ovan.

²¹ Schäfers och Otts teori i *avsn 6.3.3.3* och Adams' i *avsn 6.3.3.4*; beträffande den sistnämnda har jag dock riktat vissa anmärkningar mot ensidighet i betraktelsesättet.

allmänna billighetsgrundsats kan nog ändå sägas påfordra vissa möjligheter att ta hänsyn till enskildheter.²²

De mera specifika rättsekonomiska teorier, som härutöver prövats i det föregående, har synts mig alltför komplicerade att fullt ut göra sitt intåg i domstolar och skiljenämnder. Med några exempel har jag visat, att bevisfrågorna blir mycket svårbehandlade. Åtminstone hos oss är erfarenheten inte upplyftande, redan då vi betraktar något så relativt påtagligt som frågan, huruvida handelsbruk råder eller ej.²³ Hur skulle då inte en normal svensk domare se ut, om ekonomiska teorier rörande "informationsproduktivitet" och jämförelser mellan garantivillkor och omsättningsökning lades på bordet. Än en gång är det skäl att påpeka de stränga materiella beviskrav, som präglar svensk civilprocess och som i detta sammanhang inte kan sägas underlätta tillämpningen i domstolar av rättsekonomiska betraktelsesätt.

Däremot är inslag i dessa senare teorier säkerligen av värde för en förfining av det förhållandevis grova, grundläggande rättsekonomiska synsättet. Den fria bevisprövningen råder här som eljest. Särskilt i behandlingen av Schäfers och Otts modell har jag pekat på vissa omständigheter, som förefaller väl lämpade vid en rättslig prövning, bl a "bestrafningen" av sådana säljare som söker förbättra sin ställning genom chanstagningar. Härvidlag kommer vi dock nära den allmänna kontrollmöjligheten av oskäligen avtalsvillkor, som självfallet skall gå före de i denna studie upptagna lösningsmetoderna.

Ett spörsmål, som jag inte hittills tagit uttrycklig ställning till, är om domstolen skall vara bunden att *välja* mellan de båda parternas klausuler och avgöra tvisten enligt den som ligger närmast det resultat, som en ekonomisk prövning visar lämpligast. Jag anser en sådan bundenhet olämplig. Om part påfordrar annan utfyllnad än den som förekommer i någonderas standarduppsättning, bör det stå fritt att bifalla yrkandet. Domstolen skall också, enligt min uppfattning, ha rätt att inta en förmedlande ståndpunkt, så länge den ryms inom vad parterna yrkar och åberopar. Det finns goda skäl för en sådan linje. Som tidigare understrukt, är parts standardklausuler inte alltid särskilt väl övertänkta. Inte

²² Jag vill emellertid i detta sammanhang inte gå lika långt som *Wilhelmsson*, när han för in även småföretagare bland de resurssvaga grupper, vars intresse är förtjänt av ett principiellt grundat starkt skydd; *Social civilrätt* s 147 ff, 154 ff.

²³ Jfr Karlstens synpunkter på det svårbevisade i att styrka handelsbruk, *Kutym och rättsregel* s 52 ff; se ovan *avsn 5.4.2*.

heller är det säkert, att ena parten över huvud taget har reglerat frågan i sina villkor. I det fallet kan visserligen övervägas, om han då menat att dispositiv rätt skall gälla. Men en sådan utgångspunkt är inte alls given.

Slutligen finns anledning att fråga, om det nu diskuterade lösningsförslaget är lämpligt även i ett fall av *öppen dissens*. Alternativet där är att tillämpa *dispositiv rätt* utan att behöva göra de partsanknutna och rättsekonomiska hänsynstaganden, som här förespråkats. Med öppen dissens kan i detta sammanhang jämföras, att *ingendera* partens standardavtal innehåller reglering av den omtvistade frågan. Det förefaller mig rimligast, att i detta läge välja dispositiv rätt. Om inte lagstiftning och rättspraxis skall förklaras helt sakna betydelse i kommersiella sammanhang – och så långt vill nog ingen gå – måste just denna situation vara den som blir över för den dispositiva regleringen. Men här som eljest gäller regeln om parternas egen dispositionsfrihet. För tydlighets skull skall bara ånyo understrykas, att jag anser det böra ställas höga krav på reklamation för att konstatera den öppna dissensen. Vägledning kan alltså inte hämtas i hittillsvarande stränga passivitetspraxis. Likaså bör tystnaden i parternas standardvillkor vara tillräckligt talande för att visa, att de faktiskt lämnat den omstridda frågan öppen och exempelvis inte ansett den reglerad av en i sig kanske otydlig klausul.

6.4 Avtalsrättsliga aspekter

Resonemanget i föregående *avsnitt 6.3* kan för många jurister förefalla verklighetsfrämmande i den meningen att metoderna är svårtillämpade eller kanske rent av olämpliga, i synnerhet inom den sedvanliga civilprocessens ramar. Det bygger också på en allmänt positiv inställning från min sida till öppna normer, "standards", till skillnad från ett mekaniskt verkande regelsystem, "rules". Artilleriet kan förefalla alltför överdimensionerat och eldledningen i bristfälligaste laget att verkligen avgöra "the battle of the forms". Det kan också invändas, om vi lämnar slagfältsjargongen, att lösningen med fri tolkning och utfyllnad på rättsekonomisk grund saknar den konkretion, som bör finnas i det rättsliga regelsystemet.

Att söka en lösning av standardavtalskollisionen, som ligger närmare hävdvunna svenska rättstillämpningsmetoder, medför otvivelaktigt, att ett övergripande ändamål måste väljas, samtidigt som systematisk begränsning och vägledning måste iakttas. Med sådana förutsättningar går det heller inte att finna en lämplig och smidig modell utan att lägga någon vikt vid de agerande parternas subjektiva föreställningar.

Den som ivrigt hävdar, att ändamålsinriktning och subjektivitet bör tonas ned vid behandling av här aktuella konflikter, kan lätt hållas för vindböjtel, om han plötsligt förespråkar en lösning med hänsynstagande till de nu nämnda inslagen. På realistiska grunder vågar jag anta den utmaningen. Jag är dock mindre entusiastisk, när jag går att pröva en modell med framhävande av rättsliga "rules". Ett utnyttjande av i det föregående behandlade öppna och objektiva "standards" framstår likväl som mera tilltalad.

6.4.1 Systematiska hänsynstaganden

Som framgått av *kap 5* ovan, lägger varken lagstiftning, praxis eller doktrin i Sverige hinder i vägen för hart när någon lösning av standardavtalskollisionen. Det har visserligen påvisats, att synen på konkludent handlande som accept av motpartsvillkor och på passivitet som avtalskapande moment behandlats restriktivt i rättstillämpningen. Det förhållandet talar i sig mot att välja någon av "shot"-modellerna. Varken det första, andra eller sista standardavtalet skulle ges företräde. Mot detta föga upplysande resultat måste emellertid ställas en allmänt

avvaktande attityd i svensk rätt gentemot öppen normtillämpning. En lösning, där domstolen fritt får utfylla och tolka avtalet, kan därför inte anses ligga mera i linje med invanda rättstillämpningsmetoder. Att härutöver söka skapa en för svensk rätt särpräglad lösning, som hittills inte prövats utomlands, förefaller knappast möjligt. Systematiska överväganden kan därför tyckas lämna ringa bidrag.¹

Ett sedan länge accepterat grunddrag i svensk och nordisk avtalsrätt kan emellertid vara till viss hjälp. Det har träffats ett definitivt val mellan tillits- och viljeteorierna. En mera handfast lösning av "the battle of the forms" skulle alltså hos oss preferera medkontrahentens *befogade tillit* framför parts verkliga vilja. Som konstaterats i *avsn 5.4.1.5* leder denna inställning inte till ett omedelbart resultat, eftersom båda parter kan ställa berättigade krav på att uppkommen tillit respekteras. Den ger emellertid den bestämda fingervisningen, att vad part avsett vara en reklamation eller över huvud taget ett uttryck för egna önskemål, måste uttryckas med stor tydlighet.

Slutsatsen av dessa systematiska överväganden blir alltså mager. Ingen hittills diskuterad lösningsmetod ges försteg. Däremot kan fastslås, att *skyddsklausuler* om handlande endast på egna villkor måste uttryckas med stor, helst individualiserad, tydlighet för att över huvud taget ges verkan. Kan man gå ett steg vidare och påstå, att även tyngande och överraskande klausuler skall uttryckas med samma klarhet? Enligt min mening behövs inte det, för i det läget är vi redan genom möjligheten till öppen klausulkontroll med hjälp av främst 36 § AvtL. Snarast bör man vända på resonemanget och se denna befintliga utväg – kanske inte alltid så djärvt utnyttjad – som ett stöd för åsikten om skyddsklausulers verkan.²

Från systematisk utgångspunkt kan slutligen kort nämnas, att möjligheterna till *klausulupplösning* och *sammanjämkning* av likartade villkor står väl i linje med rättstillämpningen kring 36 § AvtL. Däremot vidhåller jag, att den subjektiva prövning, som med analogier till främst 6 § 2 st AvtL och 82 § KommL legat till grund för hittillsvarande passivitetspraxis, är verklighetsfrämmande i en standardavtalskollision.

¹ Se åter *avsn 5.2* ovan.

² *Lando* synes mera öppen för direkt hänsynstagande till frågan om tyngande och överraskande klausuler utan att dessa behöver vara av jämningsbart slag enligt 36 § AvtL, UFR 1988, B, s 11.

6.4.2 En övergripande målsättning

I *avsnitt 6.2* om ändamålsskäl har jag ansett mig kunna konstatera, att alla där behandlade fem ändamål var väsentliga att uppfylla men att inget hade en över de andra dominerande styrka.³ Flera av dem gav dessutom lösningar, som sins emellan ledde till skilda resultat och modeller. Betraktas i stället standardavtalskollisionen ur en rent processuell synvinkel, går det emellertid att finna en målsättning, som de flesta skulle kunna enas kring. En viss omstöpning av förutsebarhetsargumentet leder till kravet på en *processuellt hanterlig norm*. Man skulle alltså söka en för domstolar och skiljemän lättare användbar lösningsmodell än den fria tolkning och utfyllnad med rättsekonomiska bevisfakta, som diskuterades i föregående *avsnitt 6.3*.

Det kan inte råda någon tvekan om att en handfast "shot"-regel står bäst i linje med ett krav på en handfast och processekonomisk norm. Vilken av dess varianter man väljer kan tyckas vara en smaksak. Men även en fri tolkning och utfyllnad kan, om än i mindre grad, fylla samma ändamål, ifall den omgärdas av vissa dirigerande tolkningsregler. Jag skall pröva båda vägarna i följande *avsnitt 6.4.3* och *6.4.4*.

6.4.3 Olika "shot"-modeller

Alla utomlands prövade lösningsmetoder, som ger försteg för endera partens standardvillkor, bygger på ett slags kronologiskt tänkande. Den som först eller sist översänder sitt formulär vinner, om han inte möts av tydlig reklamation.⁴ Det är även tänkbart att den andra villkorsuppsättningen ges försteg. Det kan tyckas vara slumpartat, vilken av dessa metoder man väljer. De är alla smidiga att tillämpa och uppfyller, allmänt sett, önskemål om förutsebarhet, minskad ovisshet om kontraktsuppfyllelse samt färre rättstvister. Däremot ger de inget större utrymme för den enskilda partsviljans genomslag. Endast "first shot" gynnar

³ För tydlighets skull upprepas de nu i punktform: snabbt och smidigt avtalsslut; partsönskemålets genomslag; förutsebarhet; minskad ovisshet om kontraktsuppfyllelse; färre rättstvister.

⁴ Jag upprepar här åsikten, att en otvetydig reklamation innebär *öppen dissens*. Om den rör avtalet i dess helhet eller en avgörande omständighet, exempelvis total oenighet om varuslag, mängd eller pris, föreligger ett avtalslöst tillstånd. Avser reklamationen en enskild klausul av annat slag, består visserligen avtalsrelationen som sådan men klausulen i fråga slås ut. I båda fallen har jag hänvisat till *dispositiv rätt* som utfyllnadsnorm.

snabbt och smidigt avtalsslut men kanske i väl stor omfattning. Vi skall strax betrakta för- och nackdelar närmare.

En förutsättning för valet av en "shot"-modell är, enligt min mening, att det inte sker med stöd av fördunklande teorier om en fiktiv partsvilja. Regeln bör användas utan föregiven kontakt med den ursprungliga avtalsmekanismen. Den skall tillåtas stå helt på egna ben. Skälet till vägvalet skulle alltså endast vara, att det inte är försvarbart att på tvistlösningen lägga ned den möda, som krävs för att komma den verkliga partsviljan närmare in på livet eller för att utreda de realekonomiska konsekvenserna. Vill man inte öppet erkänna det, blir varje "shot"-modell enligt min mening förfelad. Ty den utgör då en otillfredsställande blandning av verklighet och fiktion.

I utländsk litteratur har framskymtat möjligheten att låta antingen säljarens eller köparens standardvillkor alltid ha företräde. Ett avgörande kriterium för det valet kunde vara konstaterandet, att det råder köparens eller säljarens marknad. Liksom "shot"-modellerna kritiserats för att det kan vara slumpartat i vilken tidsföljd kontrahenterna avsänder standardvillkor, har den nu berörda lösningen ansetts olämplig, eftersom förhållandena på marknaden snabbt kan växla: En oväntad bristsituation omvandlar hastigt en tidigare köparmarknad till säljarförmånlig. Marknadsförhållandena är väl dessutom inte alltid lättbevisbara. Jag kommer inte vidare att ta upp det alternativet.

6.4.3.1 "First shot"

Mycket talar för att låta valet mellan olika "shot"-modeller stanna för att ge det först översända standardformuläret företräde. Översikten av utländsk rätt pekar mot att denna lösning börjar bli "världsledande". Den är tydligt stadgad i det vilande nederländska civillagsförslaget. Den har genom partspraktik och domstolsavgöranden blivit den vanligaste i USA och Västtyskland. I de senare länderna har "first shot" visserligen tillämpats som en följd av bruket av skyddsklausul, men i nederländsk rätt kommer inga sådana förutsättningar att gälla. För egen del har jag ställt mig avvisande till värdet av slentrianmässigt infogade skyddsklausuler. Jag anser därför den nederländska, absoluta, modellen vara att föredra.

Lösningens största styrka anser jag ligga i det rent *kronologiska* betraktelsesättet. Även om parterna inte läser varandras standardavtal, bör de åtminstone kunna hålla reda på om de över huvud taget mottagit

något sådant livstecken från motsidan. Den som först sänder sina villkor har dessutom avgivit en viljeförklaring, låt vara vagt utformad från strängt viljeteoretiska utgångspunkter.⁵ Det är den tidigast agerande som satt bollen i rullning. Vill motparten inte gå in i avtalsförhållandet, har han möjlighet att lämna avböjande svar eller förhålla sig passiv,⁶ utan fara för att ett bindande kontrakt skall anses föreligga. Det sist sagda strider visserligen mot de rättsekonomiska erfarenheterna, men modellen hindrar inte den försiktige att utföra kontroller av de skilda klausulerna och påfordra ändringar.

"First shot"-modellen strider i vart fall inte mot en *tillitsteoretisk* grundsyn, om än utlagd i vidsträckt mening. Enbart det förhållandet att den först agerande får sig tillsänd en annan formuläruppsättning, skulle enligt min uppfattning inte utgöra en sådan tydlig reklamation, som krävs för att rubba hans tilltro till att de egna villkoren reglerar avtalsförhållandet.

En negativ effekt av företrädet för den första handlingen ligger i att regeln kan uppfordra till ett *alltför tidigt* bekräftande av en önskan att framdeles sluta avtal. Den som sänder sina villkor kanske ännu inte kan överblicka situationen tillräckligt väl för att vilja binda sig. Samtidigt är dock handlingen, om den är av normal standardavtalstyp, en tillräckligt innehållsrik viljeförklaring för att utgöra ett bindande anbud. Med hänsyn till den nordiska rättens löftesprincip,⁷ kan avsändaren inte återkalla denna rättshandling om han förivrat sig. Ser vi till mottagarsidan, kan ett i förtid anlänt standardavtal tyckas vara en alltför preliminär åtgärd att vinna tillräckligt beaktande. Oftare än eljest skulle alltså en sådan handling komma att läggas åt sidan utan närmare studium. Mot detta i sig väsentliga argument talar emellertid, att det inte bör anses olämpligt att gynna den part som först och snabbast ser om sitt hus. Skulle det konstateras, att standardformuläret på grund av ofullständighet inte kan läggas till grund för omedelbart avtalsslut, får detta betrak-

⁵ Företräde för de först översända villkoren har således inget samband med det starka betonandet av *anbudet* och dess dirigerande ställning, som är påtagligt inte minst i AvtL och dess motiv; jfr Vahlén, Fskr Karlrgen s 364 ff.

⁶ Passiviteten kan, om partsbruk eller sedvänja inte bestämmer annat, leda till avtalsbindning först efter konkludent accept i form av konsumtion eller nyttjande av den med standardkontraktet avsedda produkten. I det läget ser jag inte kritiskt på realhandlandet som godtagande av motpartsvillkoren, eftersom den efter passivitet konsumerande inte bemödat sig om att över huvud taget ge uttryck för en viljeförklaring.

⁷ Se 1 § 1 st AvtL.

tas som andra inför ett avtalsslut förekommande preliminärer. I nu aktuell lösningsmodell spelar dessa endast marginell betydelse. I det läget bör därför i stället den andra kontrahentens första skrift anses som det första skottet.

En allmän nackdel med alla "shot"-modellerna ligger i att parterna kanske *samtidigt* skickar sina villkor. Går man dithän, att avsändandet skulle vara avgörande, är det väl inte omöjligt men ganska artificiellt att låta den vinna, som på minuten var först. En tidigare inte berörd systematisk svårighet uppstår dock vid en jämförelse med grunderna för 7 och 39 §§ AvtL. Lagen utgår nämligen inte från avsändandetidpunkten utan från det ögonblick, då mottagaren tar del av rättshandlingen, i undantagsfall då den "inverkat bestämmande på hans handlingssätt". Detta kronologiska betraktelsesätt är inte lika lyckat i standardavtals-sammanhang. Dels tycks det mig mera svårbevisat än avsändandet; modellen är till för att skapa en processekonomiskt handfast regel. Dels står det inte i särskilt god överensstämmelse med verkliga förhållanden. Tanken bakom avtalslagen måste väl ändå vara, att mottagaren tar del av själva innehållet, inte bara kastar en blick på handlingen som sådan. Och vi vet, att ett närstudium av standardklausulerna i regel inte äger rum. Jag anser därför, att de nu berörda reglerna, avsedda för mera individuella avtalsslut, inte direkt talar mot att betrakta avsändandetidpunkten som avgörande vid en tillämpning av "first shot"-modellen.

6.4.3.2 "Last shot"

Den klassiska lösningen av en standardavtalskollision, "last shot" vinner, tycks utomlands förlora terräng. Den är visserligen den mest lämpade för den som vill hålla kvar vid den förhärskande avtalsmekanismen i västvärldens avtalslagar. Samtidigt kräver den dock ett inte ringa mått av fiktion, eftersom den bygger på tanken att realhandlandet i form av protestlöst mottagande innebär den accept, som är nödvändig för en ömsesidig avtalsrelation. Genom att svensk rätt ställer ganska stränga krav för att realhandlandet skall betraktas som accept, kan vi knappast anses systematiskt bundna att anta den modellen. Förs inte fiktionen om accept in i bilden, finns å andra sidan inget som hindrar regelns införande.

Rent kronologiskt innebär "last shot"-regeln förmodligen ett något mindre mått av oklarhet om vem av parterna som levererat det avgörande dokumentet. Mindre ofta förekommer nog, att parterna samtidigt

skickar "slutformulär" än att de efter inledande muntliga kontakter på samma gång sänder sina "första" standardvillkor. Å andra sidan kanske det bara avges en villkorsuppsättning från vardera sidan, och då råder inte skillnad mellan "first" och "last shot" i detta hänseende. Om ingen av dessa simultana situationer är särskilt vanlig, behöver dock blotta risken för samtidighet inte stjälpas hela "shot"-tänkandet, vars allmänna svaghet ligger just i den kronologiska slumpen.

Om "first shot"-modellen kunde medföra risker för en alltför snabb bindning, kan "last shot" anses göra det alltför svårt för en ännu obunden part att dra sig ur. Jag menade nyss, att det första mottagandet av en annans standardavtal ger part möjligheter, om så önskas, till ett detaljerat studium och ställningstagande, innan han går vidare. Situationen är inte lika enkel för den som själv sänder sina villkor och efter en tid erhåller medkontrahentens. Den först agerande bör då vara medveten om att den andre avser att sluta avtal och kanske redan börjat vidta åtgärder för att uppfylla eventuella förpliktelser. Även om det strikt avtalsrättsligt finns möjligheter att avstyra en kontraktuell bindning, förefaller det allmänt sett vara mindre tilltalande att part drar sig ur på ett så pass sent stadium. Kommersiella överväganden kan också lägga hinder i vägen. Från denna utgångspunkt kan "last shot"-modellen vara till men.

Det har ofta påpekats, att "last shot"-modellen skulle stimulera till ett ideligt sändande av standardvillkor parterna emellan. Om lösningsmodellen har denna handlingsdirigerande effekt, förefaller varningen befogad. Jag har emellertid inte mött något i det sociologiska materialet, som entydigt talar för att så skulle vara fallet. Om de agerande parterna inte har riktigt klart för sig innebörden av standardavtal och verkan av enskilda klausuler, skulle de väl skicka sina villkor, oavsett vilken tvistlösningsregel som tillämpas. Men det ligger ett allmänt värde i att minimera verkan av slentrianmässigt gjorda försök till viljeförklaringar, som i slutändan visar sig få avgörande betydelse för utgången av tvisten. Ena parten kan tänkas utgå från att han redan har sagt sitt med de tidigare översända villkoren. Den andra kan tro att en upprepning innebär någon sorts förstärkning. Ovissheten och slumpmässigheten i denna del undanröjs, om man låter det sista skottet vissla förbi i stället för att träffa.

6.4.3.3 "Second shot"

För att komma undan de sist gjorda anmärkningarna mot "last shot"-modellen skulle man kunna tillämpa en metod, som bara ger verkan åt

de två först växlade standardavtalen. För att anknyta till terminologin har jag valt beteckningen "second shot". Det finns drag av detta synsätt i Lord Dennings votum i det för engelsk rätt inflytelserika *Butler-målet*.⁸ Jag har emellertid inte sett lösningen självständigt framförd i det utländska materialet, kanske på goda grunder.

Det är svårt att finna en rimlig förklaring till varför just det andra standardformuläret skulle få avgörande betydelse. Slumpfaktorn är här lika stor som vid "last shot". Möjligen kunde man betrakta en "second shot"-metod som en återgång till den klassiska läran om anbud och accept, två entydiga viljeförklaringar. Men det saknas anledning att återuppliva det tänkesättet med något slags konstgjord andning, när det flerfaldiga gånger sagts att den ursprungliga avtalsmekanismen saknar verklighetsförankring i standardavtalssammanhang.

Synsättet innebär också en omotiverad inskränkning i parternas handlingsfrihet att uttrycka en verksam viljeförklaring. Förkastas på den grunden "first shot" som utslagsgivande, måste även "second shot" avvisas. Jag övergår i stället från de starkt dirigerande "shot"-modellerna till att pröva hur en begränsat fri tolkning och utfyllnad skulle kunna gestaltas inom gängse avtalsrättsliga ramar.

6.4.4 Begränsat fri tolkning och utfyllnad

I avsnitt 6.3.3 har jag ingående diskuterat en modell, där den bristande överensstämmelsen mellan standardklausulerna skulle utfyllas med hjälp av rättsekonomiska tolkningsdata. Syftet med en sådan reglering är att få till stånd en lösning med de inblandade parternas bästa för ögonen, mätt med resurs- och kostnadsanalytiska metoder. Den övergripande målsättning som nu diskuteras – en processuellt lätthanterlig norm – uppfylls knappast, när bevisfakta utgörs av sådana, för den gängse tvistlösningen svårgripbara, omständigheter som ekonomisk teori och praktik. Men lätthanterlig blir knappast någon öppen norm, vilka begränsningar i tolknings- och utfyllnadsförfarandet man än skulle vilja anbefalla.

Antag att "the battle of the forms" skulle lösas med hänsynstagande till alla relevanta fakta i parternas mellanhavanden. Den i ett sådant mål förebragta bevisningen kommer då att röra allt ifrån dispositiv rätt, sedvana och internt bransch- eller partsbruk över frågor om oskälighet,

⁸ Se ovan avsn 3.3.1.

dominans och ekonomisk analys ända till avtalspreliminärer och bekräftelser av både muntligt och skriftligt slag. En sådan norm uppfyller visserligen önskemålet om att parternas egen vilja skall ges så stort utrymme som möjligt, men den står i strid med här diskuterade önskemål om handfasthet och lätthanterlighet.

För att tillfredsställa det processekonomiska kravet vore man tvungen att utvälja något rättsfaktum som styrmedel, på samma sätt som gjorts i 36 § AvtL, där främsta hänsyn skall tas till part som intar en "underlägsen ställning i avtalsförhållandet". Det förefaller inte så alldeles enkelt att bestämma det eller de rättsfakta, som borde styra rättstillämpning vid en standardavtalskollision.

Att vara särskilt positiv mot den "svagare" parten är inte helt givet.⁹ Finns det inte i sig utrymme för jämkning eller åsidosättande enligt generalklausulen, saknas enligt min mening anledning att skapa ett slags halv-oskälighet på en nivå, där 36 § inte träffar.¹⁰ En väg vore att lägga sig någonstans mitt emellan partsklausulerna. Den måste emellertid genast avisas för de fall, då en förmedlande lösning saknas. Vad finns det för kompromiss mellan skiljemän och allmän domstol, mellan garanti för följdskada och friskrivning, mellan allmänt skadestånd och vitesbestämd dröjsmålspåföljd? Andra möjliga styrmedel i utfyllnadsprocessen är tänkbara. Man kan lätta på kravet att handelsbruk skall vara allmängiltigt och godta även mindre utbredda sedvänjor. Dispositiv rätt ligger också nära till hands; välj den partsklausul som överensstämmer eller kommer närmast den lagreglerade lösningen.

De flesta nu berörda förhållningssätt är öppna för ganska allvarlig kritik. Den listiga parten lägger sig exempelvis på lagom avstånd från dispositiv rätt. Så länge motpartens villkor är blott något mera avvikande är han säker på seger. Den dispositiva rätten kan dessutom vara föråldrad, oklar eller direkt olämplig i den aktuella branschen eller partskombinationen. Ett lågt ställt krav på att viss sedvänja skall bli utslagsgivande medför omedelbart bevissvårigheter. "Mitemellanvägen" överensstämmer kanske med en allmän billighetssats, men den har något obestämt och velande över sig. Gynnandet av en i sig svagare part kan

⁹ Som påpekats i avsn 6.3.4 har jag för dessa typiskt kommersiella förhållanden inte oförbehållsamt velat ansluta mig till det av *Welamsson* i Social civilrätt lanserade behovsorienterade synsättet.

¹⁰ Jfr dock *Lando*, UfR 1988, B, s 11.

stundom bli helt förfelat, om hans villkor inte överensstämmer med real-ekonomisk rimlighet eller rent av är kollusivt formulerade.

Krävs det trots alla invändningar ett ställningstagande från författarens sida? Allmänt har jag utgått från ett *klausulupplösande* synsätt och därtill hörande möjlighet för domstolen att *sammanjämka* klausuler, som i blott ringa utsträckning skiljer sig från varandra. Är olikheterna för stora för en domfäst kompromiss, stannar jag med viss uppgivenhet för att *dispositiv rätt* i första hand borde väljas som styrmedel vid den tolkning och utfyllnad som skall göras. Oavsett dess ofullkomlighet finns lagen tillgänglig för envar, och de val lagstiftaren en gång träffat är i vart fall inte a priori förkastliga. Valet av tolkningsnorm har dessutom en ovedersäglig fördel i att domstolen förväntas känna lagen och att bevisning inte krävs om dess innehåll. Det processekonomiska syftet är alltså i någon mån uppfyllt. Faran är emellertid att en part, som på goda grunder vill undvika dispositiv reglering, tvingas till större och tydligare insatser inför varje avtalsslut; transaktionskostnaderna ökar. Resultatet är dock ofta förutsebart – av goda jurister – och metoden kan därför tänkas något inskränka kravet att parterna skall gå till domstol eller skiljemän för att finna en lösning. Deras ovisshet om hur kontraktet rätt skall uppfyllas kvarstår dock i de fall gällande dispositiv rätt är oklar, då också möjligheterna att förutse utgången av en tvist minskar.

6.4.5 Sammanfattning

I detta avsnitt har jag prövat två vägar att lösa standardavtalskollisionen utan krav på ekonomiska analyser som främsta norm. Två typer av regler har här trätt i stället för objektivt grundade standarder. Regelvalet är främst dekreterat av det övergripande önskemålet att få till stånd en handfast och lätthanterlig process. Det strängaste tillvägagångssättet är i det läget att helt sonika välja en "shot"-modell. Enligt min mening måste det ske utan direkt hänsynstagande till båda agerande parterns önskemål på att få genomslag för de egna villkoren. Att låta endera sidans standardavtal vinna bör därför inte kunna försvaras med fiktionen att regeln överensstämmer med öppet eller konkludent visad partsvilja. I valet mellan de olika "shot"-modellerna har jag på redovisade grunder stannat för att ge det *först avsända standardavtalet* företräde.

En helt öppen norm med möjlighet för domstolar och skiljemän att ta hänsyn till allt relevant material skulle utan större tvekan ge det mest

tilltalande materiella resultatet. Den vore den främsta av "standards". Ingen skulle väl tveka om att den vägen står öppen även för svensk rättstillämpning, här som eljest utan krav på lagstiftningsåtgärder. Jag har emellertid inte uttryckligt förordat den metoden, eftersom en sådan tvistlösning är processekonomiskt ofördelaktig och inte klart i överensstämmelse med rådande legalistiska värderingar. I stället har jag, om denna linje över huvud taget bör övervägas, förordat en styrregel. Vid tolkning och utfyllnad skall i första hand väljas den lösning som ligger närmast *dispositiv rätt*. Vissa närmare redovisade fördelar finns, och en alltför kasuistisk praxis undviks. Men nackdelarna lyser förvisso inte med sin frånvaro.

Jag har inte uttryckt en bestämd preferens mellan "first shot" och begränsat fri tolkning och utfyllnad. Här vare nog sagt, att ju färre subjektiva rekvisit och omständigheter som behöver beaktas, desto mera realistisk blir rättstillämpningen med avseende på vad parterna *verkligen* tänkt och avsett vid utväxlingen av standardavtal. Ty hela denna studie bygger på uppfattningen, att näringsidkaren i normalfallet ägnar det juridiska innehållet i sitt och motpartens formulär föga uppmärksamhet. Först när det är försent, när tvist uppstått om den rätta kontraktsuppfyllelsen, blottläggs skillnaden mellan partsvillkoren. Som en yttersta resurs tillkallas jurister, sedan parterna inte kunnat komma till en uppgörelse på kommersiella grunder.

Det klagas sällan på att rättsvetenskapen skulle inta alltför verklighetsnära ståndpunkter. Förmodligen finner en och annan, att de i denna studie ständigt gjorda attackerna på subjektiva rekvisit är överdrivet realistiska. Åtminstone några kommersiellt agerande parter vet väl vad de gör, när de stöder sig på standardavtal. Hur förhåller det sig då med verklighetsanknytningen, när det i detta avsnitt pläderats för strikt hållna rättstillämpningsmetoder? Vad skulle få parter att endast åberopa "first shot"-metoden eller att endast hänvisa till de egna klausulernas likhet med dispositiv rätt? Det är förmodligen bara en from förhoppning. De flesta stämningsansökningar och påkallelser om skiljeförfarande innehåller väl ett brett spektrum av omständigheter till stöd för yrkandena. Där sammanförs utsagor om parternas föregivna subjektiva inställning till avtalsslutet med uttalanden om preliminärer och bekräftelser. Kanske till och med någon skulle fånga upp argument ur den tidigare redovisade rättsekonomiska teoribildningen. Tilltalande är säkerligen bland annat

tanken att en "chanstagare" skall på något sätt bestraffas i den slutliga tvistlösningen.

Jag gör mig alltså inga överdrivna föreställningar om att *parterna* självmant skulle rätta sig efter det nu förordade mönstret och sålunda begränsa grunderna för sin talan, antingen till "first shot"-modellen eller till en tolkning, som styrs av närmast möjliga överensstämmelse med dispositiv rätt. Skulle likväl tankegången på en sträng begränsning av utslagsgivande rättsfakta vinna framgång – som ett processekonomiskt fördelaktigt alternativ till en rättsekonomiskt grundad fri tolkning och utfyllnad – fordras dels vägledande praxis, dels en av domare och skiljemän hårt styrd materiell processledning.

6.5 Sammanfattande notis

I detta kapitel har jag med ganska fria resonemång sökt sådana lösningar av "the battle of the forms", som skulle kunna inpassas i svensk rätts-tillämpning. En väsentlig utgångspunkt har varit, att parts klausuler i ett standardavtal inte till alla delar utgör ett otvetydigt uttryck för hans verkliga vilja. På samma sätt är det med hans förhållande till motpartens standardavtal. Han har varken råd eller möjlighet att detaljerat sätta sig in i dess reglering. Subjektiva rekvisit har därför ingen given plats i lösningarna.

Resonemangen i det föregående sönderfaller i tre huvudavdelningar. Först har jag under 6.2 med gängse teleologisk metod betraktat ett antal partsrelaterade ändamål, som bör uppfyllas för att lösa en standard-avtalskollision. Ingen av dessa syften och de för dess uppfyllande lämpliga lösningsmetoderna har enligt mitt synsätt övervägt. Enbart den vägen kan således inget säkert resultat utvinnas.

Därnäst har i *avsnitt 6.3* presenterats och diskuterats en fokusering på ekonomiska analyser av "the battle of the forms". Den lösning, som på sikt ger det för båda parter bästa utfallet, bör väljas. Metoden kan i och för sig sägas vara handlingsdirigerande. Till skillnad från en av många omhuldad, mer eller mindre ideologiskt färgad, teleologi är det rätts-ekonomiska synsättet grundat på objektiva och vetenskapligt säkrare beläggbara fakta. Jag har uttalat min sympati för denna modell men också uttryckt farhågan, att den skulle betraktas som alltför komplicerad.

Slutligen har de kolliderande standardavtalen behandlats med mera sedvanliga angreppssätt, *avsnitt 6.4*. Systematiska överväganden men främst ett icke partsorienterat ändamål, lätthanterliga processföresättningar, har styrt diskussionen. Det är då inte i första hand den för båda parter idealiska lösningen som eftersträvas. Inte heller kommer objektiva moment i förgrunden. Lösningen blir i motsats härtill mer eller mindre dekreterande. Sedan fall av öppen dissens, uppkommen först efter otvetydig reklamation, förts åt sidan som lämpliga att utfyllas med dispositiv rätt, har närmare behandlats två metoder. "Rules" sätts framför "standards". Den ena metoden ger företräde åt ettdera av de växlade standardvillkoren. Den andra medger en något friare tvistlösning, som dock styrs av en bestämd tolkningsinriktning mot dispositiv rätt.

7. Slutord

Det är inte jurister som vare sig förorsakar, söker förhindra eller i normalfallet ens söker lösa "the battle of the forms". Det är företagens inköps- och försäljningstjänstemän.¹ Antag följande scenario.

Ett maskintillverkande företag har sedan en tid börjat lagertillverka pressanordningar för att undvika permitteringar i en redan krisdrabbad trakt av Sverige. Pressarna färdigställs till 80 % för att sedan snabbt kunna specialanpassas till kundens behov. Försäljningschefen har fått kontakt med ett metallföretag, som behöver en ny profilpress. Följande uppmaning utdelas till en tjänsteman på försäljningsavdelningen:

"Vi har fått en utmärkt chans att bli av med en lagerpress. Knyt upp köparen illa kvickt genom att skicka över vårt vanliga orderunderlag. Vi har inte tid att peta i detaljerna. När deras order kommer, kolla åtminstone att leveranstiden inte är för snävt tilltagen. Då protesterar färdigtillverkningen och transportgrabbarna. Du måste se till att de inte ändrat i betalningsvilkoren, för annars får vi ekonomiavdelningen på oss. Du minns vilket liv det blev om det där Tierps-företaget, som hade smugit in två månaders kredit. Dom hade visst också strukit nå't förbehåll och så gick dom i konkurs utan att ha betalt. Jag vet inte så noga, men den där nye juristen hostade väldiga om slarv och 'bristande kännedom om rättsreglerna' och om 'sakrätt', vad f-n det nu är.

Och du, jag tror att dom skulle ha nå'n särskild anordning på pressen. Den kräver nog en typ av kullager, som jag inte tror vi har i lager. Det är kanske bäst att du ringer upp dom om några dagar – se'n dom fått vårt orderunderlag – och hör dej för om det. Förbered inköpsavdelningen på att dom måste skicka en beställningssedel till SKF.

¹ Det är endast medelstora och stora företag hos oss, som över huvud taget har jurister bland sina anställda. Även i stora koncerner är juristavdelningarna mycket små. Så är det också i bankerna, om man bortser från de jurister som är till för att gå bankens kunder till handa.

Priset, ja! Jag räknade som hastigast på det och sa cirka 600 000. Men vi har väl med nå't om högre pris, ifall våra egna kostnader ökar. Dom vet väl inte att vi redan tillverkat för lager. Vi kanske kan ta ut bortåt 700 000, när vi fakturerar. Jag tror inte dom bråkar, och det är ju ingen gammal kund, som vi måste hålla oss väl med. Vi kan ju alltid skylla på avtalsrörelsen och dom extra kullagren. Men å andra sidan, dom kanske expanderar och kan tänkas köpa igen. Ja, ja, den dagen den sorgen. Det löser vi nog. Veckans klipp! We are in business again."

Det här var inget försök till satir, även om det kan tyckas så för en jurist. Exemplet kan varieras i det oändliga. Det kan vara ett avtalsslut mellan gamla handelspartner, ett försök att stödja ett samverkande företag i kris, ett listigt sätt att få medkontrahenten att godta uppenbart ofördelaktiga villkor. Och samma rika variation kan naturligtvis tänkas på köparsidan, när dess inköpsavdelning bekräftar ordern.

Vad jag kort vill säga är det enkla faktum, att här inte är fråga om tankar på avtalsmekanismen i form av anbud och accept. Det finns inte heller en särskilt klar inställning till vad de allmänna villkoren har för betydelse annat än i vissa preciserade sammanhang. Skulle vi ta denna bild av den kommersiella vardagen till utgångspunkt för en lösning av "the battle of the forms", blev det inte mycket utrymme över för juridiken. Jag vill heller inte ta det steget fullt ut. Men den väsentliga meningen har exemplet, att det finns all anledning att inte onödigtvis avlägsna sig från praktikens villkor, när en standardavtalskollision läggs på domarbordet. Varför skall en sådan tvist lösas på grundvalar, som fiktivt påstår full insikt och entydig vilja hos användaren av ett standardformulär?

Stort utrymme har i denna studie ägnats åt redovisning och diskussion av utländska erfarenheter av "the battle of the forms". Det är naturligt, att doktrinen gått längre i krav på nyordningar än praxis och lagstiftning. Med hjälp av rättsekonomiska resonemang har flera forskare sökt den lösning av konflikten, som skulle ligga närmast de kommersiella förhållandenas realiteter. Min egen inställning ger också uttryck för samma synsätt. Rättstillämpningen, åtminstone i allmänna domstolar, synes emellertid inte ännu beredd att dra slutsatser endast från sådana utgångspunkter. Där praxis är mest rikhaltig – i USA och Västtyskland – bygger den alltfjänt på konstruktioner som ligger den klassiska avtals-

mekanismen nära. I båda dessa länder förekommer dessutom vilje-teoretiska resonemang, som från nordisk horisont kan synas långtgående.

Mina egna diskussioner inom ramen för svensk rätt har av realistiska skäl inte stannat vid att enbart förorda de mera samhällsvetenskapligt färgade lösningsmetoderna. Jag vidhåller dock, att bruk av sådana hjälpmedel skulle utgöra ett progressivt och berikande element i den inhemska rättstillämpningen. Jag har även gjort ett försök att passa in standardavtalskollisionen i ett gängse avtalsrättsligt mönster. Det har visat sig ganska svårt, eftersom detta bygger på föreställningen att parts utåt synbara viljeförklaring – i vårt fall standardformuläret – också är uttryck för hans verkliga vilja. Utländska undersökningar ger tydligt vid handen, att parterna har vaga uppfattningar om innehållet i och betydelsen av de egna villkoren. Visserligen har nordisk rätt särskilt understrukit vikten av hänsyn till den befogade tillit, som en viljeförklaring väcker hos medkontrahenten. Men den tankegången ger heller inte så mycket för lösningar inom standardavtalsrätten, eftersom part i regel inte detaljerat undersöker det mottagna formuläret.

Det står naturligtvis rättstillämpningen eller lagstiftaren fritt att välja en lösning av standardavtalskonflikten som med hjälp av ett strikt regelverk tvingar parterna att lämna rådande praxis och i stället noggrant studera både egna och andras villkor. Den som inte förhåller sig så får stå sitt kast, även om i normalfallet detaljstudium av standardformulär är ekonomiskt oförsvarbart. Den sedvanliga strängheten i normtillämpningen – alltså med önskvärd tydlighet synbar inom svensk sakrätt – har emellertid även hos oss börjat vika på obligationsrättens område. Generalklausulen i 36 § AvtL och konsumentskyddsvärderingar utgjorde startskottet för ett femtontal år sedan. Under senare tid har Högsta domstolen på vissa fält blivit allt djärvare i sin rättsbildande verksamhet. Inte minst i fråga om dold äganderätt till fast egendom har visats en nästan förvånande öppenhet för realiteter på lagbundenhetens bekostnad.² På ett annat civilrättsligt område, familjerätten, har lagstiftaren i och med den nya äktenskapsbalken för flera rättsliga situationer sökt reglera tillämpade sedvänjor i stället för att tvinga enskilda till ett beteende de inte önskar. Stadganden om äktenskapslöst samboende är det bästa exemplet.

² Se *NJA* 1984 s 772, 1985 s 97, 1985 s 615 och 1986 s 83.

Även hos oss har från flera håll röster höjts för att ersätta sekelskiftets läror om avtalsbindning och avtalsinnehåll med något nytt, som är mera anpassat till dagens standardiserade massavtalsslut. Jag ställer gärna in mig i den kören. Försök har gjorts i denna studie att presentera ett antal lösningsmodeller, som med olika grader av precision närmar sig näringslivets ekonomiska realiteter. I rådande läge har jag inte spekulerat över vilken metod, som bäst skulle överensstämma med "gällande rätt", om det begreppet inskränks till att avse prognoser om hur en domstol skulle avgöra en standardavtalskollision. Jag menar i stället att alla här diskuterade vägar är framkomliga inom ramen för svensk rätt, som den gestaltar sig i dag. Det troliga är väl, att parterna själva utan en sträng materiell processledning kommer att plocka argument från flera av modellerna. Skall rättspraxis verka för att en viss mer eller mindre tydligt utmejslad lösningsmetod blir gällande, eller skall "the battle of the forms" avgöras fritt på grundval av alla tänkbara rättsfakta? Jag lämnar den frågan öppen. En studie av förevarande slag är i första hand ett hjälpmedel för att bringa viss reda i sättet att resonera kring ett komplicerat avtalsrättsligt fenomen. Ett övergripande mål för parter, domstolar och skiljemän bör dock vara, att inte låta själva juridiken bli rena pärserna för kommersen.

Bibliografi

- Adams, J, The battle of the forms, [1983] JBL s 297–302.
- Adams, M, *Ökonomische Analyse des Gesetzes zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB-Gesetz)*, I: Ansprüche, Eigentums- und Verfügungsrechte, Berlin 1984.
- Adlercreutz, A, *Avtalsrätt I*, 8 uppl, Lund 1984.
- *Avtalsrätt II*, 2 uppl, Lund 1978.
- Rättsverkan av brutna avtalsförhandlingar och andra fall av ofullständiga avtal, SvJT 1987 s 493–514.
- Akerlof, G A, The market for lemons. Qualitative uncertainty and the market mechanism, 84 QJE (1970) s 488–500.
- Alderman, R M, *A transactional guide to the Uniform Commercial Code*, 2 ed, Philadelphia 1983.
- Allan, D E & Hiscock, M E, *Law of contract in Australia*, Sydney 1987.
- Almén, T, *Lagen om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område*, Stockholm 1916.
- Asser's, Mr C, *Handleiding tot beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Deel 4–II. Algemene leer der overeenkomsten volgens het NBW*, 7 druk bewerkt door A S Hartkamp, Zwolle 1985 (cit Asser–Rutten–Hartkamp 4–II).
- Atiyah, P S, *An introduction to the law of contract*, 3 ed, Oxford 1981.
- *Contract and tort. I: Lord Denning, the judge and the law*, ed by J L Jowen & J P W B McAuslan, London 1984, s 29–77.
- Baird, D G & Weisberg, R W, Rules, standards and the battle of the forms: A reassessment of § 2–107, 68 Va L Rev (1982) s 1217–1262.
- Bakels, F B, Art 6.5.2.8 lid 3 NBW nader bezien, WPNR 5695 (1984) s 257–262.
- Baur, F, *Lehrbuch des Sachenrechts*, 14 Aufl, Tübingen 1987.
- Beale, H & Dugdale, T, *Contracts between businessmen: Planning and the use of contractual remedies*, 2 BJLS (1975) s 45–60.
- Behrens, P, *Die ökonomischen Grundlagen des Rechts*, Tübingen 1986.

- Bernitz, U, Standardavtalsrätt, 4 uppl, Stockholm 1987.
- Utvecklingen mot en standardavtalsrätt I. Standardavtalen i rätts-tillämpningen, SvJT 1972 s 401–455.
- Bunte, H-J, not till BGH 3 febr 1982, ZIP 1982, 447.
- Cervin, U, Om passivitet inom civilrätten, Stockholm 1960.
- Cheshire & Fifoot's Law of contract, 10 ed by M P Furmston, London 1981.
- Clausing, P, [Anm av] Gras, De sociale werkelijkheid..., WPNR 5767 (1986) s 11–14.
- Contractenrecht. Losbladige uitgave bevattende rechtspraak en litte-ratuur over het contractenrecht, samengesteld onder redactie van A R Bloembergen en W M Kleijn. Deel VII door E H Hondius, Deventer.
- de Lousanoff, O, Neues zur Wirksamkeit des Eigentumsvorbehaltes bei kollidierenden Allgemeinen Geschäftsbedingungen, NJW 1985 s 2921–2925.
- Deullar, R & Nordström, U, ECE 188 A – NLM 80. Kommentarer till allmänna bestämmelser för leverans och montage, Stockholm 1981.
- Duesenberg, R W & King, L P, Sales and bulk transfers under the Uni-form Commercial Code, Bender's UCC Service, vol 3, lösblads-utgåva, New York 1968–.
- Eckhoff, T, Empiriske metoder i rettsvitenskapen. I: Rationalitet och empiri i rettsvitenskapen, Stockholm 1985, s 30–36.
- Van Erp, J H M, Art 6.5.2.8. "Battle of forms", veldslag der formulieren, WPNR 5794 (1986) s 515–517.
- Gras, F A J, Standaardkontrakten. Een rechtsociologische studie, De-venter 1979.
- De sociale werkelijkheid van het standaardkontrakt, Amsterdam 1984.
- Greig D W & Davis L J R, The law of contract, North Ryde 1987.
- Grub, V, not i EWIR § 2 AGBG 1/85 s 324.
- Grönfors, K, Avtalslagen, Stockholm 1984.
- Göranson, U, Traditionsprincipen. De svenska reglerna om köparens skydd mot säljarens borgenärer i komparativ och historisk belysning, Uppsala 1985.
- Sakrättsmomentets ändamål – HD visar färg i NJA 1987 s 3, SvJT 1987 s 484–491.

- Handbuch der Aussenhandelsverträge I. Der Aussenhandelskaufvertrag, 2. Aufl, Berlin 1979.
- Hellner, J, Om obehörig vinst, Uppsala 1950.
- Speciell avtalsrätt I. Köprätt, Stockholm 1982.
 - Kommersiell avtalsrätt, 2 uppl, Stockholm 1987.
 - Standardavtal vid avtalsslutande, JFT 1979 s 281–300.
 - Contracts and sales. I: An introduction to Swedish law, ed S Strömholm, Stockholm 1981, s 201–230.
 - Avtals- och köprätt under 1900-talet, SvJT 1984 s 755–771.
 - The Vienna Convention and standard form contracts. I: International sale of goods. Dubrovnik lectures, New York 1986, s 335–363.
- Henson, R D, The law of sales, Philadelphia 1985.
- Hillman, R A, McDonell, J B & Nickles, S H, Common law and equity under the Uniform Commercial Code, Boston 1985, jämte suppl 1986.
- Hohloch, G, "Vertrauenshaftung" – Beginn einer Konkretisierung, NJW 1979 s 2369–2374.
- Hondius, E H, Standaardvoorwarden, Deventer 1978.
- Honnold, J O, Uniform law for international sale under the 1980 United Nations Convention, Deventer 1982.
- Howarth, W H, Contract, reliance and business transactions, [1987] JBL s 122–131.
- Huser, K, Avtaletolkning, Bergen, 1983.
- Håstad, T, Passivitet vid avtalsslut, särskilt dess betydelse för frågan om avtal alls kommit till stånd, Uppsala 1985 (stencil).
- Standardvillkor, Uppsala 1987 (stencil).
- International encyclopedia of comparative law, vol VII Contracts in general, ch 3 The impact of large scale business enterprise upon contract. Bidrag av L M Friedman, S Macaulay & M Rehbinder, Tübingen 1974
- Jacobs, E J, The battle of the forms: Standard term contracts in comparative perspective, 34 ICLQ (1985) s 297–316.
- Karlgrén, H, Avtalsrättsliga spörsmål, 2 uppl, Stockholm 1954.
- Kutym och rättsregel, Stockholm 1960.
 - Passivitet. En köprättslig och allmänt avtalsrättslig studie, Stockholm 1965.
 - Obehörig vinst och värdeersättning, Stockholm 1982.

- Kötz, H, Unfair Exemption Clauses. An economic analysis, SvJT 1987 s 473–480.
- Lambertz, G, Vilka borgenärer ska tillgodoräknas värdestegring på företagsintecknad egendom vid försättande av rörelse i konkurs?, TSA 1981 s 221–241.
- Lando, O, Udenrigshandelns kontrakter, 3 udg, København 1981.
- Kampen om formularen, UfR 1988, B, s 1–12.
- Lindell, B, Sakfrågor och rättsfrågor. En studie av gränser, skillnader och förhållanden mellan faktum och rätt, Uppsala 1987.
- Macaulay, S, Non-contractual relations in business. A preliminary study, 28 Am Soc Rev (1963) s 45 ff; sedermera sammanfattad i Sociology of law, ed. V Aubert, London 1969 s 194–209, på svenska i Lag, samhälle, individ, Stockholm 1972, s 179–196.
- MacNeil, I R, The New Social Contract, New Haven 1980.
- Madsen, P B, Aftalefunktioner, København 1983.
- Maskow, D, et al, Kommentar zum...GIW..., Berlin 1978
- Modéer, K Å, "En god domare är bättre än en god lag", SvJT 1987 s 248–268.
- Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch 1, 2 Aufl, München 1984 (cit MünchKomm–Kramer/Kötz).
- Murray, J E, The chaos of the "Battle of the Forms": Solutions, 39 Vand L Rev (1986) s 1307–1385.
- NU 1984:5. Nordiska köplagar.
- Olsson, C, Verkan av avtalsklausuler i standardformulär, 21 NJM 1957, Bilaga VI, Vammala 1959.
- Ontario Law Reform Commission. Report on Sale of Goods, 1979.
- Parlementaire Geschiedenis van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek, ed C J van Zeben, Boek 6, Deventer 1981.
- Posner, R A, Economic Analysis of Law, 2 ed, Boston 1972.
- Proposition, Regeringens, 1986/87:128.
- Ramberg, J, Allmän avtalsrätt I, Stockholm 1986.
- Rodhe, K, Obligationsrätt, Stockholm 1956.
- Allmän privaträtt – avtalsrätt – obligationsrätt [anm av C J Arnholm, Privatrekt], SvJT 1971 s 175–188.
- Rohwer, C D & Coe J J, The 1980 Vienna Convention on the International Sale of Goods and the UCC – A peaceful coexistence. I: Legal aspects on international business transactions, ed D Campbell & C Rohwer, Amsterdam 1984.

- Russel, C R, Behind the appellate curtain. I: Harvey, B W, Lawyer and justice, London 1978, s 251–262.
- Schlechtriem, P, Einheitliches UN-Kaufrecht, Tübingen 1981.
- Die Kollision von Standardbedingungen beim Vertragsschluss. I: Rechtswissenschaft und Gesetzgebung, Festschrift für E Wahl, Heidelberg 1973, s 67–80.
- Schlesinger, R B, et al, Formation of contracts I–II, Dobbs Ferry, New York, 1968.
- Schoordijk, H C F, Battle of forms, WPNR 5489 (1979) s 501–505.
- Schäfer, H B & Ott, C, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, Berlin 1986.
- Scottish Law Commission. Consultation paper (Part 2). Contract law – Exchange of standard term forms in contract formation, Edinburgh 1982 (stencil).
- Skogh, G, Marknadens villkor, Stockholm 1982
- Soergel, Th & Siebert, W, Bürgerliches Gesetzbuch, II, 12 Aufl, Stuttgart 1986 (cit Soergel-Stein).
- SOU 1974:83. Generalklausul i förmögenhetsrätten.
- Spires, J J, Doing business in the United States II, lösbladssystem 1978–.
- Staudingers, J von, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2 Buch, 12 Aufl, Berlin 1984 (cit Staudinger–Schlosser).
- Thatcher, C M, Battle of the forms: Solution by revision of section 2–207, 16 UCC L J (1984) s 237–254.
- Treitel, G H, The law of contract, 6 ed, London 1983.
- Ulmer, P, Brandner, H E & Hansen, H-D, AGB-Gesetz, 5 Aufl, Köln 1987.
- Ussing, H, Dansk Obligationsret. Almindelig Del, 1 udg, København 1937.
- Vahlén, L, Om slutande av avtal. I: Teori och praxis. Studier i svensk civilrätt. Skrifter tillägnade Hj Karlgren, Stockholm 1964, s 356–387.
- Van der Velden, F J A, Uniform international sales law and the battle of the forms. I: Unification and comparative law in theory and practice: Contributions in honour of J G Sauveplanne, Deventer 1984. s 233–249.
- Vergne, F, The "battle of the forms" under the 1980 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, 33 AJCL (1985) s 233–258.
- Werin, L, Ekonomi och rättssystem, 2 uppl, Stockholm 1982.

- Wessels, B & Jongeneel, R H C, *Algemene voorwaarden*, Zwolle 1987.
- White, J J & Summers, R S, *Handbook of the law under the Uniform Commercial Code*, 2 ed, St Paul 1980.
- Wilhelmsson, T, *Standardavtal*, Vammala 1984.
- *Social civilrätt. Om behovsorienterade element i kontraktsrättens allmänna läror*, Helsinki 1987.
- Yates, D & Hawkins, A J, *Standard business contracts: Exclusions and related devices*, London 1986.

or

Rättsfallsregister

Sverige

Högsta domstolen

NJA 1916 s 583	102
NJA 1930 s 131	118
NJA 1946 s 122	104
NJA 1961 s 658	120
NJA 1962 s 270	114
NJA 1962 s 276	115
NJA 1963 s 105	129
NJA 1970 s 478	105, 112 f, 117, 120
NJA 1977 s 25	116, 120
NJA 1977 s 92	117, 120, 146
NJA 1978 s 147	121, 129, 131 f, 133, 146
NJA 1978 s 432	20
NJA 1979 s 483	118 f, 125, 128, 150, 151 f
NJA 1979 s 666	117, 118
NJA 1980 s 46	104, 105, 112, 120, 124, 125
NJA 1981 s 711	117
NJA 1982 s 244	120
NJA 1982 s 800	117
NJA 1983 s 510	117
NJA 1984 s 772	176
NJA 1985 s 97	176
NJA 1985 s 397 II	118, 124, 150
NJA 1985 s 615	176
NJA 1986 s 93	176

Hovrätter

SvJT 1961 rf s 38 114

SvJT 1974 rf s 54 114

RH 1986:65 114 f, 118, 120

ND 1980 s 1 124, 150

HovR VS, avd 6, 7 mars 1985 (Ö 765/84) 113 f, 118

Danmark

UfR 1986.938 SH 21

Föbundsrepubliken Tyskland

BGH 19 dec 1977, BGHZ 70, 337,
= NJW 1978, 1374 34

BGH 3 febr 1982, NJW 1982, 1749 76

BGH 5 maj 1982, NJW 1982, 1751 76

BGH 20 mars 1985, NJW 1985, 1838 75, 76 ff

BGH 5 mars 1986, KTS 1986, 467 76

England

British Steel Corpn v Cleveland Bridge and
Engineering Co Ltd, [1984] 1 All ER 504 64 f, 66 ff

Butler Machine Tool Co Ltd v Ex-Cell-O Corpn
(England) Ltd, [1979] 1 All ER 925;
[1979] 1 WLR 401, CA 61 ff, 66, 84, 88,
93, 106, 168

Gibson v Manchester City Council, [1979]	
1 All ER 972; [1979] 1 WLR 294, HL	65
Hyde v Wrench, (1840) 3 Beav 334, 49 ER 132	42
OTM Ltd v Hydranautics, [1981] 2 Lloyd's Rep 211	64

USA

Daitom, Inc v Pennwalt Corp, 741 F2d 1569 (1984)	18, 48 ff, 51
Diamond Fruit Growers, Inc v Krack Corp, 794 F2d 1440 (1986)	53
Dorton v Collins & Aikman Corp, 453 F2d 1161 (1972)	48, 50
Egan Machinery Co v Mobil Chemical Co, 2 UCC Rep Serv 69 (DConn 1986)	50 f
Roto-Lith Ltd v FP Barlett & Co, 297 F2d 497 (1962)	44 ff, 47 f, 49
Steiner v Mobil Oil Corp, 569 P2d 751, 758 (1977)	53
USEMCO Inc v Marbro Co Inc, 483 A2d 88 (1984)	46 ff



Sakregister

- ansvarskostnad 151
- avtalslagen, 6 § 1 st 24, 103 f, 106, 137
 - 6 § 2 st 26, 104 ff, 109 ff, 114, 117
 - 36 § 112, 133, 169
- avtalsmekanismen, grundläggande 24
 - se även "mirror-image"-rule
- avtalspreliminärer 21
- bekräftelser 21
- "chanstagare" (= Opportunismusgefahr) 35, 153, 159, 172
- culpa in contrahendo 128 ff, 132 f
- dispositiv lag som utfyllnad 118 f, 160
- dissens 23, 24 f, 98, 103 ff, 160
- empiriska undersökningar, se rättssociologiska undersökningar
- "first shot", allmänt 95 ff
 - definition 14, 25 f
 - tillämpning i amerikansk rätt 44 ff, 53 ff
 - nederländsk rätt 82 ff
 - svensk rätt 107, 121 f, 123, 138 f, 141, 161 f, 163 f, 164 ff, 170 f
 - västtysk rätt 76 ff
- fri tolkning och utfyllnad, allmänt 27
 - i anslutning till dispositiv rätt 168 ff, 171
 - på rättsekonomisk grund 32 ff
 - tillämpning i amerikansk rätt 57
 - engelsk rätt 63, 69
 - svensk rätt 143, 149, 168 ff, 171
 - västtysk rätt 72 ff
 - enligt CISG
- förutsättningsläran 23
- handelsbruk 124 ff
- informationskostnad 34, 153

informationskostnad, se även ansvars- och transaktionskostnad
 informationsproduktivitet 34, 153
 klausul, definition 15
 klausulkontroll 21, 96, 133
 klausulupplösning 16, 26 f, 44, 59, 62, 78, 86, 93, 98 ff, 117 f, 139,
 146, 162, 170
 ”knock-out”-rule 14, 55, 114
 konkludenta viljeförklaringar 22, 25
 — se även realhandlande
 kostnadsanalys 37 ff, 154 ff
 kvasikontrakt, allmänt 27 f
 — tillämpning i engelsk rätt 67 ff
 — svensk rätt 126, 132 f
 ”last shot”, allmänt 95 ff
 — definition 14, 25 f
 — tillämpning i amerikansk rätt 44 ff, 53 ff
 — engelsk rätt 61 ff, 69
 — svensk rätt 107, 111 ff, 123, 138 f, 141, 162 f, 163 f, 166 f
 — västtysk rätt 70 ff
 — östtysk rätt 80 f
 — enligt CISG 91 ff
 metakontrakt 151
 ”mirror-image”-rule 42, 61, 117
 obehörig vinst 126 ff
 oskälighet 21, 96 ff
 — tyngande och oväntade klausuler 169
 passivitet 22, 95 ff, 108 ff, 115 ff, 122 f
 processekonomi 163 ff, 170 ff
 realhandlande, allmänt 25, 95 ff
 — tillämpning i amerikansk rätt 44 ff, 53 ff
 — engelsk rätt 61 ff, 69
 — svensk rätt 104, 116, 120
 — västtysk rätt 70 ff
 reklamation 23, 121, 160
 rättsekonomiska metoder, allmänt 28 ff, 101, 150 ff
 — som tolkningsdata 68 ff, 149 f
 — särskilda teoribildningar 32 ff, 150 ff, 152 f, 154 ff
 — slutsatser av 32, 85 f, 88, 157 ff

rättssociologiska undersökningar, allmänt 29 ff, 101
"second shot" 167 f
skyddsklausul, allmänt 97 ff
— definition och exempel 17 ff
— tillämpning i amerikansk rätt 43, 53 f, 58 f
— engelsk rätt 63 ff
— nederländsk rätt 83 f
— svensk rätt 116, 123, 140, 144 f, 161 f
— västtysk rätt 72, 76 ff
tillitsansvar (= Vertrauenshaftung) 33 ff, 152 ff
tillitsbelöning (= Vertrauensprämie) 35, 153
tillitsteori 85, 95 ff, 119 ff, 122, 147 ff, 161 f
transaktionskostnad 32 f, 34, 38, 150 ff
UN Convention, CISG, Article 19 90, 91 ff, 101
Uniform Commercial Code, section 2-207 42 ff, 87, 90
viljeteori, 95 ff, 119 f, 122, 144 ff, 146 f
— common law 59 f, 64
— västtysk rätt 79
ändamålsresonemang 136 ff

JURIDIK FRÅN IUSTUS FÖRLAG

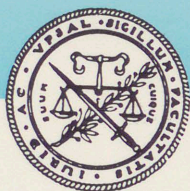
Anders Agell	Underhåll till barn och make
Anders Agell	Äktenskaps- och samboenderätt
Agell/Saldeen	Faderskap, vårdnad, adoption
Ingrid Arnesdotter	Finansiell leasing
Bertil Bengtsson	Miljörätt
Bertil Bengtsson	Sakrättsliga frågor i fastighetsrätten
Bertil Bengtsson	Speciell fastighetsrätt
Bergström/Lennander	Kredit och säkerhet
Bergström/Strömholm	Lärobok i upphovsrätt
Sture Bergström	Skatter och civilrätt
Robert Boman	Deldom
Ove Bring	Aggression, självförsvar och non-intervention
	Tre studier i internationell rätt
Leif Bylund	Repetitionskompendium i processrätt
Per Olof Ekelöf	Rättsmedlen
Maja Kirilova Eriksson	Skydd av mänskliga rättigheter
Sten Hillert	Ärvit
	Brottsbalken kap. 23–24 med mera
	Särskilda strafflagarna
	Ansvar och oaksamhet
	Uppläsningskompendium för juridisk
	Produktionskurs
	Översättning till juridiken
	Att skriva uppsats
	Mynderskapsrätt
	Successionsrätt I
	Successionsrätt II
	Arvskatt och socialavgifter
	Stämpelpolitik. En introduktion
	Criminalpolitik och ingripande vid brott
	Internationella affärstvister
	Testerrätt
	Ansvar och dröjsmål vid kommersiella tillverk-
	avssat

Förlagets titlar kan beställas i bokhandeln eller genom
IUSTUS KUNDTJÄNST

Box 16031

750 16 Uppsala

018-13 62 31



Vid kommersiella avtalsslut förekommer det inte sällan att båda parter använder standardavtal. På väsentliga punkter kan dessa skilja sig från varandra. Denna kollision mellan partsvillkoren har diskuterats ingående i utländsk litteratur under beteckningen "the battle of the forms". I främmande rättssystem finns praxis och lagstiftning i varierande utsträckning.

I Sverige däremot är denna del av standardavtalsrätten hittills inte utsatt för en mera omfattande genomlysning. Avtalslagens mekaniska regler för avtalsslut är klart otillräckliga. Rättspraxis saknas. Inte heller de allmänna lärorna om bl a passivitet är väl ägnade att lösa frågan om avtalets innehåll, när det visar sig att parterna uttryckt olika önskemål i sina standardvillkor.

Mot bakgrund av utländsk erfarenhet diskuteras tänkbara lösningsförslag. Visst utrymme ägnas försök att belysa detta svårlösta komplex med rättsekonomiska resonemang om ansvarsfördelningen mellan avtalsparter. Även mera robusta sätt att ge företräde åt den ena sidans standardavtal penetreras.

Ulf Göranson är docent i civilrätt vid Uppsala universitet.

UPPSALA UNIVERSITETSBIBLIOTEK



16000

002737890